

---

# Der Preishöhenmissbrauch im europäischen Kartellrecht

Volker Hümpfner\*

## Inhalt

A. Einführung	120
B. Argumente gegen ein Verbot überhöhter Preise	124
I. Selbstkorrektur des Marktes	125
II. Abschreckende Wirkung auf die Investitionsbereitschaft und Innovationstätigkeit von Unternehmen	127
III. Unmöglichkeit der Definition überhöhter Preise	129
1. „United Brands“	130
a) Missverhältnis zwischen Kosten und Preis	132
(1) Ermittlung der Gestehungskosten	132
(2) Missverhältnis	136
b) Unangemessenheit	137
2. „Lucazeau u.a./SACEM u.a.“	140
3. Südafrika: Oder genügt es, nur auf die Marktstruktur abzustellen?	144
4. Zwischenfazit	146
IV. Mangelnde Eignung von Kartellbehörden	149
C. Konsequenzen	151
I. Nichtanwendung von Art. 102 AEUV im Falle überhöhter Preise	151

---

\* Maitrise en droit, LL.M. Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter im Frankfurter Büro der Sozietät Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP.

II. Anwendung in Ausnahmefällen	154
1. Hohe Markteintrittsschranken und „Superdominanz“	154
2. Marktbeherrschende Stellung keine Folge von Leistungswettbewerb	155
3. Keine Regulierungsbehörde	157
III. Keine Geldbußen, keine Schadensersatzklagen	157
D. Argumente für ein Verbot überhöhter Preise	160
I. Verbot überhöhter Preise und Behinderungspraktiken	160
II. Verbot überhöhter Preise und Parallelverhalten von Oligopolisten	163
E. Schlussbetrachtung	164

## A. Einführung

*Coase*, Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaften des Jahres 1991, brachte einmal seinen Unmut über das Kartellrecht zum Ausdruck. So sei er des Kartellrechts überdrüssig geworden, und zwar aus folgendem Grunde: „*[W]hen the prices went up the judges said it was monopoly, when the prices went down they said it was predatory pricing, and when they stayed the same they said it was tacit collusion*“.<sup>1</sup>

In der Tat laufen (marktbeherrschende) Unternehmen vielfach Gefahr, durch ihre Preispolitik gegen Kartellrecht zu verstoßen. So können im Besonderen sowohl zu niedrige als auch überhöhte Preise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen.<sup>2</sup> Während jedoch Erstere Verbraucher nur mittelbar schädigen<sup>3</sup> und von diesen zunächst gewiss als vorteilhaft empfunden werden, stellen Letztere die direkteste und sichtbarste Form des Marktmissbrauchs dar. Überhöhte Preise dürften deshalb mehr als alle anderen Missbrauchstatbestände als „klassisches ökonomisches

<sup>1</sup> Zitiert nach *Geradin/Petit*, Pricing Issues under EC Competition Law with a special focus on the Postal Sector, [http://professorgeradin.blogs.com/professor\\_geradins\\_weblog/files/pricing\\_issues\\_under\\_ec\\_competition\\_law\\_from.ppt](http://professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/files/pricing_issues_under_ec_competition_law_from.ppt) (13.6.2013), S. 2.

<sup>2</sup> Weitere preisbezogene Missbrauchsformen stellen Preisdiskriminierungen, Treuerabatte und Preis-scheren dar.

<sup>3</sup> Und zwar dadurch, dass durch missbräuchlich niedrige Preise des Marktbeherrschers Wettbewerber aus dem Markt gedrängt werden können mit der Folge, dass Verbraucher nicht nur in ihrer Wahl-möglichkeit beschränkt werden, sondern nach Ausscheiden der Wettbewerber auch mit Preisen deutlich über Wettbewerbsniveau zu rechnen haben.

Übel“<sup>4</sup> wahrgenommen werden, als Beleg für die „Profitgier“<sup>5</sup> marktstarker Unternehmen, die auf Kosten ihrer Kunden nach übermäßigem Gewinn trachten, mithin auf Kosten von Handelspartnern und Verbrauchern. Letztere werden wohl am Ende stets die Leidtragenden sein, also auch dann, wenn es andere Unternehmen sind, die das überteuerte Produkt erwerben, entweder um dieses weiterzuverkaufen oder als Input für die eigene Produktion zu nutzen. Der überhöhte Preis wird dann nämlich in der Regel auf den Verbraucher abgewälzt. Es erscheint deshalb nur konsequent, dass das europäische Kartellrecht, welches ja gerade (auch) auf die Förderung des Verbraucherwohls abzielt, eine solche Ausbeutung<sup>6</sup> zu unterbinden sucht, indem Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV<sup>7</sup> die „unmittelbar[e] oder mittelbar[e] Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen“ untersagt. Verboten ist damit, die marktbeherrschende Stellung nicht nur als Anbieter durch unangemessen hohe Verkaufs-, sondern auch als Nachfrager durch unangemessen niedrige Einkaufspreise auszunutzen.<sup>8</sup> Gleiches gilt für die kartellrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten<sup>9</sup> sowie einer Reihe weiterer Rechtsordnungen.<sup>10</sup> So sehr also ausbeuterische Preise als Inbegriff des Marktmissbrauchs überhaupt gelten, was auch einen gesetzlichen Ausdruck darin findet, dass das Verbot derartiger Preise an erster und damit prominentester Stelle des Beispielkatalogs in Art. 102 Abs. 2 AEUV normiert ist, spiegelt

<sup>4</sup> Die Bezeichnung überhöhter Preise als „*classic economic evil*“ findet sich bei *Ezrahi/Gilo*, Are Excessive Prices Really Self-Correcting?, *Journal of Competition Law and Economics* 2009, S. 249.

<sup>5</sup> In der Tat werden marktbeherrschende Unternehmen, etwa im Bereich der Gas- und Stromversorgung, häufig der „Profitgier“ beschuldigt, so etwa in der Meldung des Bunds der Energieverbraucher, 68 Prozent überhöhter Gaspreisanstieg: Die Profitgier kennt keine Grenzen v. 14.11.2005.

<sup>6</sup> Überhöhte Preise können indessen nicht nur der Ausbeutung von Handelspartnern bzw. Verbrauchern dienen, sondern auch der Behinderung von Wettbewerbern. Dies ist dann der Fall, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen, also ein solches, das sowohl auf einem vor- als auch nachgelagerten Markt tätig ist, seine Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt mit einem für sie unentbehrlichen Vorprodukt zu einem derart hohen Preis beliefert, dass diese, selbst wenn sie effizient sind, auf dem nachgelagerten Markt nicht wirksam konkurrieren können. Gegenstand dieser Arbeit sollen jedoch einzig überhöhte Preise im Sinne eines Ausbeutungsmissbrauchs sein. Wenn im Folgenden von „missbräuchlich überhöhten“ bzw. „unangemessen hohen“ Preisen die Rede ist, sind damit also stets ausbeuterische Preise gemeint.

<sup>7</sup> Im Folgenden sollen durchweg die Vorschriften des AEUV zitiert werden, auch wenn Entscheidungen der Europäischen Kommission und des Gerichtshofs der Europäischen Union besprochen werden, die unter Geltung des EGV ergangen sind.

<sup>8</sup> Vgl. *Schröter*, in: *Schröter/Thinam/Mederer*, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Art. 82, Rdnr. 181; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006, S. 603. Im Rahmen dieses Beitrags soll jedoch nur auf unangemessen hohe Verkaufspreise eingegangen werden. Die diesbezüglichen Ausführungen gelten jedoch entsprechend auch für unangemessen niedrige Einkaufspreise.

<sup>9</sup> Siehe beispielhaft die deutsche Vorschrift in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB.

<sup>10</sup> So findet sich ein kartellrechtliches Verbot missbräuchlich überhöhter Preise etwa auch in Südafrika (Section 8(a) Competition Act), Russland (Art. 10 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes zum Schutze des Wettbewerbs) oder Israel (§ 29A Buchstabe b) Nr. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen).

sich dies jedoch nicht in der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission wider. Die Kommission legt nämlich bei der Durchsetzung dieser Vorschrift eine auffallende Zurückhaltung an den Tag und „kontrolliert [...] gewöhnlich nicht hohe Preise als solche oder verurteilt sie“.<sup>11</sup> So bildeten überhöhte Preise denn auch bislang nur selten den Gegenstand von Kommissionsentscheidungen.<sup>12</sup> Diese Zurückhaltung kann mit den Worten *Loves*, des früheren Generaldirektors für Wettbewerb,<sup>13</sup> folgendermaßen erklärt werden: „[W]e are obviously aware that in many markets intervention by a competition authority [against excessive prices] will not be necessary. We are also aware that it is extremely difficult to measure what constitutes an excessive price. In practice, most of our enforcement focuses therefore as in the US on exclusionary abuses, i.e. those which seek to harm consumers indirectly by changing the competitive structure or process of the market.“<sup>14</sup> Und *Lowe* fährt in seinen Ausführungen über Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV mit der Bemerkung fort „It is not in our [i.e. the Commission's] power to change the Treaty.“<sup>15</sup>

Obschon er im Folgenden ein kartellbehördliches Einschreiten gegen überhöhte Preise nicht völlig ausschließen möchte,<sup>16</sup> kann man sich doch bei der – an sich nur selbstverständlichen – Feststellung des Generaldirektors, es liege nicht in der Macht der Kommission, den Vertrag zu ändern, des Eindrucks nicht völlig erwehren, als bedauere er diesen Umstand fast ein wenig und wünsche sich, jedenfalls soweit es um überhöhte Preise geht, gleichsam US-amerikanische Verhältnisse herbei. In den USA nämlich sind den Preisen eines marktbeherrschenden Unternehmens nach oben kartellrechtlich keine Grenzen gesetzt. So haben die US-amerikanischen Gerichte Versuchen, das Kartellrecht als Mittel der Preiskontrolle zu gebrauchen, mehrfach eine klare Absage erteilt. Besonders deutlich kommt dies etwa in einem Urteil des

<sup>11</sup> Europäische Kommission, XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1994, Rdnr. 207.

<sup>12</sup> Die Kommission hat bisher nur wenige Entscheidungen erlassen, mit denen sie einen Preishöhenmissbrauch feststellte; vgl. Entscheidung v. 19.12.1974, Sache IV/28.851, *General Motors Continental*, ABl. L 29 v. 3.2.1975, S. 14; Entscheidung v. 17.12.1975, Sache IV/26.699, *Chiquita*, ABl. L 95 v. 9.4.1976, S. 1; Entscheidung v. 2.7.1984, Sache IV/30.615, *BL*, ABl. L 207 v. 2.8.1984, S. 11; Entscheidung v. 25.7.2001, Sache COMP/C-1/36.915, *Deutsche Post AG – Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen*, ABl. L 331 v. 15.12.2001, S. 40; Entscheidung v. 20.4.2001, Sache COMP D3/34493, *DSD*, ABl. L 166 v. 21.6.2001, S. 1. Zuletzt hat die Kommission entschieden, die Beschwerden zweier Fährbetreiber, wonach die Hafengebühren im schwedischen Helsingborg missbräuchlich überhöht seien, zurückzuweisen; vgl. Entscheidungen v. 23.7.2004, Sache COMP/A.36.568/D3, *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg* sowie Sache COMP/36.570, *Sundbusserne v Port of Helsingborg*.

<sup>13</sup> Er hatte dieses Amt von September 2002 bis Februar 2010 inne.

<sup>14</sup> *Lowe*, How different is EU anti-trust?, A rout map for advisors – An overview of EU competition law and policy on commercial practices, Rede auf dem Herbsttreffen des amerikanischen Anwaltsvereins, Brüssel am 16.10.2003, S. 4.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Nicht ausschließen möchte er dies auf kürzlich liberalisierten Märkten sowie solchen mit hohen Zutrittsschranken, *ibid.*, S. 4 f.

Bundesberufungsgerichts für den 7. Bezirk zum Ausdruck, welches die Entscheidung einer Vorinstanz aufhob, der zufolge die von der amerikanischen Profibasketballliga verlangten Fernsehübertragungsgebühren überhöht seien, und dabei feststellte: „[T]he antitrust laws do not deputize district judges as one-man regulatory agencies.“<sup>17</sup> Auch der US Supreme Court ist dieser Sichtweise gefolgt und hat ein kartellrechtliches Preisverbot gleichfalls wiederholt mit Nachdruck abgelehnt,<sup>18</sup> womit er auf breite Zustimmung nicht nur im US-amerikanischen,<sup>19</sup> sondern auch europäischen Schrifttum trifft. So hält etwa *Furse* das Verbot des Preishöhenmissbrauchs für eine „errant policy“,<sup>20</sup> *Korah* empfindet es gar als „disturbing“<sup>21</sup> und „worrying“<sup>22</sup> und auch *Geradin* sowie *Wiemer* verleihen ihrer Ablehnung nicht minder unmissverständlich Ausdruck, wenn sie die Vorschrift des Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV als „European oddity“<sup>23</sup> bzw. „Fremdkörper im Kartellrecht“<sup>24</sup> bezeichnen.<sup>25</sup>

Dieser Kritik zum Trotz haben jedoch in den vergangenen Jahren die Kartellbehörden verschiedener Mitgliedstaaten der Europäischen Union Verfahren wegen überhöhter Preise durchgeführt.<sup>26</sup> Dies zeigt ebenso wie die Verschärfung der

<sup>17</sup> *Chi. Prof'l Sports Ltd. P'ship v. NBA*, 95 F.3d 593, 597 (7th Cir. 1996), zitiert nach *Ezrachi/Gilo*, (Fn. 4), S. 252, Fn. 6.

<sup>18</sup> Zuletzt in *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* 540 U.S., 2, 682, (2004).

<sup>19</sup> Siehe etwa *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application, Ergänzungsband 2009, Rdnr. 720b f.

<sup>20</sup> *Furse*, Excessive Prices, Unfair Prices and Economic Value: The Law of Excessive Pricing under Article 82 EC and the Chapter II Prohibition, European Competition Journal 2008, S. 83.

<sup>21</sup> *Korah*, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 9. Aufl. 2007, S. 202.

<sup>22</sup> *Ibid.*, S. 203.

<sup>23</sup> *Geradin*, The Necessary Limits to the Control of 'Excessive' Prices by Competition Authorities – A View from Europe, Tilburg University Legal Studies Working Paper 2007, S. 44.

<sup>24</sup> *Wiemer*, Der „reine“ Preishöhenmissbrauch – das unbekannte Wesen, WuW 2011, S. 731.

<sup>25</sup> Eine teils scharfe Kritik erfährt die Vorschrift des Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV u.a. auch von *Evans/Padilla*, Excessive Prices: Using Economics to define administrable legal rules, Journal of Competition Law and Economics 2005, S. 97 ff.; *Kuhn*, Preishöhenmissbrauch (excessive pricing) im deutschen und europäischen Kartellrecht, WuW 2006, S. 578 ff.; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1/Teil 1, 4. Aufl. 2007, Art. 82, Rdnr. 132 ff.; *Motta/de Streeck*, Excessive Pricing in Competition Law: Never say Never?, in: Konkurrenzerket (Hrsg.), The Pros and Cons of High Prices, 2007, S. 14 ff.; *Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 82, Rdnr. 144 f.; *Wish*, Competition Law, 6. Aufl. 2009, S. 709 ff.

<sup>26</sup> Besonders aktiv hat sich dabei die niederländische Kartellbehörde gezeigt, die seit 1998 neun Verfahren eingeleitet hat, siehe *Geradin*, (Fn. 23), S. 27 ff.; siehe in anderen Mitgliedstaaten etwa Entscheidung der britischen Kartellbehörde in *Napp Pharmaceuticals Holdings Ltd* v. 30.3.2001; Entscheidung der dänischen Kartellbehörde in *Elsam A/S* v. 30.11.2005; Entscheidung der ungarischen Kartellbehörde in *TIGÁZ* v. 14.12.2006; Entscheidung der italienischen Kartellbehörde in *Aeroporti di Roma* v. 23.10.2008; Entscheidung der lettischen Kartellbehörde in *Latvijas Propana gāze* v. 10.12.2008.

kartellbehördlichen Preismissbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Gas- und Stromversorgungsunternehmen in Deutschland durch Einführung von § 29 GWB<sup>27</sup> im Jahr 2007, dass ein kartellrechtliches Einschreiten gegen überhöhte Preise nicht von allen rundweg abgelehnt wird. Es erscheint deshalb angebracht, das Für (C.) und Wider (B.) einer kartellrechtlichen Preiskontrolle einer genaueren Betrachtung zu unterziehen. Dabei soll gezeigt werden, dass eine derartige Kontrolle sinnhafter ist, als von vielen angenommen, weshalb sich ein pauschaler Verzicht auf ein Einschreiten gegen überhöhte Preise verbietet. Ebenso wenig soll jedoch dafür plädiert werden, solchen Preisen stets mit kartellbehördlich verordneten Preissenkungsmaßnahmen abzuhelpfen.

## B. Argumente gegen ein Verbot überhöhter Preise

Dass sich ein kartellrechtliches Verbot überhöhter Preise der gerade beschriebenen Ablehnung ausgesetzt sieht, ist auf vier „Hauptkritikpunkte“ zurückzuführen, die im Schrifttum und – um die soeben begonnene rechtsvergleichende Betrachtung fortzuführen – in der US-amerikanischen Rechtsprechung immer wieder dagegen vorgebracht werden. Auffallend ist, wie geradezu reflexartig, ja fast axiomatisch dabei vorgegangen wird, denn eine Überprüfung, ob diese Kritik tatsächlich berechtigt ist, findet zumeist nicht statt. Dies gilt im Besonderen auch für den ersten der gegen eine kartellrechtliche Preiskontrolle erhobenen Einwände, auf den sich auch *Lowe* zu berufen scheint, wenn er in seiner eingangs zitierten Stellungnahme davon spricht, dass auf vielen Märkten ein Einschreiten gegen überhöhte Preise nicht erforderlich sei.

<sup>27</sup> Die Vorschrift ist zwar seit dem 1.1.2013 nicht mehr anwendbar (§ 131 Abs. 7 GWB). Jedoch beabsichtigt der Gesetzgeber im Rahmen seiner 8. GWB Novelle – wobei derzeit noch ungewiss ist, wann diese in Kraft tritt –, die Vorschrift um fünf Jahre zu verlängern, vgl. BT-Drs. 17/9852, S. 20 f. § 29 GWB stellte insofern eine Verschärfung der Preismissbrauchsaufsicht dar, als die Vorschrift in Satz 1 Nr. 1 für das Verfahren vor den Kartellbehörden – nicht jedoch in zivilrechtlichen Verfahren – eine Beweislastumkehr vorsah. Danach oblag es dem marktbeherrschenden Versorgungsunternehmen, waren dessen Preise ungünstiger als diejenigen anderer Versorgungsunternehmen oder von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten, diesen Preisunterschied sachlich zu rechtfertigen. Wiewohl sich die Vorschrift heftiger Kritik nicht nur in der Literatur, siehe etwa *Braun*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Bd. 1, 11. Aufl. 2011, S. 852, Rdnr. 295, sondern auch von Seiten der Monopolkommission, vgl. Sondergutachten 47, *Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel?*, 2007, Rdnr. 1 ff., ausgesetzt sah, hat das Bundeskartellamt gleichwohl regen Gebrauch davon gemacht. So hat es allein im Jahr 2008 30 Verfahren nur gegen Gasversorger eröffnet, die jedoch nach Verpflichtungszusagen wieder eingestellt wurden, vgl. Pressemitteilung des Bundeskartellamts v. 23.6.2010. Durch die Zusagen wurden die Kunden, sowohl durch Rückerstattungen als auch unterlassene Preiserhöhungen, um rund 444 Mio. Euro entlastet.

## I. Selbstkorrektur des Marktes

Ein Einschreiten wird deshalb für nicht erforderlich gehalten, weil hohe Preise durch den Markt selbst korrigiert würden.<sup>28</sup> Man mag sich insofern an *Adam Smith* und sein häufig bemühtes Bild von der „unsichtbaren Hand“ des Marktes erinnern fühlen. Denn überhöhten Preisen wird, jedenfalls in Abwesenheit hoher Markteintrittsschranken, die Wirkung zugeschrieben, neue Wettbewerber zum Markteintritt zu veranlassen, wodurch die Preise wieder auf ein niedrigeres Maß zurückgeführt würden.<sup>29</sup> In der Tat erscheint ein Markteintritt attraktiv, da hohe Preise darauf schließen lassen, dass auf dem fraglichen Markt hohe Gewinne zu erzielen sind, und zwar auch dann noch, wenn die (überhöhten) Preise des marktbeherrschenden Unternehmens unterboten werden.<sup>30</sup> Dieser Anreiz zum Markteintritt gehe jedoch verloren, zwänge man das beherrschende Unternehmen, seine Preise zu senken. Demgemäß wäre ein Preisverbot nicht nur überflüssig, sondern sogar schädlich, schließlich würde dadurch die Stellung des Marktbeherrschers nur weiter verfestigt.<sup>31</sup> „*The market is best left to itself*“, lautet deshalb die von vielen erhobene Forderung.<sup>32</sup>

So plausibel dieser Einwand auf den ersten Blick auch erscheinen mag, überzeugt er doch bei genauerer Betrachtung nicht vollends. Denn für ein Unternehmen, welches sich mit dem Gedanken trägt, auf dem beherrschten Markt tätig zu werden, ist, worauf *Ezrachi/Gilo* zu Recht hinweisen, nicht der Preis vor Markteintritt, sondern der *danach* zu erwartende Preis ausschlaggebend.<sup>33</sup> Indes ist davon auszugehen, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Auftreten neuer Konkurrenten nicht einfach „widerstandslos“ hinnehmen, sondern mit Preissenkungen darauf reagieren

<sup>28</sup> Vgl. etwa *Motta/de Streeck*, Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law, 2007, S. 15; *Wish*, (Fn. 25), S. 709; *Vesterdorf*, Article 82 EC – When Is a Price so High that It Becomes Abusive?, in: Kanninen/Korjus/Rosas (Hrsg.), EU Competition Law in Context: Essays in Honour of Virpi Tiili, 2009, S. 96.

<sup>29</sup> Vgl. *Motta/de Streeck*, (Fn. 25), S. 17 f.; *Fletcher/Jardine*, Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, 2008, S. 534; *Wish*, (Fn. 25), S. 709.

<sup>30</sup> So wird der Markteintritt für einen Konkurrenten nur dann sinnvoll sein, wenn er zu einem niedrigeren Preis verkauft. Denn ansonsten besteht für die Kunden kein Grund, zum Neuankömmling zu wechseln, umso mehr als den seit Jahren oder gar Jahrzehnten bekannten Produkten des Marktbeherrschers wohl mehr Vertrauen entgegengebracht wird als denen eines neuen Marktteilnehmers. Anders mag es sich verhalten, wenn die Produkte des Neuankömmlings denen des Marktbeherrschers qualitativ überlegen sind.

<sup>31</sup> Vgl. *Möschel*, (Fn. 25), Art. 82, Rdnr. 134; *Fletcher/Jardine*, (Fn. 29), S. 534.

<sup>32</sup> *Röller*, Exploitative Abuses, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 29), S. 530; im Ergebnis ebenso die in Fn. 25 genannten Autoren.

<sup>33</sup> *Ezrachi/Gilo*, (Fn. 4), S. 255 ff.; ebenso *Lyons*, The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse, in: *Konkurrenzverket*, (Fn. 25), S. 74.



wird.<sup>34</sup> Das anfangs so profitabel wirkende Engagement auf dem beherrschten Markt mag so in einem anderen Licht erscheinen. Dies gilt im Besonderen dann, wenn das vor der Frage eines Markteintritts stehende Unternehmen sich bei dem später zu erwartenden Preiskampf mit dem Marktbeherrscher im Nachteil wähnt, etwa weil es diesen für effizienter hält. Folglich wird ein Unternehmen, das um die Effizienzvorteile des Marktbeherrschers weiß oder jedenfalls erwartet, dass dieser mit aggressiven Preissenkungen reagieren wird,<sup>35</sup> welche einen Markteintritt nicht mehr lohnend erscheinen lassen, von einem solchen Schritt auch dann Abstand nehmen, wenn der gegenwärtige Preis überhöht ist.<sup>36</sup> Umgekehrt dürfte sich ein Unternehmen, welches sich selbst für effizienter hält als den Marktbeherrscher, zum Markteintritt entschließen. Dies ist dann aber nicht auf die überhöhten Preise zurückzuführen. Vielmehr hätte es diesen Entschluss auch dann gefasst, wären die Preise niedriger gewesen.<sup>37</sup> Demgemäß führen überhöhte Preise als solche, auch auf Märkten ohne allzu hohe (sonstige) Eintrittsschranken,<sup>38</sup> nicht automatisch zu Markteintritten und erfahren somit auch nicht in jedem Falle eine Korrektur durch den Markt selbst.<sup>39</sup> Ein Nichteinschreiten gegen überhöhte Preise mit Verweis auf einen zu erwartenden Markteintritt neuer Wettbewerber ist deshalb nur dann gerechtfertigt, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein solcher auch *tatsächlich* bevorsteht. So hat etwa das Office of Fair Trading, die britische Kartellbehörde, im Jahr 2002 darauf verzichtet, gegen missbräuchlich hoch erscheinende Preise vorzugehen, weil sich abzeichnete, dass neue Wettbewerber auf dem britischen Markt tätig würden.<sup>40</sup> Selbst in einem solchen Fall erscheint es jedoch nicht völlig unbedenklich, das Problem allein dem Markt zu überlassen, da die von den überhöhten Preisen Betroffenen jedenfalls in der Zwischenzeit geschädigt werden, also so lange noch keine neuen Wettbewerber tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig geworden sind, zumal ein Markteintritt wohl eher eine Frage von Monaten oder Jahren denn Tagen oder Wochen ist. Aus eben jenem Grunde hat auch der oberste estnische Gerichtshof den Einwand, dass potentielle Markteintritte ein Vorgehen gegen die ausbeuterischen

<sup>34</sup> Vgl. *Ezrachi/Gilo*, (Fn. 4), S. 255 ff.

<sup>35</sup> Zu einer solchen Annahme mag der potentielle Wettbewerber dadurch verleitet werden, dass der Marktbeherrscher bereits in der Vergangenheit, möglicherweise auch auf anderen Märkten, aggressiv auf Markteintritte reagiert und sich dadurch einen entsprechenden Ruf erworben hat.

<sup>36</sup> Vgl. *Lyons*, (Fn. 33), S. 74; *Ezrachi/Gilo*, (Fn. 4), S. 255 f.

<sup>37</sup> Vgl. *ibid.*, S. 256.

<sup>38</sup> Die entscheidende Eintrittsbarriere bildet dann die Furcht vor zu niedrigen Preisen nach Markteintritt aufgrund erwarteter Preissenkungen des Marktbeherrschers.

<sup>39</sup> *Ezrachi/Gilo*, *The Subtle Virtues of Prohibiting Excessive Pricing by Dominant Firms*, 2007, S. 43, gehen sogar so weit, die Annahme, dass überhöhte Preise zu Markteintritten führten, als „*completely wrong*“ zu bezeichnen.

<sup>40</sup> Vgl. Office of Fair Trading, *Competition case closure summaries*, Issue 19, June 2005, S. 2 f.; siehe hierzu *Niels/Jenkins/Kavanagh*, *Economics for Competition Lawyers*, 2011, S. 271 f.



Preise von AS Eesti Telefon überflüssig machten, nicht anerkannt.<sup>41</sup> Ein Markteintritt sollte deshalb, will man damit ein Nichteinschreiten gegen überhöhte Preise rechtfertigen, nicht nur tatsächlich, sondern auch in absehbarer Zeit bevorstehen. Aber auch dann, wenn es zu zeitnahen Markteintritten kommt – dessen sollte man sich bewusst sein, lehnt man Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV kategorisch ab – ist damit jedenfalls denjenigen Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens nicht geholfen, die sich vertraglich verpflichtet haben, das fragliche Produkt langfristig zu überhöhten Preisen abzunehmen. Nur eine Vorschrift wie Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV vermag dann Abhilfe zu bringen, indem sie zur Nichtigkeit der vertraglichen Vereinbarung führt,<sup>42</sup> sofern diese nicht bereits aus allgemein zivilrechtlichen Vorschriften folgt.

Demnach sollte ein kartellrechtliches Verbot ausbeuterischer Preise nicht pauschal mit Verweis auf die vermeintlich selbstkorrigierende Kraft des Marktes abgelehnt werden. Allerdings ist damit die Kritik an einem solchen Verbot noch nicht völlig ausgeräumt, da noch weitere Einwände dagegen vorgebracht werden, vor allem dass es eine abschreckende Wirkung auf die Investitionsbereitschaft und damit Innovationstätigkeit von Unternehmen ausübe.

## II. Abschreckende Wirkung auf die Investitionsbereitschaft und Innovationstätigkeit von Unternehmen

Wenn davon gesprochen wird, dass es sich beim Wettbewerb um einen Prozess handle, der seiner Natur nach „darwinistisch“ sei,<sup>43</sup> ist dies gewiss zutreffend. Denn Unternehmen „kämpfen“ gleichsam um die Position des stärksten, also um Marktanteile, wobei die schwächeren, d.h. nicht wettbewerbsfähigen, auf der Strecke

<sup>41</sup> Zwar erging dieses Urteil bereits im Jahr 2002, also zu einem Zeitpunkt, in dem Estland noch nicht Mitglied der Europäischen Union war. Gleichwohl ist das Urteil von Interesse, da der oberste estnische Gerichtshof bereits da der Auffassung war, die Vorschriften des estnischen Kartellrechts seien im Lichte des europäischen auszulegen. Siehe hierzu *Simovart*, in: Kokkoris (Hrsg.), *Competition Cases from the European Union – The Ultimate Guide to Leading Cases of the EU and all 27 Member States*, 2008, S. 410 ff.

<sup>42</sup> Anders als in Art. 101 Abs. 2 AEUV ist die Nichtigkeit einer Art. 102 AEUV verletzenden Vereinbarung gesetzlich nicht angeordnet. Ebenso wenig wurde diese bislang vom Europäischen Gerichtshof ausdrücklich festgestellt. Der Gerichtshof hat jedoch betont, dass Art. 102 AEUV unmittelbare Rechte verleihe, die von den mitgliedstaatlichen Gerichten zu wahren seien, vgl. EuGH, Rs. 127/73, *BRT/SABAM*, Slg. 1974, 51, Rdnr. 15/17, woraus nach überwiegender Meinung auch die Unwirksamkeit der gegen Art. 102 AEUV verstoßenden Rechtsgeschäfte folgt, vgl. *Bernitz*, *The Sanction of Voidness Under Article 82 EC and its Relation to the Right to Damages*, in: Ezrachi (Hrsg.), *Article 82 EC – Reflections on its Recent Evolution*, 2009, S. 170. Für eine Unwirksamkeit u.a. auch *Mosso/Ryan/Albaek/Tierno Centalla*, in: Faull/Nikpay, *The EC Law of Competition*, 2. Aufl. 2007, S. 412 f.

<sup>43</sup> So *van der Woude*, *Unfair and Excessive Prices in the Energy Sector*, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 29), S. 617.

bleiben, mithin aus dem Markt ausscheiden. Geführt wird dieser Kampf vor allem mit Innovationen, wie etwa neuen, kostengünstigeren Herstellungsmethoden und verbesserten Produkten, welche zu einem Wettbewerbsvorsprung gegenüber Konkurrenten führen. Dies ist jedoch nicht nur für das betreffende Unternehmen vorteilhaft, sondern bewirkt auch eine allgemeine Wohlfahrtssteigerung, worin gerade eines der Hauptziele jeder Wettbewerbspolitik zu erblicken ist. Allerdings bedürfe es für eine derartige Innovationstätigkeit, zumal diese häufig mit hohen Forschungs- und Entwicklungskosten verbunden ist, eines Anreizes, gleichsam einer Belohnung, die demjenigen winkt, der aus diesem Kampf als Sieger hervorgeht.<sup>44</sup> Die Möglichkeit, als Marktbeherrscher besonders hohe Preise zu fordern, wird von vielen als ebensolche Belohnung angesehen, als entscheidende Triebfeder für Risiko- und Investitionsbereitschaft, welche Innovationen überhaupt erst möglich machen. Ein solches Verständnis kommt etwa in der Entscheidung des US Supreme Court in der Rechtssache *Trinko* zum Ausdruck, auf welche auch im europäischen Schrifttum immer wieder verwiesen wird:<sup>45</sup> „*The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.*“<sup>46</sup>

Durch ein Verbot überhöhter Preise werde den Unternehmen jedoch ein derartiger Anreiz gerade genommen und diese von Investitionen abgeschreckt.<sup>47</sup> Somit werde der kurzfristige Vorteil niedriger Preise teuer erkauft, nämlich mit dem langfristigen Nachteil fehlender Innovationen.

Obleich die Aussicht auf besonders hohe Preise und damit verbundenen Gewinnen besonders verlockend sein dürfte, kann doch kaum davon ausgegangen werden, dass Unternehmen unter einem Verbot überhöhter Preise auf Innovationen verzichten würden. Auch dann nämlich dürfte es attraktiv sein, durch „bessere“ Produkte nach der marktbeherrschenden Stellung zu streben, schließlich bemisst sich der Gewinn eines Unternehmens nicht nur nach der Höhe seiner Preise, sondern auch nach dem Marktanteil. Die „Belohnung“ besteht dann also gewissermaßen im höheren Marktanteil.<sup>48</sup> Davon abgesehen wird ein Unternehmen, jedenfalls auf Märkten, auf welchen die Entwicklung neuer Produkte von entscheidender Bedeutung ist – man mag hier an Märkte der Informations- und Telekommunikationstechnologie denken – häufig schlicht nicht auf Innovationen verzichten können, weil es ansonsten nicht

<sup>44</sup> Vgl. *Niels/Jenkins/Kavanagh*, (Fn. 40), S. 15 f.

<sup>45</sup> Etwa von *Evans/Padilla*, (Fn. 25), S. 121; *Furse*, (Fn. 20), S. 77; *Wish*, (Fn. 25), S. 710.

<sup>46</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 540 U.S., 2, 682, (2004).

<sup>47</sup> Vgl. *Motta/de Streeck*, (Fn. 28), S. 15; *O'Donoghue/Padilla*, (Fn. 8), S. 623; *Fletcher/Jardine*, (Fn. 29), S. 536 f.; *Röller*, (Fn. 32), S. 527.

<sup>48</sup> So auch *Paulis*, Article 82 EC and Exploitative Conduct, in: *Ehlermann/Marquis*, (Fn. 29), S. 478.

mehr konkurrenzfähig wäre. Demgemäß dienen Innovationen keinesfalls lediglich dem Ziel, Marktbeherrscher zu werden, sondern vielmehr auch die bisherige Marktposition zu verteidigen.<sup>49</sup> Man kann insofern noch einmal auf die darwinistische Natur des Wettbewerbs zurückkommen und, wie es *van der Woude* möglicherweise etwas dramatisch ausgedrückt hat, annehmen: „[T]hose who cannot compete must die“.<sup>50</sup> Verzichtet also ein Unternehmen auf Innovationen, dürfte es sich früher oder später aus dem Markt gedrängt sehen.

Ein Verbot überhöhter Preise soll jedoch eine negative Wirkung nicht nur auf die Innovationstätigkeit nicht-marktbeherrschender Unternehmen ausüben, sondern auch solcher, die bereits eine beherrschende Stellung innehaben.<sup>51</sup> Zwar mögen marktbeherrschende Unternehmen in der Tat weniger Innovationstätigkeit entfalten. Dies dürfte jedoch nicht so sehr Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV, als vielmehr der Tatsache geschuldet sein, dass sich Marktbeherrscher keinem spürbaren Konkurrenzdruck ausgesetzt sehen.<sup>52</sup>

Ferner kann man die Befürchtungen vor möglichen negativen Auswirkungen eines Verbots überhöhter Preise auf die Innovationstätigkeit dadurch zerstreuen, dass bei der Definition solcher Preise Forschungs- und Entwicklungskosten zugunsten des Marktbeherrschers zu berücksichtigen sind. Dies führt unmittelbar zu der Frage, was unter überhöhten Preisen überhaupt zu verstehen ist, eine Frage, auf die eine Antwort zu geben, nach der Meinung vieler Autoren nahezu unmöglich sei und demgemäß den dritten „Hauptkritikpunkt“ der Gegner von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV bildet.

### III. Unmöglichkeit der Definition überhöhter Preise

So herrscht im Schrifttum weitgehend Einigkeit, dass die Bestimmung dessen, was unter einem unangemessenen Preis im Sinne von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV zu verstehen ist, eine fast unlösbare Aufgabe darstelle.<sup>53</sup> Auch *Lowe* betonte in seiner eingangs zitierten Stellungnahme, dass die Feststellung derartiger Preise extrem schwierig sei.<sup>54</sup> Eine solche Erkenntnis ist im Übrigen alles andere als neu. Vielmehr wies

<sup>49</sup> So auch *Ezrahi/Gilo*, Excessive Pricing, Entry, Assessment and Investment: Lessons from the Mittal Litigation, *Antitrust Law Journal* 2010, S. 825.

<sup>50</sup> *Van der Woude*, (Fn. 43), S. 617.

<sup>51</sup> Vgl. *Motta/de Streeck*, (Fn. 25), S. 18.

<sup>52</sup> Vgl. *Schröter*, (Fn. 8), Art. 82, Rdnr. 18.

<sup>53</sup> Vgl. nur *Kuhn*, (Fn. 25), S. 587 ff.; *Bishop/Walker*, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application, Measurement*, 3. Aufl. 2010, S. 237, die feststellen: „[D]etermining in practice whether a price is excessive is extremely difficult if not impossible“.

<sup>54</sup> Siehe unter A.

der US Supreme Court bereits im Jahr 1897 auf die mit der Bestimmung der Angemessenheit von Preisen verbundenen Probleme hin.<sup>55</sup>

Dass der Möglichkeit, Preise als angemessen bzw. unangemessen zu definieren, heute mit ebenso großer Skepsis begegnet wird wie vor mehr als 100 Jahren, mag nicht nur auf Schwierigkeiten grundsätzlicher Art, sondern in der Europäischen Union auch darauf zurückzuführen sein, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hierbei nur von begrenzter Hilfestellung scheint, hatte der Gerichtshof doch bislang nur in wenigen Fällen über unangemessen hohe Preise zu entscheiden und sich hierfür offenbar widersprüchlicher Methoden bedient. Eine der insofern wichtigsten Entscheidungen stellt die in der Rechtssache *United Brands*<sup>56</sup> ergangene dar. Zwar hatte der Gerichtshof unangemessen hohe Preise bereits zuvor als solche definiert, die im Vergleich zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung übertrieben seien.<sup>57</sup> Aufschluss darüber, wie diese Unverhältnismäßigkeit zu bestimmen sei, brachte aber erst das besagte Urteil.

## 1. „United Brands“

Dieses hatte die Frage zum Gegenstand, ob United Brands Company ihre beherrschende Stellung auf dem Markt für Bananen in Deutschland, Dänemark, den Niederlanden, Belgien und Luxemburg, die gemeinsam mit Irland den räumlich relevanten Markt bildeten, neben anderen Praktiken dadurch missbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV ausnutzte, dass sie für ihre Bananen der Marke Chiquita unangemessen hohe Verkaufspreise forderte. Die Kommission hatte dies in ihrer Entscheidung bejaht<sup>58</sup> und United Brands eine Geldbuße von einer Million Rechnungseinheiten auferlegt.<sup>59</sup> Zum Nachweis der für einen Preishöhenmissbrauch erforderlichen Unverhältnismäßigkeit zwischen Preis und wirtschaftlichem Wert der Leistung bediente sich die Kommission einer Vergleichsmethode, und zwar in mehrfacher Hinsicht. Zunächst verglich sie die Preise in Deutschland, Dänemark, den Niederlanden, Belgien und Luxemburg mit denen in Irland, wobei sich herausstellte, dass die Letzteren, obgleich nach Ansicht der Kommission für das Unternehmen noch immer gewinnbringend, die Ersteren um mehr als 100 % unterschritten.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Vgl. hierzu *Pijnacker Hordijk*, Excessive Pricing Under EC Competition Law; an Update in the Light of „Dutch Developments [sic!]“, in: Hawk, International Antitrust Law & Policy: Fordham Corporate Law 2001, S. 477 f.

<sup>56</sup> EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207.

<sup>57</sup> Vgl. EuGH, Rs. 26/75, *General Motors*, Slg. 1975, 1367, Rdnr. 11 f.

<sup>58</sup> Entscheidung v. 17.12.1975, Sache IV/26.699 – *Chiquita*, ABl. L 95 v. 9.4.1976, S. 1.

<sup>59</sup> Diese wurde jedoch nicht nur für die Erzwingung unangemessener Preise, sondern für sämtliche der von United Brands – nach Ansicht der Kommission vier – begangenen Verstöße gegen Art. 102 AEUV verhängt.

<sup>60</sup> Vgl. Entscheidung v. 17.12.1975, Sache IV/26.699 – *Chiquita*, ABl. L 95 9.4.1976, S. 15.

Sodann verglich die Kommission die Preise für Bananen der Marke Chiquita sowohl mit denjenigen für United Brands' markenlose Bananen – hier ergab sich ein Preisunterschied von 30-40 % – als auch mit denjenigen für Markenbananen ihrer bedeutendsten Konkurrenten – auch hier lag der Preis für Chiquita-Bananen höher.<sup>61</sup>

Dies genügte dem Gerichtshof als Nachweis für einen Preishöhenmissbrauch allerdings nicht. Vielmehr hätte hierfür ein „Vergleich des Verkaufspreises des fraglichen Erzeugnisses mit den Gestehungskosten“ vorgenommen werden müssen, aus dem sich die Gewinnspanne des Unternehmens ergeben hätte<sup>62</sup> (auch als Gewinnbegrenzungskonzept bezeichnet). Dies hätte freilich eine Analyse der Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens erfordert, so dass die Kommission von United Brands zumindest „die Angabe aller für ihren Gestehungspreis bestimmenden Faktoren verlangen [musste].“<sup>63</sup> Da die Kommission dies jedoch unterlassen und auch keinen sonstigen Nachweis der Unangemessenheit von United Brands' Preisen erbracht hatte,<sup>64</sup> hob der Gerichtshof ihre Entscheidung auf, soweit sie die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV betraf.<sup>65</sup>

Wie sich den Ausführungen des Gerichtshofs weiter entnehmen lässt, ist ein Preis-Kostenvergleich allein jedoch nicht ausreichend, um über die Missbräuchlichkeit von Preisen zu entscheiden. Denn „[b]ei diesem Vergleich [des Verkaufspreises mit den Gestehungskosten] wäre zu ermitteln, ob ein übertriebenes Mißverhältnis zwischen den tatsächlich entstandenen Kosten und dem tatsächlich verlangten Preis besteht, und bejahendenfalls zu prüfen, ob ein Preis erzwungen wurde, der, sei es absolut, sei es im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten, unangemessen ist.“<sup>66</sup>

Demgemäß verlangte der Gerichtshof ein zweistufiges Vorgehen, in dessen Rahmen die Feststellung eines Missverhältnisses zwischen Kosten und Preis lediglich den ersten, die Frage der Unangemessenheit des Preises den zweiten Schritt darstellt.<sup>67</sup> Auf beide Stufen soll im Folgenden näher eingegangen werden.

<sup>61</sup> Ibid., S. 16.

<sup>62</sup> EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> So hatte die Kommission nach Ansicht des Gerichtshofs nicht ausreichend dargetan, dass die Preise in Irland tatsächlich profitabel waren. Zudem erachtete er einen Preisunterschied von 7 % im Vergleich zu Konkurrenzbananen als zu gering, um auf eine Unangemessenheit zu schließen, vgl. *ibid.*, Rdnr. 261/266.

<sup>65</sup> Ibid., Rdnr. 267/268.

<sup>66</sup> Ibid., Rdnr. 248/257.

<sup>67</sup> Dass die Ausführungen des Gerichtshofs im Sinne eines zweistufigen Tests zu verstehen sind, entspricht der überwiegenden Meinung im Schrifttum, siehe etwa *O'Donoghue/Padilla*, (Fn. 8), S. 611; *Bulst*, in: *Langen/Bunte*, (Fn. 27), Art. 82, Rdnr. 164. Dieser Schluss wird auch von der Kommission gezogen, vgl. Entscheidung v. 23.7.2004, Sache COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, Rdnr. 102 f.; anderer Ansicht aber *Motta/de Streel*, (Fn. 28), S. 5, die von alternativen Kriterien ausgehen.

## a) Missverhältnis zwischen Kosten und Preis

Zur Feststellung des vom Gerichtshof als erste Voraussetzung geforderten Missverhältnisses zwischen Kosten und Preis ist es notwendigerweise zunächst erforderlich, die Gesteungskosten des Marktbeherrschers zu ermitteln.

### (1) Ermittlung der Gesteungskosten

Dass die Ermittlung der Gesteungskosten eines Unternehmens mit vielfältigen Schwierigkeiten verbunden ist, wird jedoch nicht nur im Schrifttum kritisch bemerkt,<sup>68</sup> sondern war auch dem Gerichtshof selbst sehr wohl bewusst.<sup>69</sup>

So ist bereits unklar, was unter dem umgangssprachlich so unproblematisch erscheinenden Begriff der „Kosten“ kartellrechtlich zu verstehen ist, zumal eine ganze Reihe verschiedener Kostenbegriffe existieren.<sup>70</sup> Während jedenfalls der Theorie nach ein Preis dann als optimal angesehen wird, wenn er den Grenzkosten<sup>71</sup> entspricht, sind eben diese Kosten oft nur von begrenzter Aussagekraft.<sup>72</sup> Dies ist vor allem auf innovativen Märkten der Fall, die durch niedrige Grenz-, aber hohe Fixkosten in Gestalt von Forschungs- und Entwicklungskosten gekennzeichnet sind. So mag beispielsweise die Herstellung eines Medikaments nur minimale (Grenz-)Kosten verursachen, dem aber eine kostenintensive Forschungsphase vorausgegangen sein. Hier nur auf die Grenzkosten abstellen zu wollen, wäre offensichtlich verfehlt. Mithin müssen, worauf bereits an anderer Stelle kurz hingewiesen wurde, Forschungs- und Entwicklungskosten bei der Berechnung von Gesteungskosten Berücksichtigung finden, und zwar auch dann, wenn für das relevante Produkt kein gewerbliches Schutzrecht existiert.<sup>73</sup> Mit der Einbeziehung von Forschungs- und Entwicklungskosten gehen jedoch weitere Probleme einher. Ein Unternehmen wird nämlich häufig zahlreiche Forschungsprojekte durchführen müssen, um letztlich ein erfolgreiches Produkt hervorzubringen. Deshalb stellt sich die Frage, ob lediglich die unmittelbar mit der Entwicklung dieses Produkts verbundenen Kosten oder auch solche für gescheiterte Projekte Berücksichtigung finden sollten. Um die Befürchtungen der Gegner einer kartellrechtlichen Preiskontrolle im Hinblick auf negative Auswirkungen auf die Innovationstätigkeit von Unternehmen nicht Wirklichkeit

<sup>68</sup> Vgl. etwa *Kuhn*, (Fn. 25), S. 588 f.

<sup>69</sup> So sprach EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257, von den „nicht unerheblichen und gelegentlich sehr großen Schwierigkeiten bei der Feststellung eines Gesteungskostenpreises“.

<sup>70</sup> Eine Übersicht über die verschiedenen Kostenbegriffe findet sich etwa bei *Wish*, (Fn. 25), S. 707 f.

<sup>71</sup> Darunter versteht man die Kosten, die entstehen, um eine zusätzliche Produktionseinheit herzustellen, vgl. *ibid.*, S. 707.

<sup>72</sup> Vgl. *Kuhn*, (Fn. 25), S. 579 f.; *Geradin*, (Fn. 23), S. 7 f.

<sup>73</sup> Vgl. *Schröter*, (Fn. 8), Art. 82, Rdnr. 184.

werden zu lassen, sollten auch die Kosten für gescheiterte Projekte berücksichtigt werden.<sup>74</sup> Diese Sichtweise findet zudem eine Stütze in den Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen.<sup>75</sup> Die Kommission führt dort nämlich aus: „Wenn Innovationsimpulse und Wettbewerbsdynamik erhalten bleiben sollen, darf ein innovatives Unternehmen bei der Verwertung von Schutzrechten, die sich als wertvoll erweisen, nicht über Gebühr eingeschränkt werden. Einem innovativen Unternehmen sollte es deshalb normalerweise freistehen, für erfolgreiche Projekte eine Gegenleistung zu erlangen, die *unter Berücksichtigung fehlgeschlagener Vorhaben* ausreicht, Investitionsanreize zu erhalten.“<sup>76</sup>

Die Berücksichtigung von Forschungs- und Entwicklungskosten ist jedoch nur so lange gerechtfertigt, wie sich diese noch nicht amortisiert haben. So kann beispielsweise bei patentierten Erzeugnissen nach Ablauf des Patentschutzes in der Regel angenommen werden, dass die für ihre Erforschung und Entwicklung getätigten Aufwendungen inzwischen wiedererlangt werden konnten, schließlich ist es ja gerade Sinn eines Patents, dem Rechteinhaber eine Kompensation seiner Kosten zu ermöglichen. Aus diesem Grunde konnte etwa Napp Pharmaceutical Holdings Limited seine nach Ansicht des Office of Fair Trading unangemessen hohen Preise nicht mehr mit Verweis auf seine einstigen Forschungsausgaben rechtfertigen. Da das in Frage stehende Produkt – es handelte sich um ein Schmerzmittel in Form eines Morphins mit verzögerter Wirkstofffreigabe („*Sustained release morphine*“) – nämlich bereits seit 1980 auf dem Markt war und Napp bis 1992 ein Patent innehatte, ging die britische Kartellbehörde in ihrer Entscheidung aus dem Jahr 2001 zu Recht davon aus, dass sich diese Kosten längst amortisiert haben müssten.<sup>77</sup>

Die Berücksichtigung von Forschungs- und Entwicklungskosten stellt indessen nicht das einzige Problem dar, welches die Kostenermittlung zu einer schwierigen Aufgabe werden lässt. So beschränken sich marktbeherrschende Unternehmen häufig nicht darauf, nur ein Produkt herzustellen, sondern nutzen etwa eine Fertigungsstätte um eine Vielzahl von Waren zu produzieren. Bei den dabei anfallenden Kosten handelt es sich folglich auch um Gemeinkosten, also solchen, die sich nicht nur einem Produkt zurechnen lassen und demgemäß einer Aufschlüsselung auf die verschiedenen Produkte bedürfen. Eine solche wird jedoch von Gerichtshof,<sup>78</sup> Kommission<sup>79</sup>

<sup>74</sup> So auch *Geradin*, (Fn. 23), S. 7 f.; in diese Richtung auch *Paulis*, (Fn. 48), S. 524.

<sup>75</sup> ABl. C 101 v. 27.4.2004, S. 2, auf die Leitlinien weist *Geradin*, (Fn. 23), S. 7 hin.

<sup>76</sup> Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Technologietransfer-Vereinbarungen, Rdnr. 8.

<sup>77</sup> Vgl. Decision of the Director General of Fair Trading v. 30.3.2001, No CA98/2/2001, Rdnr. 209; auf diese Entscheidung wird später noch ausführlicher eingegangen.

<sup>78</sup> Vgl. EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257.

<sup>79</sup> Vgl. Entscheidung v. 23.7.2004, Sache COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*.



und Literatur<sup>80</sup> gleichermaßen häufig als „willkürlich“ empfunden. Die Schwierigkeit besteht hier also weniger darin, dass es an Methoden fehlte, Gemeinkosten unterschiedlichen Produkten zuzuordnen, als vielmehr dass keine Einigkeit darüber herrscht, welche hiervon die „richtige“ ist, zumal sich die Ergebnisse je nach gewählter Methode unterscheiden können.<sup>81</sup>

Allerdings sind Gemeinkosten nicht nur bei der Ermittlung überhöhter Preise zu berücksichtigen, sondern auch bei der Feststellung der durchschnittlichen variablen Kosten bzw. der durchschnittlichen Gesamtkosten im Falle einer behaupteten Kampfpreisunterbietung.<sup>82</sup> So stand es in den bisherigen Fällen,<sup>83</sup> in denen der Gerichtshof über das Vorliegen von Kampfpreisen zu entscheiden hatte, der Feststellung eines solchen Missbrauchs nicht im Wege, dass es sich jeweils um ein Multiproduktunternehmen handelte, bei dem folglich produktunabhängige Gemeinkosten anfielen. Wird aber die Aufteilung von Gemeinkosten in diesen Fällen für möglich gehalten, muss Gleiches auch bei der Ermittlung überhöhter Preise gelten. Jedoch ist zuzugeben, dass Kommission und Gerichtshof in den „Kampfpreisfällen“ schlicht auf die Kostenaufschlüsselung durch den Marktbeherrscher selbst vertraut zu haben scheinen,<sup>84</sup> was indes nicht immer möglich sein wird.

Denn die interne Kostenrechnung des Unternehmens kann nicht nur offensichtlich fehlerhaft,<sup>85</sup> sondern auch derart intransparent<sup>86</sup> sein, dass sich daraus keine Erkenntnisse über seine tatsächlichen Kosten gewinnen lassen. Bemerkenswerterweise erblickt die niederländische Kartellbehörde, was jedoch zu weit führt, bereits in der Tatsache als solcher, dass es dem internen Kostenrechnungssystem an Transparenz mangelt und dieses somit keine Rückschlüsse auf die Angemessenheit von Preisen

<sup>80</sup> Vgl. etwa *O'Donoghue/Padilla*, (Fn. 8), S. 615.

<sup>81</sup> Ein Überblick über die zur Aufteilung von Gemeinkosten entwickelten Methoden findet sich etwa bei *Niels/Jenkins/Kavanagh*, (Fn. 40), S. 160.

<sup>82</sup> Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, stets als missbräuchlich anzusehen; Preise, die über diesen Kosten liegen, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten nur dann, „wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat.“ Siehe EuGH, Rs. 62/86, *AKZO/Kommission*, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 71 f.

<sup>83</sup> Vgl. *ibid.*; EuGH, Rs. C-333/94 P, *Tetra Pak*, Slg. 1996, I-5951; EuGH, Rs. C-202/07 P, *France Télécom*, Slg. 2009, I-2369.

<sup>84</sup> Vgl. *Pries*, Kampfpreissmissbrauch im ökonomisierten E-G-Kartellrecht, 2009, S. 73.

<sup>85</sup> Als offensichtlich fehlerhaft erachtete die Kommission etwa die Kostenrechnung von Helsingborgs Hamn AB, dem Betreiber des Hafens im schwedischen Helsingborg, in ihrer Entscheidung v. 23.7.2004, Sache COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*, Rdnr. 108.

<sup>86</sup> An einem transparenten internen Kostenrechnungssystem mangelte es etwa der Deutschen Post AG in der Entscheidung v. 25.7.2001, Sache COMP/C-1/36.915 – *Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen*, ABl. L 331 v. 15.12.2001, S. 40, Rdnr. 159.

erlaubt, einen Marktmissbrauch.<sup>87</sup> Dies soll jedoch nur dann gelten, wenn es sich bei dem fraglichen Unternehmen um einen (Quasi-)Monopolisten handelt.<sup>88</sup>

Die Liste der im Rahmen der Kostenermittlung zu bewältigenden Probleme ist damit jedoch noch nicht zu Ende. Denn dass ein Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat, muss nicht notwendigerweise auf gesteigerter Effizienz und Innovation beruhen. Vielmehr kann dies auch Folge eines (früheren) gesetzlichen Monopols oder schlicht auf Zufall zurückzuführen sein.<sup>89</sup> Möglicherweise ist auch ein ehemals effizientes Unternehmen, sieht es sich als Marktbeherrscher keinem wesentlichen Wettbewerbsdruck mehr ausgesetzt, zu einem ineffizienten geworden. Somit können hohe Preise lediglich Ausdruck hoher Kosten sein, die ihren Grund in der mangelnden Effizienz des Marktbeherrschers infolge fehlenden Wettbewerbs haben. Ist dies der Fall, stellt sich die Frage, ob auch diese Kosten zu berücksichtigen sind oder nur solche eines gut geführten, effizienten Unternehmens. Einem Als-ob-Konzept, dem zufolge der Marktbeherrscher so zu behandeln ist, als ob er in wirksamem Wettbewerb stünde,<sup>90</sup> scheint der Gerichtshof in *United Brands* jedoch eine Absage erteilt zu haben, indem er, worauf bereits hingewiesen wurde, „ein Mißverhältnis zwischen den *tatsächlich entstandenen Kosten* und dem *tatsächlich verlangten Preis*“<sup>91</sup> zur Voraussetzung eines Preishöhenmissbrauchs machte. Demgemäß müssten sämtliche Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens Berücksichtigung finden, mag dieses auch noch so ineffizient sein. Dieser Befund ist indes nur ein vorläufiger, auf den später erneut zurückzukommen ist.

Angesichts dieser Schwierigkeiten sieht sich die vom Gerichtshof verlangte Kostenermittlung dem Vorwurf mangelnder Praktikabilität ausgesetzt.<sup>92</sup> Obschon die mit

<sup>87</sup> Vgl. *Pijnacker Hordijk*, (Fn. 55), S. 488.

<sup>88</sup> Vgl. *ibid.* Die niederländische Kartellbehörde differenziert damit zwischen „einfach“ marktbeherrschenden Unternehmen sowie solchen, die eine (Quasi-)Monopolstellung innehaben und infolgedessen einer strengeren Kontrolle unterliegen. Auf diese wenig überzeugende Unterscheidung zwischen „einfach“ marktbeherrschenden und „superdominanten“ Unternehmen wird noch an anderer Stelle eingegangen.

<sup>89</sup> Vgl. *Ezrachí/Gilo*, (Fn. 49), S. 31, Fn. 84.

<sup>90</sup> Vgl. zum Als-ob-Konzept die deutsche Regelung des § 19 Abs. 4 Nr. 2 Halbsatz 1, wonach ein Missbrauch dann vorliegt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen „Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden.“ Siehe hierzu *Nothdurft*, in: Langen/Bunte, (Fn. 27), § 19, Rdnr. 104.

<sup>91</sup> EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257.

<sup>92</sup> So etwa *Kuhn*, (Fn. 25), S. 588.

der Feststellung von Gestehungskosten einhergehenden Probleme nicht verharmlost werden sollen, dürften sich diese doch nicht durchweg mit der gleichen Intensität stellen. So war denn auch der Gerichtshof der Ansicht, dass jedenfalls „der Gestehungspreis von Bananen keine unüberwindlichen Schwierigkeiten [bietet].“<sup>93</sup>

Zudem wird eine Kostenanalyse auch ansonsten offenbar für durchaus möglich gehalten. So sind nicht nur bei der Entscheidung über das Vorliegen von Kampfpreisen, sondern auch von Preisscheren<sup>94</sup> die Kosten des Marktbeherrschers zu ermitteln, wobei ebensolche Probleme auftreten können wie bei der Kostenanalyse im Rahmen der Feststellung überhöhter Preise. Gleichwohl wird, soweit ersichtlich, hieraus nicht der Schluss gezogen, dass eine Kostenermittlung völlig undurchführbar und deswegen auf ein Einschreiten gegen Kampfpreise und Preisscheren zu verzichten sei. Dann muss aber Gleiches auch im Falle missbräuchlich überhöhter Preise gelten.

Freilich unterscheidet sich die Feststellung etwa von Kampfpreisen von der missbräuchlich hoher Preise in einem wichtigen Punkt. Während nämlich Erstere, sind die Kosten erst einmal ermittelt, keine nennenswerten Schwierigkeiten mehr aufweist – es gilt dann nur noch festzustellen, ob der Preis über oder unter diesen (durchschnittlichen variablen bzw. durchschnittlichen Gesamt-)Kosten liegt – sieht sich Letztere mit einem weiteren Problem konfrontiert, nämlich der Ermittlung eines Missverhältnisses zwischen Kosten und Preis.

## (2) Missverhältnis

Darauf, ob ein solches vorlag, ging der Gerichtshof in *United Brands* jedoch gar nicht ein, da die Kommission die Kosten des Unternehmens ja nicht ermittelt hatte. Auch auf abstrakte Hinweise, wann ein derartiges Missverhältnis anzunehmen sei, verzichtete er. Zwar mag das Schweigen des Gerichtshofs insofern verständlich scheinen, als die Frage, wann ein Missverhältnis zwischen Kosten und Preis gegeben ist, sich kaum theoretisch beantworten lassen wird, sondern vielmehr von Markt zu Markt und Industrie zu Industrie zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.<sup>95</sup> Gleichwohl ist es unbefriedigend, dass sich der Gerichtshof jeglichen Hinweisen hierzu enthalten hat. Klar ist einzig, dass nicht jedwedes Überschreiten der Kosten

<sup>93</sup> EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257. Die vermeintliche Leichtigkeit, mit welcher der Gerichtshof es für möglich hält, den Gestehungspreis von Bananen festzustellen, wird jedoch von *Pijnacker Hordijk*, (Fn. 55), S. 468 kritisiert.

<sup>94</sup> Eine solche liegt dann vor, wenn ein vertikal integrierter Marktbeherrscher die Preise für ein Vorprodukt entweder derart hoch oder die Preise für ein Endprodukt so niedrig bzw. das Verhältnis zwischen den Preisen für Vor- und Endprodukt dergestalt festsetzt, dass Wettbewerber, selbst wenn diese effizient sind, auf dem nachgelagerten Markt nicht wirksam konkurrieren können. Dies war etwa der Fall EuGH, Rs. C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, Slg. 2010, I-9555.

<sup>95</sup> Vgl. *Geradin*, (Fn. 23), S. 9.

durch den Preis die Missbräuchlichkeit des Letzteren begründen kann, schon deshalb nicht, weil dem marktbeherrschenden Unternehmen über die Deckung seiner Kosten hinaus ein angemessener Profit zuzugestehen ist.<sup>96</sup> So hat denn auch der Gerichtshof ein „übertriebenes Mißverhältnis“ zwischen Kosten und Preis verlangt,<sup>97</sup> also ein solches von einigem Gewicht.

Selbst dies scheint jedoch nicht zu genügen, um Preise als missbräuchlich zu qualifizieren, da der Gerichtshof die Missbräuchlichkeit noch von einer zweiten Voraussetzung abhängig machte, nämlich der Unangemessenheit der Preise.

## b) Unangemessenheit

Diese ist entweder „absolut“ oder „im Vergleich zu den Konkurrenzprodukten“ festzustellen.<sup>98</sup> In der Tat scheint es, möchte man über die Angemessenheit der Preise eines Unternehmens urteilen, nur naheliegend, diese mit denen von Konkurrenten zu vergleichen. Allerdings ist hierbei Vorsicht geboten. Denn bei einem solchen Vergleich gilt es nicht nur etwaigen Qualitätsunterschieden zwischen den einzelnen Produkten Rechnung zu tragen,<sup>99</sup> sondern auch zu berücksichtigen, dass sich die Preise der Konkurrenten häufig an denen des Marktbeherrschers orientieren.<sup>100</sup> Die Aussagekraft eines solchen Vergleichs mag deshalb nur begrenzt sein. So betrug denn auch der Unterschied zwischen den Preisen von United Brands und denen seiner Konkurrenten gerade einmal 7 %, eine Differenz, die nach Auffassung des Gerichtshofs zu gering war, um sie als unangemessen zu qualifizieren.<sup>101</sup>

Ist jedenfalls dem Prinzip nach verständlich, was der Gerichtshof mit der Unangemessenheit von Preisen im Vergleich zu Konkurrenzprodukten meinte,<sup>102</sup> erscheint fraglich, was es mit „absolut“ unangemessenen Preisen auf sich haben soll. Dies umso mehr, als der Gerichtshof auch diesen Begriff weder in seinem „United Brands“-Urteil selbst noch in seiner nachfolgenden Rechtsprechung präziserte. Einzig die Kommission hat bislang versucht, diesem unbestimmten Begriff Konturen zu verleihen, und zwar in ihrer Entscheidung in der Sache *Scandlines Sverige AB v Port of Helsingborg*.<sup>103</sup> Die Kommission hatte darin über die Beschwerde von Scandlines, dem

<sup>96</sup> Vgl. *Schröter*, (Fn. 8), Art. 82, Rdnr. 183.

<sup>97</sup> EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> So versuchte auch United Brands ihre im Vergleich zu den Bananen von Konkurrenten höheren Preisen damit zu erklären, dass Chiquita-Bananen von besserer Qualität seien, siehe *ibid.*, Rdnrn. 242/247.

<sup>100</sup> Vgl. *Schröter*, (Fn. 8), Art. 82, Rdnr. 193.

<sup>101</sup> EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 261/266.

<sup>102</sup> Nämlich dass die Preise des Marktbeherrschers die der Konkurrenten um einen bestimmten, vom Gerichtshof allerdings nicht festgelegten, Betrag überschreiten müssen.

<sup>103</sup> Entscheidung v. 23.7.2004, Sache COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines*.

Hafenagenten eines zwischen dem dänischen Elsinore und dem schwedischen Helsingborg operierenden Fährunternehmens, zu befinden, der zufolge die Gebühren für die Nutzung des Hafens Helsingborg missbräuchlich überhöht seien. Nachdem die Kommission, den „United Brands“-Kriterien folgend, zunächst die für die Hafennutzung anfallenden Kosten mit den Gebühren verglichen hatte und dabei zu dem Ergebnis gelangt war, dass die Gebühren die Kosten überschritten,<sup>104</sup> wandte sie sich der Frage der Unangemessenheit dieser Gebühren zu. Da aufgrund der Monopolstellung des Hafens eine Entscheidung über die Unangemessenheit im Wege eines Vergleichs mit „Konkurrenzprodukten“ von vornherein ausschied und auch die von der Kommission stattdessen vorgenommenen Vergleiche nur von begrenzter Aussagekraft waren,<sup>105</sup> kam der Frage, ob die Gebühren „absolut“ unangemessen seien, besondere Bedeutung zu. Dies wollte die Kommission anhand des wirtschaftlichen Werts der Leistung bestimmen. Hierzu führte sie zunächst aus, dass „[w]hile a comparison of prices and costs, which reveals the profit margin of a particular company may serve as a first step in such an analysis [of an excessive pricing abuse], this in itself cannot be conclusive as regards the existence of an abuse.“<sup>106</sup> Denn: „[T]he economic value of the product/service cannot simply be determined by adding to the costs incurred in the provision of this product/service a profit margin which would be a pre-determined percentage of the production costs.“<sup>107</sup>

Kann der wirtschaftliche Wert aber nicht einfach durch eine Addition von Gestehungskosten und einer angemessenen Gewinnmarge ermittelt werden (auch als *cost-plus approach* bezeichnet), fragt sich, wie dies sonst geschehen soll. Eine Antwort hierauf blieb die Kommission durchaus nicht schuldig, sondern betonte, dass für die Ermittlung des wirtschaftlichen Werts auch solche Faktoren berücksichtigt werden müssten, die sich zwar nicht in Kosten für das Unternehmen niederschlugen, für die Kunden aber gleichwohl einen Wert hätten.<sup>108</sup> Diese seien dann nämlich bereit, einen höheren Preis zu zahlen. Der wirtschaftliche Wert eines Produkts oder einer Dienstleistung soll damit nicht nur unter Berücksichtigung der Angebotsseite, also der Kosten, sondern auch mit Blick auf die Nachfrageseite bestimmt werden. Als nicht-kostenbezogene Faktoren, die für die Kunden von Wert seien, hat sich die Kommission im Besonderen auf die vorteilhafte Lage des Hafens,<sup>109</sup> aber auch auf die Tatsache berufen, dass der Hafen direkt vom Stadtzentrum Helsingborgs aus

<sup>104</sup> Vgl. *ibid.*, Rdnrn. 139 ff. und 160. Die Kommission scheint jedoch nicht davon ausgegangen zu sein, dass zwischen Gebühren und Kosten ein übertriebenes Missverhältnis besteht.

<sup>105</sup> So verglich die Kommission die Hafengebühren in Helsingborg mit denen anderer Häfen, insbesondere in Elsinore, hielt die Häfen aber für zu unterschiedlich, um hieraus aussagekräftige Schlüsse zu ziehen, siehe *ibid.*, Rdnr. 181 ff.

<sup>106</sup> *Ibid.*, Rdnr. 214.

<sup>107</sup> *Ibid.*, Rdnr. 221.

<sup>108</sup> *Ibid.*, Rdnr. 226 ff.

<sup>109</sup> So beträgt die Distanz zwischen Helsingborg und Elsinore gerade einmal 4 km und stellt damit die kürzeste Fährverbindung zwischen Schweden und Dänemark dar, siehe *ibid.*, Rdnr. 1.

erreichbar sei und zudem über eine sehr gute Anbindung an öffentliche Verkehrsmittel verfüge.<sup>110</sup> Unter Zugrundelegung des so ermittelten wirtschaftlichen Wertes sah die Kommission keine hinreichenden Beweise dafür, dass der Preis hierzu in einem Missverhältnis stehe, wobei im Dunkeln bleibt, auf welche Weise sie diesen (nur abstrakten) Wert mit dem (konkreten) Preis verglichen hat.

Obschon der Ansatz der Kommission, für die Ermittlung missbräuchlich hoher Preise auch die Nachfrageseite zu berücksichtigen, die Zustimmung der britischen Rechtsprechung gefunden hat,<sup>111</sup> erscheint doch ein solches Vorgehen problematisch. Zunächst ist fraglich, wie ein abstrakter, nicht bezifferter Wert, wie etwa die vorteilhafte Lage des Hafens, mit einem konkreten Preis verglichen werden soll. Dies wäre wohl nur dann möglich, wenn sich der abstrakte Wert durch einen konkreten zum Ausdruck bringen ließe. Wie die beschriebenen nicht-kostenbezogenen Faktoren konkret bewertet werden könnten, ist jedoch völlig unklar. So wäre etwa zu fragen, ob der Wert, der für den Kunden in der vorteilhaften Lage des Hafens bestehen soll, mit 10, 100 oder 1.000 Euro pro Hafennutzung anzusetzen wäre. Eine Feststellung überhöhter Preise, die bereits genug Schwierigkeiten aufweist, würde damit wohl vollends unmöglich.

Gegen die von der Kommission gewählte Methode sprechen aber auch grundlegende Einwände. Ökonomisch betrachtet entspricht der Wert eines Produkts aus Sicht des Kunden nämlich seiner Zahlungsbereitschaft.<sup>112</sup> Liegt der Preis über seiner Zahlungsbereitschaft, reagiert er mit Verzicht. Wird ein Produkt aber überhaupt noch gekauft, bedeutet dies, dass der Preis stets unter der Zahlungsbereitschaft und damit unter dem wirtschaftlichen Wert liegt oder diesem doch zumindest entspricht. Auf die Nachfrageseite abzustellen, hieße demnach, dass ein Preis niemals überhöht sein kann,<sup>113</sup> was jedoch nicht haltbar scheint.

Naheliegender dürfte es deshalb sein, „absolut“ unangemessene Preise anders zu verstehen, und zwar dahin, dass ein Preis, welcher die Kosten zuzüglich einer angemessenen Gewinnmarge nicht nur spürbar, sondern derart signifikant überschreitet, dass seine Missbräuchlichkeit nachgerade offenkundig ist, als „absolut“ unangemessen anzusehen ist.<sup>114</sup> Einer weiteren Überprüfung der Missbräuchlichkeit anhand eines Vergleichs mit Konkurrenzprodukten bedürfte es demnach nur dort, wo die Abweichung zwischen Preis und Kosten nicht derart eindeutig ist. Ein solches Verständnis

<sup>110</sup> Ibid., Rdnr. 234.

<sup>111</sup> Vgl. Court of Appeal, Urteil v. 2.2.2007, *Attheraces Ltd and Attheraces (UK) Ltd v The British Horseracing Board Ltd and BHB Enterprises plc* [2007] EWCA Civ 38., Rdnr. 213 ff.

<sup>112</sup> Vgl. *Niels/Jenkins/Kavanagh*, (Fn. 40), S. 278.

<sup>113</sup> Vgl. *ibid.*

<sup>114</sup> Als Beispiel für einen solch offenkundig missbräuchlich überhöhten Preis kann EuGH, Rs. 26/75, *General Motors*, Slg. 1975, 1367, Rdnr. 15/16 dienen. Dort hat der Gerichtshof eine im Vergleich zu den Kosten um fast das fünffache höhere Gebühr als „unstreitig“ stark überhöht bezeichnet.

ist freilich Spekulation und muss dies auch so lange bleiben, bis die Unionsgerichte selbst hierzu Stellung genommen haben. Vor diesem Hintergrund ist zu bedauern, dass Scandlines, die gegen die Ablehnung ihrer Beschwerde zunächst Klage erhoben hatte,<sup>115</sup> diese offenbar wieder zurückgenommen hat.<sup>116</sup> Dies ist umso mehr zu bedauern, als Gericht und in einem etwaigen Rechtsmittelverfahren auch Gerichtshof nicht nur im Hinblick auf die soeben erörterte Frage für mehr Klarheit hätten sorgen, sondern auch offenbare Widersprüche in der Rechtsprechung des Gerichtshofs hätten beseitigen können. Denn die nachfolgenden Urteile des Gerichtshofs, welche missbräuchlich überhöhte Preise zum Gegenstand hatten, scheinen im gewissen Gegensatz zu seinen eigenen, in *United Brands* entwickelten Kriterien zu stehen.

## 2. „Lucazeau u.a./SACEM u.a.“

So wurde der Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens mit der Frage konfrontiert, ob der Gebührensatz, den die französische Rechteverwertungsgesellschaft SACEM<sup>117</sup> von den Betreibern von Diskotheken für die Aufführung geschützter Musikwerke erhob, missbräuchlich im Sinne von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV sei, „wenn dieser Satz deutlich höher als derjenige ist, den derartige Verwertungsgesellschaften anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft anwenden“.<sup>118</sup> Der Gerichtshof bejahte diese Frage unter der Voraussetzung, dass „die verschiedenen Tarife, was ihre Höhe betrifft, miteinander auf einheitlicher Grundlage verglichen wurden.“<sup>119</sup> Anders sei es nur, wenn die Verwertungsgesellschaft die Differenz sachlich rechtfertigen könne.<sup>120</sup> Der Gerichtshof ließ mithin ein räumliches Vergleichsmarktkonzept genügen, also die Feststellung der Unangemessenheit anhand eines Vergleichs mit den Preisen für die fraglichen Waren oder Dienstleistungen auf anderen geographischen Märkten.<sup>121</sup> Einen Vergleich der Gebühren mit den Kosten verlangte er hingegen nicht. Dies mag verwundern, schließlich hatte der Gerichtshof in *United Brands* die Kommissionsentscheidung gerade aufgrund der Tatsache aufgehoben, dass die Kommission auf eine Preis-Kostenanalyse verzichtet hatte, was den Schluss nahelegt, dass er in einer solchen Analyse eine zwingende Voraussetzung für die Feststellung missbräuchlich über-

<sup>115</sup> Klage *Scandlines Sverige AB/Kommission*, Rs. T-399/04, eingereicht am 7.10.2004.

<sup>116</sup> So wird die Rechtssache als „erledigte Rechtssache“ geführt, ohne dass es zu einer Entscheidung gekommen ist.

<sup>117</sup> *Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*.

<sup>118</sup> EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, *Lucazeau u.a./SACEM u.a.*, Slg. 1989, 2811, Rdnr. 7.

<sup>119</sup> *Ibid.*, Rdnr. 33.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Daneben existiert das Vergleichsmarktkonzept noch in zeitlicher – hier wird auf die früheren Preise des Marktbeherrschers abgestellt – und sachlicher Ausprägung. Im letzteren Fall werden für einen Vergleich die Preise für ähnliche, aber nicht austauschbare Erzeugnisse zugrunde gelegt, vgl. *Bulst*, (Fn. 67), Art. 82, Rdnr. 171 ff.



höher Preise erblickte.<sup>122</sup> Indes ist dieser Widerspruch nur ein scheinbarer, da es vorliegend um die Aufführung musikalischer Werke ging, mithin geistiger Schöpfungen, deren Kosten sich kaum bestimmen lassen dürften, so dass die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts hier auf praktischen Gründen beruhte.<sup>123</sup>

Sich in der Europäischen Union über die Angemessenheit von Preisen im Wege eines Vergleichs zwischen den Mitgliedstaaten Klarheit zu verschaffen, erscheint zudem nur plausibel.<sup>124</sup> Auch wird das Vergleichsmarktkonzept von manchen als einer Preis-Kostenanalyse überlegen angesehen,<sup>125</sup> was in Deutschland in § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB einen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat. So sind gemäß Halbsatz 2 für die Bestimmung des sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergebenden Preises, welcher nach Halbsatz 1 für die Entscheidung über die Missbräuchlichkeit ausschlaggebend ist, „insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb zu berücksichtigen.“<sup>126</sup> Auch die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts ist indes nicht frei

<sup>122</sup> Das Urteil EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257, ist insofern nicht eindeutig. Einerseits geht der Gerichtshof davon aus, dass neben einer Preis-Kostenanalyse noch „andere Methoden zur Bestimmung der Kriterien für den angemessenen Preis eines Erzeugnisses denkbar“ seien, was den Schluss nahelegt, dass es sich bei der Preis-Kostenanalyse lediglich um eine von mehreren gleichberechtigten Methoden zur Feststellung unangemessener Preise handelt. Andererseits stellt er aber fest, dass die Kommission von *United Brands* „zumindest“ die Angabe aller für den Gestehungspreis bestimmenden Faktoren hätte verlangen, also offenbar in jedem Falle eine Preis-Kostenanalyse hätte durchführen müssen.

<sup>123</sup> Nicht auf praktischen Gründen kann die Anwendung des Vergleichsmarktkonzepts jedoch in EuGH, Rs. 30/87, *Bodson/Pompes funèbres des régions libérées*, Slg. 1988, 2479 – ebenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren – beruht haben. Darin ging es um die Missbräuchlichkeit der Preise von Bestattungsunternehmen, welchen in bestimmten Gemeinden Frankreichs ausschließliche Konzessionen zur Durchführung von Bestattungsdiensten übertragen wurden. Andere Gemeinden hingegen vergaben für solche Dienste keine ausschließlichen Rechte, sondern ließen die freie Ausübung dieser Tätigkeit zu. Ob die Preise der konzessionierten Unternehmen unangemessen seien, lasse sich, so der Gerichtshof, durch einen Vergleich mit denjenigen nicht konzessionierter Unternehmen in anderen Gemeinden ermitteln (Rdnr. 31). Einen Preis-Kostenvergleich forderte der Gerichtshof also auch hier nicht, obschon sich doch ein solcher angeboten hätte. Denn all die Schwierigkeiten, die sonst bei Preis-Kostenvergleichen auftreten, etwa die Berücksichtigung von Forschungs- und die Aufschlüsselung von Gemeinkosten, dürften bei Bestattungsdiensten keine Rolle spielen.

<sup>124</sup> Vgl. *Schröter*, (Fn. 8), Art. 82, Rdnr. 190. Als Vergleichsmarkt kommt jedoch nicht nur ein anderer Mitgliedstaat, sondern auch ein Drittstaat in Betracht, vgl. EuG, Rs. T-198/98, *Micro Leader Business*, Slg. 1999, II-3989, Rdnr. 55. Dort hat das Gericht anerkannt, dass zum Zwecke der Feststellung eines Preishöhenmissbrauchs die Preise von in Frankreich vertriebener (französischsprachiger) Software der Marke Microsoft mit denen entsprechender Software in Kanada verglichen werden könnten.

<sup>125</sup> So etwa von *Möschel*, (Fn. 25), Art. 82, Rdnr. 143.

<sup>126</sup> Wie bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift („insbesondere“) folgt, kommen daneben aber noch andere Methoden zur Bestimmung missbräuchlich überhöhter Preise in Betracht, vgl. *Notbaurft*, (Fn. 90), § 19, Rdnr. 107.

von Schwierigkeiten. So mögen sich, wie dies auch in der Rechtssache *SACEM* der Fall war, nur solche Vergleichsmärkte auffinden lassen, auf denen ebenfalls ein Monopolist existiert oder sonst lediglich ein niedriger Grad an Wettbewerb herrscht. Für einen Vergleich sind solche Märkte jedoch allenfalls bedingt geeignet, da die Möglichkeit besteht, dass die Preise auch dort missbräuchlich überhöht sind.<sup>127</sup> Zudem werden der beherrschte und der Vergleichsmarkt niemals völlig identisch sein, was einen Ausgleich der bestehenden Unterschiede durch Zu- und Abschläge erforderlich macht. Allerdings stößt eine solche Korrekturmethode an ihre Grenzen, werden die Unterschiede zu groß.<sup>128</sup>

Konnte man, wie erwähnt, in der Tatsache, dass sich der Gerichtshof hier für ein Vergleichsmarktkonzept aussprach, nicht notwendigerweise einen Widerspruch zu seinem „United Brands“-Urteil erblicken, gilt dies jedoch nicht in anderer Hinsicht. Der Gerichtshof hat sich nämlich, nachdem er zu dem Ergebnis gelangt war, dass ein im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten höherer Preis ein Anzeichen für einen Missbrauch darstelle, das vom Unternehmen zu entkräften sei, zur Frage der sachlichen Rechtfertigung geäußert. Dabei stellte er fest, dass sich *SACEM* hierfür nicht auf die im Vergleich zu anderen Verwertungsgesellschaften höheren Verwaltungskosten berufen könne, wenn sich diese, wie es den Anschein hatte, „gerade durch den Mangel an Wettbewerb auf dem Markt erklären lassen.“<sup>129</sup> Somit vermögen also solche Kosten, die ihren Grund in der Ineffizienz des Marktbeherrschers infolge fehlenden Wettbewerbsdrucks haben, hohe Preise nicht zu rechtfertigen, wiewohl die „United Brands“-Entscheidung noch anderes vermuten ließ. Denn dort wollte der Gerichtshof ja noch die „tatsächlichen“, also offenbar auch ineffizienten Kosten heranziehen. Dass der Gerichtshof von dieser Sichtweise abgerückt zu sein scheint, ist nur zu begrüßen. Es kann nämlich nicht angehen, dass sich der Marktbeherrscher auf Kosten seiner Kunden etwa modernen Produktionsmethoden verschließt oder einen aufgeblähten Verwaltungsapparat leistet. Ist demnach auf die Kosten eines effizienten Unternehmens abzustellen,<sup>130</sup> fragt sich aber, ob man dieses Prinzip mit letzter Konsequenz anwenden, d.h. die ineffizienten Kosten des Marktbeherrschers auch dann nicht berücksichtigen sollte, wenn dies zur Folge hätte, dass nur ein seine Kosten nicht deckender Preis angemessen wäre. *Ipsen* hat diese Frage bereits vor Langem im Hinblick auf die Rechtslage in Deutschland mit Entschiedenheit verneint, da er in der Vorenthaltung kostendeckender Preise, die unweigerlich zum Konkurs führen müsste, eine Enteignung und somit einen Verstoß gegen Art. 14 GG erblickte.<sup>131</sup> Auch das Gericht geht davon aus, dass die Preise eines marktbeherrschenden Unternehmens zumindest die Deckung seiner Kosten erlauben müssten. So führte es in seinem

<sup>127</sup> Vgl. *Schröter*, (Fn. 8), Art. 82, Rdnr. 191.

<sup>128</sup> Vgl. *ibid.*, Rdnr. 189.

<sup>129</sup> EuGH, verb. Rs. 110/88, 241/88 und 242/88, *Lucazeau u.a./SACEM u.a.*, Slg. 1989, 2811, Rdnr. 29.

<sup>130</sup> Vgl. *Schröter*, (Fn. 8), Art. 82, Rdnr. 186.

<sup>131</sup> *Ipsen*, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, 1976, S. 92 ff.

Urteil in der Rechtssache *Industrie des poudres sphériques*<sup>132</sup> aus: „Auch ein Hersteller in beherrschender Stellung ist nicht verpflichtet, seine Erzeugnisse unter den Herstellungskosten zu verkaufen.“<sup>133</sup> Indessen kann daraus nicht, wie *Furse* dies tut, der Schluss gezogen werden, dass es einem marktbeherrschenden Unternehmen, mag dieses auch noch so ineffizient sein, gestattet ist, jedenfalls seine Kosten wiederzuerlangen.<sup>134</sup> Nichts in dem fraglichen Urteil weist nämlich darauf hin, dass das marktbeherrschende Unternehmen, über dessen Preise zu befinden war, ineffizient gewesen sei. Man wird deshalb die Aussage des Gerichts auch unter Berücksichtigung der soeben dargestellten „SACEM“-Entscheidung des Gerichtshofs dahin ergänzen und gleichzeitig einschränken können, dass auch ein *effizient arbeitender* Hersteller in beherrschender Stellung nicht verpflichtet ist, seine Erzeugnisse unter den Herstellungskosten zu verkaufen. Ist ein Unternehmen hingegen ineffizient, muss es auch hinnehmen, wenn durch die Nichtberücksichtigung seiner Kosten eine Preismissbrauchsschwelle ermittelt wird, die unter seinen Selbstkosten liegt.<sup>135</sup>

Sind für die Feststellung überhöhter Preise die Kosten eines effizienten Unternehmens ausschlaggebend, kann dies aber nicht nur zu Lasten des Marktbeherrschers wirken, wenn dieser ineffizient ist, sondern muss auch zu seinen Gunsten Anwendung finden, wenn er überdurchschnittlich effizient ist, was insbesondere bei einem Preis-Kostenvergleich, also der Ermittlung missbräuchlicher Preise anhand der Gewinnspanne Bedeutung erlangt. Während im ersten Fall, also wenn der Marktbeherrscher ineffizient ist, die Kosten nach unten zu korrigieren wären, müssten sie im zweiten, also wenn er sich überdurchschnittlich effizienter Herstellungstechniken bedient, angehoben werden. Dadurch könnten einem besonders effizienten Unternehmen umfangreiche Gewinne zuteilwerden, ohne dass ein Vergleich seiner (nach oben korrigierten) Kosten mit dem Preis ein übertriebenes Missverhältnis ergäbe. So ließe sich auch der Einwand entkräften, in hohem Maße effiziente Unternehmen mit niedrigeren Kosten und dementsprechend höherer Gewinnspanne würden bei Anwendung eines Gewinnbegrenzungskonzepts für ihre Effizienz gleichsam bestraft.<sup>136</sup> Freilich bedürfte es für die Entscheidung, ob ein Unternehmen ineffizient oder außergewöhnlich effizient ist, zunächst der Bestimmung eines „durchschnittlich effizienten“ Unternehmens, was zugegebenermaßen äußerst schwierig sein dürfte.<sup>137</sup>

<sup>132</sup> EuG, Rs. T-5/97, *Industrie des poudres sphériques*/Kommission, Slg. 2000, II-3755.

<sup>133</sup> Ibid., Rdnr. 179.

<sup>134</sup> *Furse*, (Fn. 20), S. 67.

<sup>135</sup> Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass den so ermittelten überhöhten Preisen am besten mit kartellbehördlich verordneten Preissenkungsmaßnahmen abzuwehren ist. Ist der Marktbeherrscher nämlich ineffizient, fragt sich, weshalb seine Stellung nicht durch effizientere Wettbewerber geschwächt wird. Sollte dies auf Markteintrittsschranken zurückzuführen sein, wäre es wohl eine bessere Lösung, diese zu beseitigen, sofern dies in absehbarer Zeit möglich ist, siehe auch unter B.IV.

<sup>136</sup> Erhoben wird ein solcher Einwand etwa von *Kuhn*, (Fn. 25), S. 589.

<sup>137</sup> Aus diesem und weiteren Gründen lehnen es etwa *Ezrachy/Gilo*, (Fn. 39), S. 21 f., ab, die Kosten eines „durchschnittlich effizienten“ Unternehmens heranzuziehen.

Man wird deshalb die tatsächlichen Kosten nur dort unberücksichtigt lassen bzw. mit einem „Ineffizienzab-“ oder „Effizienzzuschlag“ versehen dürfen, wo ein Unternehmen evident ineffizient bzw. offensichtlich besonders effizient ist.

Da die vorausgegangene Analyse gezeigt hat, dass sowohl die Anwendung eines Gewinnbegrenzungs- als auch Vergleichsmarktkonzepts mit zum Teil erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, fragt sich, ob nicht auf einfacher handhabbare Methoden zur Ermittlung missbräuchlich überhöhter Preise zurückgegriffen werden kann, zumal der Gerichtshof selbst ausdrücklich darauf hinwies, dass über die Angemessenheit von Preisen auch mit Hilfe anderer Methoden entschieden werden könne, wobei er jedoch offen ließ, welche Methoden hierfür in Frage kämen.<sup>138</sup>

### 3. Südafrika: Oder genügt es, nur auf die Marktstruktur abzustellen?

Was alternative Methoden zur Feststellung überhöhter Preise anbelangt, mag es hilfreich sein, einen Blick über die Grenzen der Europäischen Union hinauszuerwerfen. Denn obgleich die bereits zitierte Bezeichnung des Verbots unangemessen hoher Preise als „*European oddity*“<sup>139</sup> den Eindruck erweckt, als handle es sich dabei ausschließlich um eine Eigentümlichkeit des europäischen Kartellrechts, stellen überhöhte Preise doch auch in einer Reihe anderer Rechtsordnungen einen Marktmissbrauch dar.<sup>140</sup> Es erscheint deshalb sinnvoll, einen kurzen Blick auf die dort für die Ermittlung solcher Preise herangezogenen Methoden zu werfen, um diese gegebenenfalls für das europäische Kartellrecht nutzbar zu machen. Einen besonders „innovativen“ Weg zur Feststellung der Unangemessenheit von Preisen hat das südafrikanische Competition Tribunal beschritten.

Ein Blick nach Südafrika ist deshalb von besonderem Interesse, weil sich der südafrikanische Gesetzgeber bei der Einführung eines Missbrauchstatbestands in Form unangemessen hoher Preise ganz offensichtlich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vorbild genommen hat.<sup>141</sup> Im Unterschied zum Letzteren hat jedoch das Competition Tribunal, als es darüber zu entscheiden hatte, ob Mittal Steel South Africa für seine Produkte auf dem südafrikanischen Markt für Flachstahl

<sup>138</sup> Vgl. EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 248/257.

<sup>139</sup> Siehe unter A.

<sup>140</sup> Siehe Fn. 10.

<sup>141</sup> So lautet § 8 lit. a) des südafrikanischen Competition Act: „*It is prohibited for a dominant firm to charge an excessive price to the detriment of consumers.*“ § 1 Abs. 1 Nr. ix des Competition Act definiert – und insofern ist die Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unverkennbar – einen „*excessive price*“ folgendermaßen: „*„excessive price“ means a price for a good or service which – aa) bears no reasonable relation to the economic value of that good or service; and bb) is higher than the value referred to in subparagraph (aa).*“.

unangemessen hohe Preise forderte,<sup>142</sup> auf Gewinnbegrenzungs- bzw. Vergleichsmarktkonzepte völlig verzichtet. Stattdessen meinte es, die Missbräuchlichkeit der Preise allein anhand der Marktstruktur feststellen zu können. So war es, ohne also auf die Gestehungskosten des Unternehmens oder die Preise auf anderen geographischen, zeitlichen oder sachlichen Märkten einzugehen, der Auffassung, dass bereits die Tatsache als solche, dass Mittal mit einem Marktanteil von 80 % eine „superdominante“ Stellung innehatte sowie durch hohe Markteintrittsschranken vor Wettbewerbern geschützt war und auch keiner Regulierung unterlag, genüge, um seine Preise als missbräuchlich hoch zu qualifizieren.<sup>143</sup> So „innovativ“ dieser Ansatz auch sein mag, ist er doch ebenso fragwürdig. Denn über die Angemessenheit von Preisen allein anhand der Marktstruktur zu befinden, ohne die Preise selbst einer Untersuchung zu unterziehen, erscheint kaum vorstellbar. Zwar mag die beschriebene Marktstruktur besonders geeignet gewesen sein, überhöhte Preise zu fordern. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass dies auch tatsächlich der Fall war. Ein solcher Ansatz verbietet sich umso mehr, als der Marktbeherrscher dadurch in die befremdliche Situation geraten könnte, wie dies hier in der Tat der Fall war, wegen eines Preishöhenmissbrauchs bebußt zu werden,<sup>144</sup> ohne jedoch zu erfahren, welcher ein nicht missbräuchlicher Preis wäre.<sup>145</sup> Zudem hätten, legt man die ausschließlich auf die Marktstruktur abstellende Logik des Gerichts zu Grunde, Preissenkungen des Marktbeherrschers die paradoxe Konsequenz, dass seine Preise dann sogar als noch unangemessener angesehen werden müssten, da bei niedrigeren Preisen die Marktanteile wohl weiter anwachsen würden.<sup>146</sup> Die Lösung des südafrikanischen Competition Tribunal ist mithin nicht geeignet, das „messy and difficult business of assessing whether a firm is charging excessive prices“<sup>147</sup> weniger „messy“ und weniger „difficult“ werden zu lassen.

<sup>142</sup> Mittal verkaufte seine Produkte in Südafrika zu sog. „import parity prices“, d.h. zu Preisen, die für Flachstahl verlangt werden, der von anderen Weltmärkten nach Südafrika importiert wird. Demgemäß schlug Mittal auf einen Ausgangspreis die Kosten eines fiktiven Transports nach Südafrika sowie zusätzliche Importkosten, wie etwa Zölle, auf. Die Exportpreise Mittals lagen hingegen deutlich, nämlich im Schnitt um 40 %, unter diesen Preisen, vgl. *Calcagno/Walker*, Excessive Pricing: Towards Clarity and Economic Coherence, Journal of Competition Law and Economics 2010, S. 892.

<sup>143</sup> Vgl. Urteil v. 27.3.2007, *Harmony Gold Mining Company Ltd. v. Mittal Steel South Africa Ltd.*, Case No 13/CR/FEB04, Rdnr. 106.

<sup>144</sup> So wurde Mittal die Zahlung eines für südafrikanische Verhältnisse als Rekordgeldbuße zu bezeichnenden Betrages von umgerechnet mehr als 84 Mio. Euro auferlegt.

<sup>145</sup> Darauf wies zu Recht der südafrikanische Competition Appeal Court hin, der das Urteil aufhob, vgl. *Mittal Steel South Africa Ltd. v. Harmony Gold Mining Company Ltd.*, Case No 70/CAC/Apr07, Rdnr. 54.

<sup>146</sup> Vgl. *Calcagno/Walker*, (Fn. 142), S. 903 f.

<sup>147</sup> *Ibid.*, S. 910.

#### 4. Zwischenfazit

Es bleibt mithin dabei, dass die Ermittlung überhöhter Preise alles andere als einfach ist. Anders als von manchen gefordert,<sup>148</sup> sollte deshalb auf ein Einschreiten gegen überhöhte Preise jedoch nicht völlig verzichtet werden. Eine solche Forderung überzeugt schon deshalb nicht, weil auch andere Missbrauchstatbestände ähnlich komplexe Fragen aufwerfen, ohne dass ihnen deswegen die Existenzberechtigung abgesprochen würde. So muss etwa auch im Falle mancher Behinderungspraktiken über die Angemessenheit von Preisen entschieden werden, etwa dann, wenn ein beherrschendes Unternehmen im Verdacht steht, seinen Konkurrenten den Zugang zu einer „wesentlichen Einrichtung“ zwar nicht unmittelbar, aber indirekt dadurch zu verweigern, dass es einen unangemessen hohen Zugangspreis fordert.<sup>149</sup> Darauf, dass auch die Feststellung von Kampfpreisen, zumindest was die Kostenermittlung anbelangt, ganz ähnliche Probleme aufwirft, wurde zudem bereits hingewiesen. Vor diesem Hintergrund erscheinen die gegen ein Verbot ausbeuterischer Preise erhobenen praktischen Einwände ein wenig übertrieben.<sup>150</sup>

Gleichwohl ist zuzugeben, dass die bislang im Hinblick auf Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV ergangene Rechtsprechung und Kommissionspraxis als unbefriedigend bezeichnet werden müssen. So ist die Rechtsprechung nicht nur Antworten auf wesentliche Fragen schuldig geblieben, sondern scheint auch, worauf bereits hingewiesen wurde, widersprüchlich. Vor diesem Hintergrund dürfte es marktbeherrschenden Unternehmen, wie immer wieder eingewandt wird, in der Tat sehr schwer fallen, selbst die Rechtmäßigkeit ihrer Preise einzuschätzen.<sup>151</sup> Rechtssicherheit scheint demnach, jedenfalls beim gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung, kaum gewährleistet. Es ist deshalb nicht nur an die Unionsgerichte zu appellieren, bei nächster sich bietender Gelegenheit für mehr Klarheit zu sorgen, sondern auch an die Kommission, ihren Anwendungsprioritäten bezüglich Behinderungsmissbräuchen<sup>152</sup> auch

<sup>148</sup> Vgl. *Kuhn*, (Fn. 25), S. 591; *Furse*, (Fn. 20), S. 82.

<sup>149</sup> So hat die Kommission im Jahr 2008 gegen Microsoft ein Zwangsgeld in Höhe von 899 Mio. Euro verhängt, weil es „unangemessen hohe Preise für die Bereitstellung der Schnittstellenspezifikationen für Arbeitsgruppen-Server verlangt“ und damit gegen eine frühere Kommissionsentscheidung verstoßen habe, vgl. Pressemitteilung IP/08/318 v. 27.2.2008. Angesichts der Tatsache, dass es die Kommission für möglich hält, den angemessenen Preis einer hochinnovativen, durch zahlreiche Patente geschützten Technik zu ermitteln, muss es verwundern, wie skeptisch sie der Bestimmung angemessener Preise ansonsten gegenübersteht.

<sup>150</sup> So auch *Fletcher/Jardine*, (Fn. 29), S. 541, die feststellen: „[W]hile it is true that assessment of excessive pricing can sometimes be difficult, it would be wrong to overstate these difficulties.“ Ebenso *Niels/Jenkins/Kavanagh*, (Fn. 40), S. 269.

<sup>151</sup> So etwa *Kuhn*, (Fn. 25), S. 591; *O'Donoghue/Padilla*, (Fn. 8), S. 622.

<sup>152</sup> Siehe Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 v. 24.2.2009, S. 7.



solche für Ausbeutungsmissbräuche folgen zu lassen oder gar entsprechende Leitlinien.<sup>153</sup> Darin sollte sich die Kommission dafür aussprechen, für die Feststellung überhöhter Preise mehrere Methoden gleichzeitig heranzuziehen.<sup>154</sup> Dadurch dürfte sich nämlich das Risiko reduzieren lassen, zu einem falschen, insbesondere falsch positiven, Ergebnis zu gelangen.<sup>155</sup> Als „Vorbild“ für eine solche Vorgehensweise könnte die Entscheidung des Office of Fair Trading (OFT) in der Rechtssache *Napp* dienen,<sup>156</sup> auf die bereits hingewiesen wurde. Darin kam das OFT zu dem Ergebnis, dass Napp seine marktbeherrschende Stellung gleich doppelt missbraucht hatte. So hatte es sein Schmerzmittel nicht nur im sogenannten *hospital segment*<sup>157</sup> zu Kampfpreisen verkauft, sondern auch im sogenannten *community segment*<sup>158</sup> überhöhte Preise verlangt. Zur Feststellung der Letzteren bediente sich das OFT gleich einer ganzen Reihe von Vergleichsmethoden.

So verglich es zunächst Napps Preise im *community segment* mit denen des nächstteuren Anbieters, wobei sich herausstellte, dass Napps Preise im Schnitt um ca. 40 % höher lagen.<sup>159</sup>

Sodann wurden die Preise daraufhin untersucht, ob sie in den zehn Jahren seit Ablauf des Patentschutzes Änderungen erfahren hatten. Während die Preise im *community segment* im Wesentlichen unverändert geblieben waren, waren sie im *hospital segment* seit Markteintritt des ersten Konkurrenten im Jahr 1991 um mehr als 90 % gefallen.<sup>160</sup>

<sup>153</sup> Eine Forderung nach Leitlinien wird u.a. auch erhoben von *Fingleton* im Rahmen der Podiumsdiskussion des 12. EU Competition Law and Policy Workshop, abgedruckt in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 29), S. 495; *Pozdnakova*, Excessive Pricing and the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position, World Competition 2010, S. 139. Vor Leitlinien warnt jedoch *Motta* im Rahmen der Podiumsdiskussion des 12. EU Competition Law and Policy Workshop, abgedruckt in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 29), S. 493, der „befürchtet“, dass sich dadurch mehr Kartellbehörden als bislang veranlasst sehen könnten, gegen mutmaßlich ausbeuterische Preise einzuschreiten.

<sup>154</sup> So auch *Green*, Problems in the Identification of Excessive Prices: The United Kingdom Experience in the Light of NAPP, 2003, S. 9; *Motta/de Streel*, (Fn. 25), S. 37; dagegen jedoch *Evans/Padilla*, (Fn. 25), S. 109, die einwenden: „The question is why should the answers to several ambiguous tests – even if mutually consistent – be more credible than the answer to one ambiguous test.“

<sup>155</sup> Von einem solchen Ergebnis oder auch „Typ II-Fehler“ spricht man, wenn eine Kartellbehörde ein Verhalten fälschlicherweise als Wettbewerbsverstoß qualifiziert, vgl. *Wish*, (Fn. 25), S. 190.

<sup>156</sup> Entscheidung *Napp*, Decision of the Director General of Fair Trading, No CA98/2/2001 v. 30.3.2001.

<sup>157</sup> Hier wurde das Schmerzmittel bei der Behandlung in Krankenhäusern eingesetzt.

<sup>158</sup> Hier wurde das Schmerzmittel von Patienten auf Rezept aus Apotheken bezogen.

<sup>159</sup> Vgl. Entscheidung *Napp*, (Fn. 156), Rdnr. 207. Kritisch hierzu jedoch *Evans/Padilla*, (Fn. 25), S. 110, die darauf hinweisen, dass sich der Preisunterschied mit der hohen Markenbekanntheit von Napps Medikament rechtfertigen lasse. Obschon auch das OFT akzeptierte, dass für Markenmedikamente ein höherer Preis erzielt werden könne als für solche ohne Marke, rechtfertigte dies doch keinen um gleich 40 % höheren Preis, vgl. Rdnr. 211.

<sup>160</sup> Vgl. *ibid.*, Rdnr. 213.



Hieran schloss sich ein Vergleich von Napps Preisen im *community segment* mit seinen eigenen Preisen im *hospital segment* an. Dabei stellte das OFT fest, dass die Ersteren die Letzteren um teilweise mehr als 1.000 % überstiegen.<sup>161</sup>

Das OFT ließ es aber auch dabei nicht bewenden, sondern verglich auch noch Napps Preise im *community segment* in Großbritannien mit Napps Exportpreisen, wobei ebenfalls beträchtliche Unterschiede zutage traten. Ins Ausland verkaufte Napp nämlich zu Preisen, die zwischen 400 % und 700 % günstiger waren.<sup>162</sup>

Nach diesen Preisvergleichen ging das OFT zu einem Vergleich der Gewinnspannen über. Da Napp nicht nur das fragliche Schmerzmittel, sondern auch eine Reihe weiterer Medikamente verkaufte, wurde zunächst Napps Gewinnspanne beim Verkauf seines Schmerzmittels im *community segment* mit derjenigen beim Verkauf seiner weiteren Medikamente verglichen. Während die Gewinnspanne im ersten Fall mehr als 80 % betrug, lag sie im zweiten zwischen 30 % und 50 %.<sup>163</sup> Napps Gewinnspanne von mehr als 80 % wurde schließlich noch an der des nächstprofitablen Anbieters gemessen, die bei weniger als 70 % lag.<sup>164</sup>

Da mithin nicht nur das Ergebnis eines Vergleichstests, sondern gleich mehrerer auf die Unangemessenheit der Preise hindeutete, bestand für das OFT kein Zweifel daran, dass Napp gegen Section 18 Competition Act, dem britischen Äquivalent zu Art. 102 AEUV, verstoßen hatte, eine Einschätzung, welche auch die Zustimmung des Competition Commission Appeal Tribunal (CCAT) fand.<sup>165</sup>

Selbst wenn man sich zur Feststellung überhöhter Preise sämtlicher Methoden bedient, die im konkreten Fall möglich sind, ist damit jedoch immer noch unklar, um welchen Prozentwert die Preise bzw. Gewinne die gefundenen Referenzwerte überschreiten müssen, um als missbräuchlich bezeichnet werden zu können. Wie bereits bei der Frage eines übertriebenen Missverhältnisses zwischen Kosten und Preis ist eine allgemeingültige Antwort hierauf kaum möglich.<sup>166</sup> Man wird jedoch fordern können, dass die Missbrauchsschwelle nicht zu niedrig gewählt werden sollte, um in der Tat negative Wirkungen auf Investitionen und Innovationen zu vermeiden.<sup>167</sup>

<sup>161</sup> Vgl. *ibid.*, Rdnr. 217. Die Tauglichkeit diese Vergleichs wird indes von *Evans/Padilla*, (Fn. 25), S. 110 verneint, da sich der Preis im *hospital segment* nicht als Vergleichsmaßstab eigne, war dieser doch missbräuchlich niedrig.

<sup>162</sup> Vgl. Entscheidung *Napp*, (Fn. 156), Rdnr. 221.

<sup>163</sup> Vgl. *ibid.*, Rdnr. 224.

<sup>164</sup> Vgl. *ibid.*, Rdnrn. 224, 226 ff.

<sup>165</sup> Urteil v. 15.1.2002, *Napp Pharmaceutical Holdings Limited and Subsidiaries v Director General of Fair Trading*, Case No. 1001/1/1/01.

<sup>166</sup> Siehe unter B.III.1.a)(2).

<sup>167</sup> So wird im Schrifttum nur bei besonders krassen Abweichungen des Preises von den gefundenen Vergleichswerten von einem Missbrauch ausgegangen, siehe etwa *Temple Lang*, Fundamental issues

Andererseits sollte sie aber auch nicht zu hoch angesetzt werden, um dem Ziel der Vorschrift, Verbraucher vor Ausbeutung zu schützen, gerecht zu werden.<sup>168</sup>

Auch wenn man es für möglich hält, über die Angemessenheit von Preisen zu entscheiden, sei diese Aufgabe bei einer Kartellbehörde jedoch nicht in den richtigen Händen, was zum vierten „Hauptkritikpunkt“ gegen ein kartellrechtliches Verbot unangemessen hoher Preise führt.

#### IV. Mangelnde Eignung von Kartellbehörden

So wird Kartellbehörden, da diese weder über ausreichende Erfahrung noch Marktkenntnis verfügten,<sup>169</sup> die Eignung abgesprochen, Preise „zu regulieren“,<sup>170</sup> umso mehr, als die Kommission selbst ihre Ablehnung hiergegen zum Ausdruck gebracht hat.<sup>171</sup> Eine Entscheidung über die Angemessenheit von Preisen sei deshalb bei Regulierungsbehörden besser aufgehoben.<sup>172</sup> Zwar mögen Regulierungsbehörden für einige natürliche Monopole in der Tat die bessere Wahl sein. Jedoch erscheint es, schon aus Kostengründen, nicht möglich, für jeden Markt, auf dem ein beherrschendes Unternehmen und damit die potentielle Gefahr eines Preishöhenmissbrauchs existiert, eine Regulierungsbehörde zu schaffen. Zudem sollte man sich den Unterschied zwischen kartellrechtlicher und sektorspezifischer Preisregulierung vor Augen halten. Während Unternehmen bei Ersterer ihre Preise zunächst frei festlegen und diese dann einer nachträglichen Kontrolle unterzogen werden, bedürfen sie bei Letzterer für ihre Preise der Genehmigung durch eine Regulierungsbehörde, vgl. etwa

---

concerning abuse under Article 82, 2005, S. 22, der feststellt: „*A price is not excessive merely because it is above any of these [comparative] levels. It must be so substantially above it as to be unreasonable, shocking and exceptional.*“ Und Pijnacker Hordijk, (Fn. 55), S. 475, verweist darauf, dass die Kommission bislang nur in solchen Fällen missbräuchlich überhöhte Preise angenommen habe, in denen die Preise die Kosten „*in the range of 100 % or more*“ überschritten hätten. Dies ist indes nicht zutreffend. So hat die Kommission in ihrer Entscheidung v. 25.7.2001, Sache COMP/C-1/36.915 – *Deutsche Post AG – Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen*, Rdnr. 166 f., bereits in einem Preis, der „lediglich“ 25 % über den Kosten lag, einen Verstoß gegen Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV erblickt. Dies bestätigt nur, dass sich eine allgemeingültige Aussage, wann Preise überhöht sind, nicht treffen lässt.

<sup>168</sup> So auch *Ezrahi/Gilo*, (Fn. 39), S. 27.

<sup>169</sup> Besonders deutlich bringt dies *Blumenthal*, Discussant Comments on Exploitative Abuses under Article 82 EC, in: Ehlermann/Marquis, (Fn. 29), S. 578 zum Ausdruck: „*As generalist agencies, we [i.e. competition agencies] lack the right people [for regulating prices]. We lack the skill sets. We lack adequate industry expertise.*“

<sup>170</sup> In der Tat kommt es der Preisregulierung gleich, erklärt eine Kartellbehörde einen Preis für missbräuchlich hoch und bestimmt stattdessen einen nicht-missbräuchlichen oder wenigstens eine Preischwelle, ab welcher die Missbräuchlichkeit beginnt.

<sup>171</sup> So hat die Kommission in ihrem XXVII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Rdnr. 77 betont, sie sei keine Preisregulierungsbehörde und strebe diese Funktion auch nicht an.

<sup>172</sup> Vgl. *Blumenthal*, (Fn. 169), S. 575 ff.

§ 30 Abs. 1 TKG.<sup>173</sup> Indes dürfte eine nur punktuelle „ex post“-Preiskontrolle durch eine Kartellbehörde mit dem „Idealbild“ eines von staatlichen Eingriffen in die Preisbildung freien Wettbewerbs eher zu vereinbaren sein, als marktbeherrschende Unternehmen einer generellen Pflicht zur Genehmigung ihrer Preise durch eine Regulierungsbehörde zu unterwerfen. Zwar mag man hiergegen einwenden, eine solche „ex ante“-Preiskontrolle hätte für die Unternehmen zumindest den Vorteil von Rechtssicherheit, jedoch ließe sich auch eine nachträgliche Preiskontrolle rechtssicherer gestalten, würden hierzu Leitlinien erlassen.

Es erscheint zudem zu kurz gedacht, in der (direkten) Regulierung von Preisen das einzige Mittel zu erblicken, um gegen zu hohe Preise vorzugehen. Überhöhte Preise stellen nämlich lediglich ein Symptom für mangelnden Wettbewerb dar. Deshalb liegt es nur nahe, die Wurzel des Problems zu beseitigen, d.h. für mehr Wettbewerb zu sorgen, welcher dann seinerseits zu niedrigeren Preisen führt.<sup>174</sup> So ist auffällig, dass auf manchen Märkten, auf denen sich Verbraucher im Besonderen über eine Ausbeutung beklagen, wie etwa im Bereich der Strom- und Gasversorgung, durchaus günstigere Anbieter existieren, die Wechselbereitschaft der Verbraucher jedoch erstaunlicherweise nur wenig ausgeprägt ist.<sup>175</sup> Hierfür mögen Informationsdefizite verantwortlich sein.<sup>176</sup> Ist dies der Fall, erscheint es sinnvoller, für mehr Transparenz und damit mehr Wettbewerb zu sorgen, als den Marktbeherrscher zur Rückführung seiner Preise zu verpflichten. So wird vorgeschlagen, beherrschenden Versorgungsunternehmen, die überhöhte Preise verlangen, die Verpflichtung aufzuerlegen, ihre Kunden bei Rechnungsstellung auf die potentiellen Einsparmöglichkeiten hinzuweisen, die ihnen aus einem Wechsel zu konkurrierenden Anbietern erwüchsen.<sup>177</sup>

<sup>173</sup> Telekommunikationsgesetz v. 22.6.2004 (BGBl. 2004 I, 1190), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes v. 24.3.2011 (BGBl. 2011 I, 506). Nach § 30 Abs. 1 „unterliegen Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für nach § 21 auferlegte Zugangsleistungen einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur“.

<sup>174</sup> Lyons, (Fn. 33), S. 77 ff.; Motta/de Streel, (Fn. 25), S. 40 f.; Fletcher/Jardine, (Fn. 29), S. 542 f.

<sup>175</sup> Siehe etwa das Interview mit Kurth, dem Präsidenten der Bundesnetzagentur, v. 28.12.2011 in „DerWesten“, in dem dieser beklagt, dass bislang erst 15 % der Verbraucher den Stromanbieter gewechselt hätten und fast die Hälfte noch immer den teuersten Tarif beim Grundversorger habe. Um die Wechselbereitschaft der Verbraucher und damit den Grad an Wettbewerb auf dem Strom- und Gasmarkt zu erhöhen, hat die Bundesregierung im Jahr 2012 die Kündigungsfristen für die sog. Grundversorgungsverträge auf zwei Wochen verkürzt, siehe VO zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts, Bundesrat-Drs. 86/12.

<sup>176</sup> Vgl. Lyons, (Fn. 33), S. 78.

<sup>177</sup> Vgl. *ibid.*, S. 78 f. Eine solche Abhilfemaßnahme hat auch bereits in der Praxis Anwendung gefunden. So hat die britische Competition Commission im Falle sog. *store cards* hiervon Gebrauch gemacht (Die Competition Commission kann vom Office of Fair Trading ersucht werden, einen bestimmten Markt zu untersuchen, hält das Office of Fair Trading dort den Wettbewerb für beeinträchtigt, siehe Section 131 Competition Act 2002). Mit *store cards* stellen Einzelhändler Verbrauchern Darlehen für den Kauf ihrer Waren zur Verfügung, wobei Darlehensgeber entweder

Wo indessen keine Aussicht besteht, in absehbarer Zeit für mehr Wettbewerb zu sorgen,<sup>178</sup> wird letztlich keine andere Wahl bleiben, als unmittelbar gegen die Preise selbst einzuschreiten, eine Aufgabe, die, mit Ausnahme einiger natürlicher Monopole, von Kartellbehörden wahrzunehmen ist.

Angesichts der fundamentalen Kritik am Verbot des Preishöhenmissbrauchs, die, wie gezeigt wurde, nicht nur die Sinnhaftigkeit eines solchen Verbots und dessen praktische Durchführbarkeit in Frage stellt, sondern auch Kartellbehörden die Eignung zur Preiskontrolle abspricht, erscheint es kaum überraschend, dass manche Autoren die Erzwingung unangemessen hoher, ausbeuterischer Preise am liebsten von der Liste der Missbrauchstatbestände verbannt sähen.

## C. Konsequenzen

In der Tat ziehen nicht wenige Autoren aus den geschilderten Argumenten die Konsequenz, dass Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV auf ausbeuterische Preise entweder überhaupt nicht mehr<sup>179</sup> oder lediglich in eng begrenzten Ausnahmefällen zur Anwendung kommen solle, gleichsam als „Notbehelf“.<sup>180</sup>

### I. Nichtanwendung von Art. 102 AEUV im Falle überhöhter Preise

Obschon es gewiss am konsequentesten wäre, dieses Ergebnis durch eine Neufassung der Vorschrift zu erreichen, wird diese Forderung doch von niemandem erhoben. Dies erscheint nur allzu verständlich, schließlich bedürfte es hierfür einer Vertragsänderung, der wohl keinerlei Aussicht auf Erfolg beschieden wäre. Stattdessen soll eine Anwendung von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV auf ausbeuterische Preise im Wege der Auslegung verhindert werden. So sollen unter „unangemessenen“ Preisen im Sinne der Vorschrift fortan nur solche verstanden werden, die der missbräuchlichen Aufrechterhaltung der marktbeherrschenden Stellung, nicht aber deren Ausbeutung

---

der Einzelhändler selbst oder Kreditunternehmen sind. Der hierfür verlangte Zinssatz übersteigt den ähnlicher Kreditformen deutlich. Dass Verbraucher *store cards* gleichwohl nutzen, führte die Competition Commission vor allem auf mangelnde Transparenz zurück. Neben umfangreichen Informationspflichten wurde „store cards“-Anbietern deshalb für einen Zeitraum von drei Jahren aufgegeben, die monatlichen Abrechnungen mit folgendem, gut sichtbarem, Warnhinweis zu versehen: „*The rate of interest charged on your account may be higher than other sources of credit available to you.*“ Siehe *Store cards market investigation* v. 7.3.2006, Rdnr. 34.

<sup>178</sup> Für mehr Wettbewerb ließe sich auch dadurch sorgen, dass, soweit möglich, etwa vorhandene Markteintrittsbarrieren abgebaut werden.

<sup>179</sup> Vgl. *Blumenthal*, (Fn. 169), S. 577; *Furse*, (Fn. 20), S. 83.

<sup>180</sup> Von einem „Notbehelf“ spricht *Möschel*, (Fn. 25), Art. 82, Rdnr. 133.

dienen.<sup>181</sup> Demgemäß würden nur noch unangemessene Preise zur Behinderung von Wettbewerbern erfasst. Eine solche Sichtweise scheint sich durchaus auch mit dem Verständnis der Europäischen Kommission von den Aufgaben des Wettbewerbsrechts zu decken. Denn neben dem bereits in der Einführung zitierten Generaldirektor sieht auch die vormalige Kommissarin für Wettbewerb, Kroes,<sup>182</sup> den Schwerpunkt der Missbrauchsaufsicht in der Bekämpfung von Behinderungsmissbräuchen. So stellte sie im Jahr 2005 fest: „[I]t is sound for our enforcement policy to give priority to so-called exclusionary abuses, since exclusion is often at the basis of later exploitation of customers.“<sup>183</sup>

Artikel 102 Abs. 2 lit. a) AEUV nur noch auf Behinderungsmissbräuche anwenden zu wollen, deckt sich indessen ersichtlich nicht mit dem Gesetzeswortlaut. Dem Wortsinn nach sind nämlich auch Preise, welche zum Nachteil des Verbrauchers zu hoch und damit ausbeuterisch sind, „unangemessen“. Die Vorschrift in einem solchen Fall unangewendet zu lassen, obschon dieser vom Wortlaut erfasst ist, wäre – methodisch – als teleologische Reduktion aufzufassen. Eine solche ist allerdings nur dann zulässig, wenn der Wortlaut einer Norm weiter reicht als deren Zweck.<sup>184</sup> Demgemäß dürfte Art. 102 AEUV nicht den Schutz des Verbrauchers vor Ausbeutung bezwecken. Davon kann allerdings keine Rede sein. Ganz im Gegenteil stellt dieser eines der Hauptziele der Norm dar. So hat denn auch der Gerichtshof wiederholt festgestellt, dass das Verbot des Marktmissbrauchs (auch) auf Praktiken ziele, „durch die die Verbraucher *unmittelbar geschädigt* werden können“.<sup>185</sup> Es ist demgemäß nicht zutreffend, den Zweck von Art. 102 AEUV einzig im Schutz des Wettbewerbs als Institution, nicht aber im Schutz des Verbrauchers vor Ausbeutung zu erblicken.<sup>186</sup> Dies folgt zudem ausdrücklich aus Art. 102 Abs. 2 lit. b) AEUV, wonach der Missbrauch in „der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung *zum Schaden der Verbraucher*“ bestehen kann. Und trotz ihres Widerwillens, gegen Ausbeutungsmissbräuche einzuschreiten, erblickt auch die Kommission im Schutz des Verbrauchers nicht nur eines der zentralen Ziele, sondern sogar „*the main and ultimate objective of Article 82*“.<sup>187</sup> Dass die Kommission nun

<sup>181</sup> So schlägt Furse, (Fn. 20), S. 83 vor: „[I]t would be possible to interpret, in a world of „modernised“ competition law, „unfair“ in Article 82 EC as relating to unfair maintenance of dominance rather than to its exploitation.“

<sup>182</sup> Sie hatte dieses Amt von November 2004 bis Februar 2010 inne.

<sup>183</sup> Kroes, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, Rede am Fordham Corporate Law Institute, New York am 23.9.2005, S. 3.

<sup>184</sup> Siehe zur teleologischen Reduktion Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 210 ff.

<sup>185</sup> So etwa in EuGH, verb. Rs. 6/73 und 7/73, *Commercial Solvents*, Slg. 1974, 223, Rdnr. 32.

<sup>186</sup> So aber offenbar Wiemer, (Fn. 24), S. 730.

<sup>187</sup> Kroes, (Fn. 183), S. 3.

einerseits den Verbraucher zum „Leitmotiv“ von Art. 102 AEUV erklärt<sup>188</sup> und aus diesem Grunde etwa nur dann gegen die Behinderung von Wettbewerbern vorgehen möchte, wenn dadurch Verbraucher jedenfalls mittelbar und potentiell geschädigt werden,<sup>189</sup> andererseits aber gegen Verbraucher unmittelbar und tatsächlich schädigende Ausbeutungsmissbräuche nicht einschreiten will, erscheint nachgerade paradox.<sup>190</sup> Dieses Paradox wird noch gesteigert, geht man davon aus, dass Art. 102 AEUV ursprünglich einzig darauf gerichtet war, die Ausbeutung von Verbrauchern, nicht jedoch die Behinderung von Wettbewerbern zu verhindern. Zu diesem Ergebnis gelangte etwa *Joliet* durch eine Analyse der in Art. 102 Abs. 2 AEUV aufgenommenen Regelbeispiele.<sup>191</sup> Nach *Akman* legen auch die *travaux préparatoires* von Art. 102 AEUV eine solche Vermutung nahe.<sup>192</sup> Gestützt wird dies auf Aufzeichnungen der Regierungskonferenz für den Gemeinsamen Markt und Euratom, Gruppe für den Gemeinsamen Markt, welche unter dem Vorsitz von *von der Groeben*, dem späteren Kommissar für Wettbewerb,<sup>193</sup> auf Grundlage des sogenannten Spaak-Berichts den Vertragstext für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft ausarbeitete. Daraus geht hervor, dass gegen Konkurrenten gerichtete Verdrängungspraktiken nicht als Beschränkung des Wettbewerbs angesehen wurden und deshalb, sofern diesbezügliche Regeln überhaupt Aufnahme in den Vertrag finden sollten, dies abseits der Wettbewerbsregeln in einem Kapitel über unlauteren Wettbewerb geschehen müsse.<sup>194</sup> Wiewohl der Gerichtshof die Frage, ob Art. 102 AEUV ausschließlich auf die Ausbeutung von Verbrauchern oder auch auf die Behinderung von Wettbewerbern Anwendung findet, bereits vor langer Zeit im letzteren Sinne entschieden hat,<sup>195</sup> ist der Verweis auf die *travaux préparatoires* gleichwohl von Bedeutung. Denn auch die subjektiv-historische Auslegung stellt, wenn auch der Gerichtshof nur selten davon Gebrauch macht, eine der Auslegungsmethoden des Europarechts dar.<sup>196</sup>

<sup>188</sup> So ausdrücklich *Kroer*, The European Commission's enforcement priorities as regards exclusionary abuses of dominance – current thinking, *Competition Law International* 2008, S. 5, die von „Consumers as Leitmotiv“ spricht.

<sup>189</sup> Vgl. *ibid.*, S. 6.

<sup>190</sup> So zu Recht *Lyons*, (Fn. 33), S. 68 ff.

<sup>191</sup> Vgl. *Joliet*, Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung in Art. 86 EWG-Vertrag, *EuR* 1973, S. 118 ff.

<sup>192</sup> Vgl. *Akman*, Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC, CCP Working paper 07-5, S. 26 f.

<sup>193</sup> Er hatte dieses Amt von 1959 bis 1967 inne.

<sup>194</sup> Vgl. Regierungskonferenz für den Gemeinsamen Markt und Euratom, Arbeitsgruppe für den Gemeinsamen Markt, Aufzeichnung über die Wettbewerbsregeln im Vertrag über den gemeinsamen europäischen Markt v. 20.10.1956, [www.uni-muenster.de/Jura.itm/eudoc/kartell/docs/311060.pdf](http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/eudoc/kartell/docs/311060.pdf) (13.6.2013).

<sup>195</sup> Vgl. etwa EuGH, verb. Rs. 6/73 und 7/73, *Commercial Solvents*, Slg. 1974, 223, Rdnr. 32.

<sup>196</sup> Vgl. *Leisner*, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts – Der „Wille des Gesetzgebers“ in der Judikatur des EuGH, *EuR* 2007, S. 689 ff.

Indes ist die Ablehnung eines Verbots ausbeuterischer Preise nicht bei allen derart radikal, dass Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV jegliche Anwendung verweigert wird.

## II. Anwendung in Ausnahmefällen

Vielmehr soll die Vorschrift, allerdings nur ausnahmsweise, auch in diesem Fall zur Anwendung gelangen, und zwar nach *Motta/de Streel*<sup>197</sup> dann, wenn drei *kumulative* Voraussetzungen erfüllt sind.

### 1. Hohe Markteintrittsschranken und „Superdominanz“

Wie bereits erörtert, stößt ein Einschreiten gegen überhöhte Preise unter anderem deshalb auf so vehemente Kritik, weil insofern auf die „Selbstheilungskräfte“ des Marktes vertraut wird. Durch Markteintritte werde der Preis alsbald wieder auf ein normales Maß zurückgeführt. Deshalb erscheint die erste Voraussetzung, von deren Vorliegen eine Anwendung von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV abhängig gemacht wird, nur folgerichtig, nämlich das Vorhandensein hoher Markteintrittsschranken,<sup>198</sup> welche, so die weitere Voraussetzung, ein „superdominantes“ Unternehmen vor Wettbewerb schützen, also ein solches, das über außergewöhnlich hohe Marktanteile verfügt.<sup>199</sup> Das Kriterium der „Superdominanz“ wurde ja bereits von der niederländischen Kartellbehörde<sup>200</sup> und dem südafrikanischen Competition Tribunal<sup>201</sup> herangezogen. Verwendet wurde dieser Begriff auch von Generalanwalt Fennelly in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Compagnie Maritime Belge*,<sup>202</sup> in dem er sich für eine, abhängig vom Grad der marktbeherrschenden Stellung, unterschiedliche Verantwortlichkeit marktbeherrschender Unternehmen aussprach.<sup>203</sup> Indessen findet eine solche Sichtweise in Art. 102 AEUV keine Stütze, schließlich wendet sich die Vorschrift unterschiedslos an sämtliche Unternehmen in beherrschender Stellung.<sup>204</sup> Sie ist auch noch aus anderen Gründen abzulehnen. So ist sie der Rechtssicherheit alles andere als zuträglich, denn was unter „Superdominanz“ genau zu verstehen sein

<sup>197</sup> *Motta/de Streel*, (Fn. 25), S. 22 ff.

<sup>198</sup> Vgl. *ibid.*, S. 22 f.; ebenso *Evans/Padilla*, (Fn. 25), S. 119; *O'Donoghue/Padilla*, (Fn. 8), S. 635 f.; *Röller*, (Fn. 32), S. 527.

<sup>199</sup> Vgl. *Motta/de Streel*, (Fn. 25), S. 42, die einen Marktanteil von wenigstens 80 % fordern.

<sup>200</sup> Siehe unter B.III.1.a)(1).

<sup>201</sup> Siehe unter B.III.3.

<sup>202</sup> Schlussanträge GA Fennelly zu EuGH, verb. Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports u.a.*, Slg. 2000, I-1365. Der Begriff der *superdominance* findet sich jedoch nur im englischen Original der Schlussanträge. Die deutsche Übersetzung spricht in Nr. 137 von „herausragende[r] Marktmacht“.

<sup>203</sup> Vgl. *ibid.*

<sup>204</sup> So auch Schlussanträge GA Mazák zu EuGH, Rs. C-52/09, *Konkurrensverket/TeliaSonera AB*, Slg. 2011, I-527, Nr. 41.



soll, ist unklar.<sup>205</sup> Zudem hätte ein solches Konzept die befremdliche Konsequenz, dass sich ein und dasselbe Unternehmen, je nachdem welcher Grad von Marktmacht für den jeweiligen Missbrauchstatbestand verlangt würde, einmal in (ausreichend) marktbeherrschender Stellung befände, ein andermal hingegen nicht. So mag ein Unternehmen mit einem Marktanteil von 50 %, beispielsweise dann, wenn es Kampfpreise verlangte, als (ausreichend) marktbeherrschend angesehen werden mit der Folge, dass ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV zu bejahen wäre. Forderte es hingegen ausbeuterische Preise, wäre, zumindest nach dem Willen von *Motta/de Streel*, das Vorliegen einer (ausreichend) marktbeherrschenden Stellung und damit ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV zu verneinen. Dies kann nicht überzeugen.

Ebenso fragwürdig erscheint aber auch die zweite Voraussetzung, die erfüllt sein müsse, um ein Vorgehen gegen ausbeuterische Preise ausnahmsweise rechtfertigen zu können.

## 2. Marktbeherrschende Stellung keine Folge von Leistungswettbewerb

Wie bereits die Forderung nach hohen Markteintrittsschranken und „Superdominanz“ erklärt sich auch diese Voraussetzung aus den Einwänden, die gegen Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV erhoben werden. So wird ein Verbot ausbeuterischer Preise unter anderem deshalb abgelehnt, weil in solchen Preisen eine Belohnung für die Risiko- und Investitionsbereitschaft erblickt wird, welche dem Unternehmen zur marktbeherrschenden Stellung verholfen haben.<sup>206</sup> Beruhe die beherrschende Stellung hingegen auf anderen – leistungsfremden – Gründen, sei eine solche Belohnung jedoch nicht mehr gerechtfertigt und demgemäß ein Verbot überhöhter Preise unbedenklich.<sup>207</sup> Mithin sei die Ursache der Marktbeherrschung entscheidend oder um mit Rölller zu sprechen: „[I]t is the road to dominance that is important in order to identify *pro* from *anticompetitive conduct*.“<sup>208</sup> Aus diesem Grunde sei ein Einschreiten gegen ausbeuterische Preise nur dann gerechtfertigt, wenn das Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch die Behinderung von Wettbewerbern erlangt habe bzw. wenn es sich um ein Unternehmen handle, dem besondere oder ausschließliche Rechte gewährt wurden.<sup>209</sup>

In einer solchen Sichtweise kommt jedoch zunächst ein grundlegendes fehlerhaftes Verständnis von Art. 102 AEUV zum Ausdruck. Gemäß dieser Vorschrift tragen marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung,<sup>210</sup> jedoch nicht

<sup>205</sup> So auch *O'Donoghue/Padilla*, (Fn. 8), S. 168.

<sup>206</sup> Siehe hierzu bereits unter B. II.

<sup>207</sup> Vgl. *Motta/de Streel*, (Fn. 25), S. 24 ff.

<sup>208</sup> *Rölller*, (Fn. 32), S. 528.

<sup>209</sup> Vgl. *Vickers*, How does the prohibition of abuse of dominance fit with the rest of competition policy?, 2003, S. 10; *Motta/de Streel*, (Fn. 25), S. 24 ff.; *Rölller*, (Fn. 32), S. 528 f.

<sup>210</sup> Vgl. EuGH, Rs. 322/81, *Michelin*, Slg. 1983, 3461, Rdnr. 57.

etwa nur deshalb weil und nicht nur dann, wenn sie diese Stellung mit leistungsfremden Mitteln erlangt haben, sondern schon aufgrund dieser Stellung als solcher. Denn der Wettbewerb ist bereits durch die bloße Existenz des Marktbeherrschers geschwächt.<sup>211</sup> Die Frage, wie die beherrschende Stellung zustande kam, ist deshalb unerheblich.<sup>212</sup>

Dagegen, unangemessen hohe Preise nur unter der Voraussetzung zu verbieten, dass die marktbeherrschende Stellung auf der Behinderung von Wettbewerbern beruht, erheben sich aber auch insofern Bedenken, als dadurch entscheidend auf das Verhalten des Unternehmens bei Erlangung der Marktbeherrschung abgestellt wird, also auf einen Zeitpunkt, in dem dieses noch gar nicht marktbeherrschend war. Dies mag nach US-amerikanischem Antitrust-Recht möglich sein,<sup>213</sup> nicht aber nach europäischem Kartellrecht. Denn Art. 102 AEUV richtet sich ausschließlich an Unternehmen in bereits beherrschender Stellung. Demgemäß kann die Entscheidung, ob ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV vorliegt, nicht von einem Verhalten abhängig gemacht werden, welches das Unternehmen an den Tag legte, als es eine solche Stellung noch überhaupt nicht innehatte. Zwar werden also behindernde Praktiken eines nicht-marktbeherrschenden Unternehmens kartellrechtlich nicht erfasst, so dass man darin in der Tat eine Gesetzeslücke erblicken mag.<sup>214</sup> Diese zu schließen, ist jedoch, sollte dies wirklich erforderlich sein, Aufgabe des Gesetzgebers.

Ferner ist es einer Kartellbehörde wohl kaum möglich, festzustellen, ob sich ein Unternehmen auf seinem möglicherweise jahre- oder gar jahrzehntelangen Weg hin zu einer marktbeherrschenden Stellung irgendwann einmal behindernder Praktiken bedient hat.<sup>215</sup> Einen solchen Nachweis zu erbringen, dürfte den von den überhöhten Preisen geschädigten Kunden sogar noch schwerer fallen, so dass durch ein solches Erfordernis die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen jedenfalls wesentlich erschwert, wenn nicht sogar gänzlich vereitelt würde, und dies, obwohl es das erklärte Ziel der Europäischen Kommission ist, die private Kartellrechtsdurchsetzung zu fördern.<sup>216</sup>

Folglich erscheint das vorgeschlagene Kriterium nicht nur aus dogmatischen, sondern auch praktischen Gründen ungeeignet. Ebenso wenig kann die dritte der von *Motta/de Stree* vorgeschlagenen „Eingriffsvoraussetzungen“ überzeugen.

<sup>211</sup> Vgl. EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461, Rdnr. 91.

<sup>212</sup> So ausdrücklich EuGH, Rs. 322/81, *Michelin*, Slg. 1983, 3461, Rdnr. 57.

<sup>213</sup> Siehe hierzu *Abbott*, A Brief Comparison of European and American Antitrust Law, Centre for Competition Law and Policy der Universität Oxford, Paper (L) 02/05, S. 13.

<sup>214</sup> *Röller*, (Fn. 32), S. 529 spricht von „enforcement gap“.

<sup>215</sup> So auch *Ljongs*, (Fn. 33), S. 83; zweifelnd auch *Motta/de Stree*, (Fn. 25), S. 26, obschon sie dieses Kriterium doch selbst vorschlagen.

<sup>216</sup> Vgl. Weißbuch, Schadenersatzklagen wegen Verletzung des EG-Wettbewerbsrechts, KOM (2008) 165 endg. v. 2.4.2008.

### 3. Keine Regulierungsbehörde

Auch auf Märkten, die der sektorspezifischen Regulierung unterliegen, können Preise missbräuchlich überhöht scheinen. Schreitet die zuständige Regulierungsbehörde hiergegen jedoch nicht ein oder hat sie die Preise gar genehmigt, soll es Kartellbehörden verwehrt sein, die Preise ihrerseits einer Kontrolle zu unterziehen.<sup>217</sup> Demnach besteht die dritte Voraussetzung in der Abwesenheit sektorspezifischer Regulierung. Diese Auffassung ist offenbar von der Rechtslage in den Vereinigten Staaten beeinflusst. Denn dort hat der Supreme Court den „Konflikt“ zwischen Kartellrecht und sektorspezifischer Regulierung zugunsten der Letzteren entschieden.<sup>218</sup> Danach scheint die Anwendung der Missbrauchsvorschriften in der Regel ausgeschlossen, unterliegt ein Unternehmen der Aufsicht durch eine Regulierungsbehörde.<sup>219</sup> Indes ist diese Rechtslage nicht auf die Europäische Union übertragbar, schon deshalb nicht, weil sektorspezifische, also mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften, mögen diese auch – wie etwa im Bereich der Telekommunikation – auf Richtlinien beruhen, einer Anwendung von Art. 102 AEUV als höherrangiger Norm des europäischen Primärrechts nicht im Wege stehen können.<sup>220</sup> Mithin können Kartellbehörden, wie dies auch vom Gerichtshof bestätigt wurde,<sup>221</sup> auf der Grundlage von Art. 102 AEUV auch dann gegen die missbräuchlichen Preise marktbeherrschender Unternehmen vorgehen, wenn diese Gegenstand sektorspezifischer Regulierung sind. Anderes gilt nur dann, wenn der regulatorische Rahmen dem Unternehmen keinerlei eigenen Handlungsspielraum mehr lässt.<sup>222</sup>

Zieht man ein abschließendes Fazit über die von *Motta/de Streef* vorgeschlagenen Kriterien, kann festgehalten werden, dass die Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV zugeordnete „Sonderrolle“ wenig überzeugt.<sup>223</sup> Aber auch in anderer Hinsicht soll dem Verbot überhöhter Preise eine Sonderstellung zukommen.

### III. Keine Geldbußen, keine Schadensersatzklagen

Gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. a) Verordnung (EG ) Nr. 1/2003 kann die Kommission Verstöße gegen Art. 101, 102 AEUV mit einer Geldbuße in Höhe von maximal 10 %

<sup>217</sup> Vgl. *Motta/de Streef*, (Fn. 25), S. 26 f. Der Kommission soll es dann nur möglich sein, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den fraglichen Mitgliedstaat einzuleiten.

<sup>218</sup> Vgl. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP* 540 U.S., 2, 682, (2004).

<sup>219</sup> Vgl. *Geradin/O'Donoghue*, The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, Global Competition Law Centre Working Paper 04/05, S. 58.

<sup>220</sup> Vgl. *ibid.*, S. 59.

<sup>221</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, Slg. 2010, I-9555, Rdnr. 80 ff.

<sup>222</sup> Vgl. *ibid.*, Rdnr. 80.

<sup>223</sup> Mit „Sonderrolle“ ist gemeint, dass ein Einschreiten gegen ausbeuterische Preise von Voraussetzungen abhängig gemacht wird, welche für die anderen Missbrauchstatbestände nicht verlangt werden.

des Gesamtumsatzes eines Unternehmens ahnden. Geldbußen stellen die wohl wichtigste „Waffe“ im Kampf gegen wettbewerbswidriges Verhalten dar, und die Kommission hat hiervon in den letzten Jahren in schlagzeilenträchtiger Weise Gebrauch gemacht, und zwar nicht nur im Hinblick auf Kartelle,<sup>224</sup> sondern auch, was missbräuchliche Praktiken marktbeherrschender Unternehmen anbelangt.<sup>225</sup> Soweit es um ausbeuterische Preise geht, sollen Kartellbehörden diese „Waffe“ jedoch nicht zur Anwendung bringen, mithin auf die Verhängung von Geldbußen verzichten.<sup>226</sup> Indessen ist für eine solche Privilegierung nicht nur kein Grund ersichtlich, sondern diese scheint auch insofern bedenklich, als der Anreiz beherrschender Unternehmen, ihre Preise im Einklang mit Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV festzusetzen, ohnehin äußerst gering sein dürfte.<sup>227</sup> Denn die Kommission ist ja bislang nur in wenigen Fällen gegen überhöhte Preise eingeschritten und macht auch keinen Hehl daraus, sich der Durchsetzung von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV auch künftig nur mit großer Zurückhaltung zu widmen.<sup>228</sup> Verzichtet man nun auch noch darauf, Verstöße gegen das Verbot des Preishöhenmissbrauchs zu sanktionieren, besteht für beherrschende Unternehmen überhaupt keine Veranlassung mehr, sich insofern kartellrechtskonform zu verhalten.

Marktbeherrschende Unternehmen sollen bei einer Verletzung von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV jedoch nicht nur dadurch privilegiert werden, dass ihnen eine Geldbuße erspart bleiben soll, sondern auch insofern, als ihren Kunden die Möglichkeit abgesprochen wird, Schadensersatz zu verlangen.<sup>229</sup> Schadensersatzklagen kämen deshalb nicht in Frage, weil kartellrechtlich nicht spezialisierte Gerichte nicht in der Lage seien, die komplexen Probleme zu bewältigen, die bei der Feststellung überhöhter

<sup>224</sup> So hat die Kommission gegen Saint-Gobain für die Mitwirkung am „Autoglas-Kartell“ eine Geldbuße in Höhe von 896 Mio. Euro verhängt, siehe Pressemitteilung IP/08/1685 v. 12.11.2008.

<sup>225</sup> So wurde gegen die Intel Corporation wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung eine Geldbuße von 1,06 Mrd. Euro ausgesprochen, siehe Pressemitteilung IP/09/745 v. 13.5.2009.

<sup>226</sup> Vgl. *Ljongs*, (Fn. 33), S. 79; *Fletcher/Jardine*, (Fn. 29), S. 537.

<sup>227</sup> Diese Vermutung erfährt eine statistische Bestätigung durch eine Studie des Office of Fair Trading, *The deterrent effect of competition enforcement by the OFT*, 2007, S. 98, 100. Darin wurde Rechtsanwältinnen unter anderem die Frage gestellt, in wie vielen Fällen ihre Mandanten seit Inkrafttreten des britischen Competition Act auf möglicherweise überhöhte Preise verzichtet hätten, weil sie eine Untersuchung des Office of Fair Trading fürchteten. 62 % der Befragten antworteten, dass dies niemals, 29 % dass dies selten, 5 % dass dies gelegentlich und lediglich 3 % dass dies häufig der Fall gewesen sei (Die Studie sieht eine Antwortskala von 1 bis 4 vor, wobei 1 „niemals“ und 4 „häufig“ bedeutet, Stufe 2 und 3 der Skala werden in der Studie nicht weiter bezeichnet und sind nur hier mit „selten“ bzw. „gelegentlich“ wiedergegeben). Demnach ließen sich in 91 % der Fälle Unternehmen vom Verbot ausbeuterischer Preise gar nicht oder lediglich selten beeinflussen.

<sup>228</sup> Es sei in diesem Zusammenhang noch einmal an die Aussage der Kommission erinnert, dass sie hohe Preise als solche nicht kontrolliere und verurteile, siehe unter A.

<sup>229</sup> So *Fletcher/Jardine*, (Fn. 29), S. 537; *Ljongs*, (Fn. 33), S. 79 möchte Schadensersatzklagen nur dann zulassen, wenn der Preishöhenmissbrauch zuvor von einer Kartellbehörde festgestellt wurde.

Preise auftreten. Fehlurteile seien damit nachgerade vorprogrammiert.<sup>230</sup> Die Entscheidung über das Vorliegen überhöhter Preise müsse daher Kartell- oder ähnlich spezialisierten Behörden vorbehalten bleiben, eine Forderung, die im Übrigen nicht nur im Schrifttum, sondern offenbar auch von manchem mitgliedstaatlichen Gericht erhoben wird.<sup>231</sup> Eine solche Auffassung ist allerdings bereits aufgrund der Tatsache nicht haltbar, dass Art. 102 AEUV ebenso wie Art. 101 AEUV unmittelbare Rechte verleiht, die von den mitgliedstaatlichen Gerichten zu wahren sind.<sup>232</sup> Dass für Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV etwas anderes gelten solle, lässt sich der Rechtsprechung der Unionsgerichte nicht entnehmen. Auch Art. 6 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 bestimmt deshalb, dass die einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV zuständig sind, und nicht etwa „für die Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV mit Ausnahme von Art. 102 Abs. 2, Buchstabe a) AEUV.“ Diese Zuständigkeit gilt gemäß Begründungserwägung Nr. 7 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 im Besonderen für die Zuerkennung von Schadensersatz. Der Möglichkeit, für einen Kartellverstoß Schadensersatz zu verlangen, dürfte im Rahmen von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV zudem ganz besondere Bedeutung zukommen. Angesichts der großen Zurückhaltung, welche die Kommission bei der öffentlichen Durchsetzung dieser Vorschrift an den Tag legt, stellt nämlich die private Durchsetzung für die von überhöhten Preisen betroffenen Kunden das einzige Mittel dar, sich gegen eine solche Ausbeutung zur Wehr zu setzen. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass die Ermittlung überhöhter Preise die mitgliedstaatlichen Gerichte vor große Herausforderungen stellen mag, müssen dieselben Gerichte doch auch ansonsten komplexe kartellrechtliche Probleme bewältigen.<sup>233</sup> Zudem ist der nationale Richter bei der Anwendung der unionsrechtlichen Kartellvorschriften nicht auf sich allein gestellt, sondern kann gemäß Art. 15 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003

<sup>230</sup> So etwa *Ljona*, (Fn. 33), S. 79 f., der feststellt: „[T]here is a serious danger that exploitation cases may end up in the non-specialist courts, where none of the subtle difficulties [in identifying excessive prices] are likely to be appreciated and bad decisions will be made.“

<sup>231</sup> So hat der britische Court of Appeal, als er über eine Schadensersatzforderung wegen vermeintlich überhöhter Preise zu entscheiden hatte, an seiner Fähigkeit hierzu gezweifelt und vorgeschlagen, dass die Frage, ob Preise überhöht seien, einem „specialist body equipped with appropriate expertise“ vorbehalten bleiben solle, vgl. unter Fn. 110, Rdnr. 7. Demgegenüber erblickt das OLG Frankfurt am Main in der Zuerkennung von Schadensersatz wegen überhöhter Preise offenbar keine sonderlichen Schwierigkeiten. So hat es im Dezember 2010 der Klage eines Pharmaunternehmens gegen dessen Lohnfertiger stattgegeben und den Letzteren zu einem Schadensersatz von fast 10 Mio. Euro verurteilt, weil dieser vom Kläger für die Herstellung eines Arzneimittels überhöhte Preise forderte, Urteil v. 21.12.2010, 11 U 37/09 (Kart). Die Sache war für das Gericht derart klar, dass es noch nicht einmal die Revision zum BGH zuließ. Denn „[d]er Senat hat nur anerkannte Rechtssätze auf den Einzelfall angewendet.“ Kritisch hierzu *Wierner*, (Fn. 24), S. 727 ff., der das Urteil gleich aus mehreren Gründen für fehlerhaft hält.

<sup>232</sup> Vgl. EuGH, Rs. 127/73, *BRT/SABAM*, Slg. 1974, 51, Rdnr. 15/17.

<sup>233</sup> Man denke etwa daran, die Höhe des durch eine Kartellabsprache verursachten Schadens zu ermitteln.

nicht nur die Kommission „um Stellungnahmen zu Fragen bitten, die die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft betreffen“, sondern sich auch gemäß Art. 267 AEUV im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof wenden. Nach alledem ist die für Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV auch im Hinblick auf die private Kartellrechtsdurchsetzung geforderte „Sonderrolle“ abzulehnen.

Der Beitrag möchte sich jedoch nicht nur darauf beschränken, die gegen eine kartellrechtliche Preiskontrolle erhobenen Einwände und daraus gezogenen Konsequenzen kritisch zu hinterfragen. Vielmehr soll auch versucht werden, die insofern einseitig anmutende Diskussion, als im Schrifttum nahezu ausschließlich Argumente gegen ein Verbot überhöhter Preise diskutiert werden, ausgewogener zu gestalten, indem im Folgenden auch auf Argumente für ein solches Verbot eingegangen werden soll. Dabei sind es jedoch keineswegs nur „diffuse Gerechtigkeitsvorstellungen“, <sup>234</sup> die für ein Verbot ausbeuterischer Preise sprechen. Auch wäre es zu kurz gedacht, den Nutzen eines solchen Verbots lediglich darin zu erblicken, eine Minderung der Konsumentenrente <sup>235</sup> sowie eine ineffiziente Ressourcenallokation zu vermeiden. <sup>236</sup> Vielmehr sprechen hierfür noch andere Gründe.

## D. Argumente für ein Verbot überhöhter Preise

### I. Verbot überhöhter Preise und Behinderungspraktiken

Diese werden ersichtlich, ruft man sich noch einmal die Worte *Kroes*’ in Erinnerung, denen zufolge die Behinderung von Wettbewerbern häufig die Grundlage für eine spätere Ausbeutung von Verbrauchern sei. <sup>237</sup> Die Wettbewerbskommissarin geht offenbar davon aus, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten mit Behinderungspraktiken aus dem Markt zu drängen, d.h. den ohnehin bereits geschwächten Wettbewerb weiter zu beeinträchtigen suchen, um später – in völliger oder weitgehender Abwesenheit von Konkurrenten – ausbeuterische Preise verlangen zu können. Oder um es prägnanter zum Ausdruck zu bringen: „*One excludes in order to exploit.*“ <sup>238</sup> Daraus folgern nicht nur die Kommission, sondern auch weite Teile des Schrifttums, <sup>239</sup> dass dem Schutz vor Ausbeutung am besten mit der

<sup>234</sup> So *Möschel*, (Fn. 25), Art. 82, Rdnr. 136.

<sup>235</sup> Darunter versteht man die Differenz zwischen Zahlungsbereitschaft und dem tatsächlichen Preis.

<sup>236</sup> Zu einer ineffizienten Ressourcenallokation käme es dadurch, dass manche Kunden darauf verzichten, das Produkt zu überhöhten Preisen zu erwerben, obschon sie es kauften, wäre der Preis wettbewerbskonform.

<sup>237</sup> Siehe unter C.I.

<sup>238</sup> *Röller*, (Fn. 32), S. 525.

<sup>239</sup> Siehe beispielhaft *Möschel*, (Fn. 25), Art. 82, wo er von der „Subsidiarität der Preiserhöhungskontrolle [...] gegenüber der Bekämpfung von Behinderungsmissbräuchen“ spricht.

Bekämpfung von Behinderungsmissbräuchen gedient sei. Man kann hieraus jedoch noch eine weitere Konsequenz ziehen.

„Behindern Unternehmen, um auszubeuten“, stellt also die Möglichkeit, überhöhte Preise zu verlangen, das Motiv für die missbräuchliche Verdrängung von Wettbewerbern dar, erscheint es nur naheliegend, durch ein Verbot solcher Preise beherrschenden Unternehmen schon den Anreiz zu nehmen, Konkurrenten zu behindern. Es dürfte zwar nicht sehr realistisch sein, anzunehmen, beherrschende Unternehmen hätten dann kein „Interesse“ mehr, sich Wettbewerbern mittels leistungsfremder Methoden zu entledigen. Denn auch wenn sie keine überhöhten Preise verlangen könnten, „lohnte“ ein solches Verhalten durchaus, schließlich bemisst sich der Gewinn eines Unternehmens, worauf bereits an anderer Stelle hingewiesen wurde, nicht nur nach der Höhe der Preise, sondern auch nach dem Marktanteil. Wenn also durch ein Verbot überhöhter Preise der Anreiz zum Behinderungsmissbrauch nicht vollständig genommen werden kann, so dürfte er dadurch doch zumindest reduziert werden. Ehe ein marktbeherrschendes Unternehmen nämlich einen Konkurrenten etwa durch verbotene Kampfpreise, Treuerabatte oder Preisscheren zu verdrängen sucht, dürfte es die davon zu erwartenden Gewinne gegen die mit solchen Praktiken verbundenen Kosten bzw. Risiken abwägen. Auf der „Kostenseite“ sind dabei nicht nur die mit dem fraglichen Verhalten tatsächlich einhergehenden Kosten relevant, etwa vorübergehende Verluste im Falle der Kampfpreisunterbietung, sondern vor allem auch das Risiko einer Geldbuße und/oder von Schadensersatzklagen sowie damit verbundener Reputationsverluste<sup>240</sup> für das Unternehmen. Diese Risikoabwägung mag nun, sind ausbeuterische Preise verboten, anders ausfallen, als wenn diese erlaubt sind. Während nämlich ein Unternehmen bereit sein mag, die beschriebenen Risiken in Erwartung besonders hoher Gewinne nicht nur in Form höherer Marktanteile, sondern auch überhöhter Preise einzugehen, dürfte diese Bereitschaft spürbar niedriger sein, stehen „nur“ höhere Marktanteile in Aussicht.

Ein Verbot ausbeuterischer Preise kann jedoch nicht nur den Anreiz zur missbräuchlichen Verdrängung von Wettbewerbern reduzieren, sondern auch die Möglichkeit hierzu erschweren. Denn eine Behinderung von Konkurrenten ist für den Marktbeherrscher nicht gleichsam „zum Nulltarif“ zu haben, vielmehr können Behinderungspraktiken mit erheblichen Kosten verbunden sein. Am wohl deutlichsten kommt dies im Falle der hier bereits mehrfach angesprochenen Kampfpreisunterbietung zum Ausdruck, mithin wenn das marktbeherrschende Unternehmen unter Kosten verkauft. Es wird also ein Verlust hingenommen, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen. Obgleich dies in der Erwartung geschieht, den Verlust durch hohe

<sup>240</sup> So spricht etwa *Blessing*, EG/U.S. Kartellrecht in internationalen Schiedsverfahren – 77 Aktuelle Fragen aus der Praxis, 2002, S. 27 von einem „unerhörten Imageverlust und Good will-Verlust“, wird gegen ein Unternehmen eine Geldbuße verhängt. Und er fährt fort: „Ein Unternehmen, welches kürzlich eine Kartellbusse in Höhe von knapp € 100 Mio. zu bezahlen hatte, hatte intern die indirekten weiteren Einbussen mit mindestens dem fünffachen Betrag, somit € 500 Mio. veranschlagt.“



Preise nach Ausscheiden der Konkurrenten mehr als kompensieren zu können, dürfte die Bereitschaft bzw. Möglichkeit zu einem solchen Verhalten doch umso größer sein, wenn der Marktbeherrscher auf einem anderen Markt (bzw. auf einem anderen Segment desselben Markts) überhöhte Preise verlangen kann. Mit den daraus erzielten übermäßigen Profiten können dann nämlich die Verluste auf dem anderen Markt finanziert werden.

Dabei handelt es sich keineswegs nur um eine hypothetische Annahme. Vielmehr entspricht sie genau der Strategie, derer sich Napp beim Verkauf seines Schmerzmittels bedient hat. Napp hat dieses ja, wie bereits dargestellt, nicht nur im *community segment* zu missbräuchlich überhöhten Preisen verkauft, sondern auch im *hospital segment* zu Kampfpreisen angeboten, wobei es die Verluste auf diesem Markt mit den enormen Gewinnen im *community segment* finanzierte.

Ähnliche Methoden scheinen auch die sechs großen Strom- und Gasversorgungsunternehmen in Großbritannien<sup>241</sup> anzuwenden. So verlangen diese nach Auffassung des früheren britischen Energieministers Huhne von Altkunden überhöhte Preise, um damit, wie der Minister es ausdrückte, „*cut-price deals*“, also Kampfpreise, zu finanzieren, mit denen Neukunden geworben und kleinere Strom- und Gasversorgungsunternehmen vom Markteintritt abgehalten werden sollen.<sup>242</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage von *Areeda/Hovenkamp*, wonach überhöhte Preise auch und vor allem deshalb unbedenklich seien, weil dadurch Wettbewerber gerade nicht beeinträchtigt würden,<sup>243</sup> nicht vollends überzeugend. Zwar behindern ausbeuterische Preise Wettbewerber freilich nicht unmittelbar, wohl können sie dies aber mittelbar tun, indem sie, wie gezeigt, Behinderungspraktiken überhaupt erst ermöglichen oder jedenfalls erleichtern. Sind solche Preise nun aber untersagt, schränkt man folglich die (finanziellen) Möglichkeiten des Marktbeherrschers ein, sich derartiger Praktiken zu bedienen.

Zwar ließe sich hiergegen einwenden, es bedürfe zur Verhinderung etwa von Kampfpreisen keines Verbots ausbeuterischer Preise, da Kampfpreise selbst gemäß Art. 102 AEUV verboten sind und demnach von der Kommission gemäß Art. 7 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 untersagt werden können. Allerdings erscheint es sinnvoll, gegen Behinderungsmissbräuche nicht erst repressiv einzuschreiten, also dann, wenn diese unter Umständen bereits negative Wirkungen auf den Markt gezeitigt haben,<sup>244</sup> sondern schon präventiv, indem man bereits deren Ausführung erschwert oder den Anreiz hierzu mindert.

<sup>241</sup> Dabei handelt es sich um British Gas, Scottish Power, Scottish and Southern, Npower, E.ON und EDF.

<sup>242</sup> Siehe den BBC-Artikel v. 20.9.2011, Chris Huhne pledges to ‘get tough’ over energy prices, [www.bbc.co.uk/news/uk-politics-14979927](http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-14979927) (13.6.2013).

<sup>243</sup> Vgl. *Areeda/Hovenkamp*, (Fn. 19), Rdnr. 720a.

<sup>244</sup> So wurde etwa im Falle Napp tatsächlich ein Konkurrent durch die Kampfpreise Napps aus dem Markt gedrängt, ehe das OFT gegen diese Verdrängungsstrategie einschritt, vgl. Entscheidung *Napp*, (Fn. 156), Rdnrn. 115 und 173.

## II. Verbot überhöhter Preise und Parallelverhalten von Oligopolisten

Preise können nicht nur aufgrund eines Marktmissbrauchs, sondern auch infolge anderer wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen unangemessen hoch sein. So führen etwa auch Kartelle zu Preisen, die über denen liegen, welche sich bei funktionierendem Wettbewerb eingestellt hätten. Ein kartellbehördliches Einschreiten gegen ein mutmaßliches Kartell setzt jedoch gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV den Nachweis einer Vereinbarung oder, sofern dieser nicht gelingt, jedenfalls einer abgestimmten Verhaltensweise voraus. Letztere weist allerdings starke Ähnlichkeiten mit dem erlaubten Parallelverhalten auf. In beiden Fällen verhalten sich Unternehmen gleichförmig, im einen beruht dies auf einer Abstimmung, im anderen darauf, dass sich die Unternehmen dem Verhalten ihrer Konkurrenten „mit wachem Sinn anpassen“.<sup>245</sup> Demgemäß sind Situationen denkbar, in denen das korrespondierende Verhalten von Unternehmen zwar zu einer Ausschaltung von Wettbewerb und infolgedessen hohen Preisen führt, dieses Verhalten aber nicht auf einer Abstimmung beruht bzw. der Nachweis einer solchen nicht erbracht werden kann. Dies ist etwa, wie die „Sektoruntersuchung Kraftstoffe“ des Bundeskartellamtes (BKartA) gezeigt hat, auf den regionalen Tankstellenmärkten der Fall. Dort beobachten die fünf großen Mineralölkonzerne<sup>246</sup> ihre Preise untereinander fortwährend, so dass bei Preiserhöhungen eines Anbieters die anderen ihre Preise nur wenig später anpassen.<sup>247</sup> Von Wettbewerb kann deshalb keine Rede sein. Trotz der offensichtlichen Wettbewerbsschädlichkeit dieses (Parallel-)Verhaltens und der dadurch bedingten überhöhten Preise<sup>248</sup> scheinen der Kartellbehörde jedoch die Hände gebunden, findet zwischen den Unternehmen doch gerade keine gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB verbotene Kommunikation über die Preisgestaltung statt. Zumindest dann wenn, wie dies auf den Tankstellenmärkten der Fall ist, die sich gleichförmig verhaltenden Unternehmen eine kollektiv marktbeherrschende Stellung innehaben, ist eine solche Befürchtung jedoch verfrüht. Denn dann besteht für die Kartellbehörde die Möglichkeit, auf Grundlage von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV bzw. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB gegen die unangemessen hohen Preise der Oligopolisten vorzugehen. Dieser Schluss wurde vom BKartA indessen nicht gezogen, vor allem deshalb, weil eine „Preismissbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB bei Tankstellenpreisen auf

<sup>245</sup> EuGH, Rs. 40/73, *Suiker Unie u.a.*, Slg. 1975, 1663, Rdnr. 173/174.

<sup>246</sup> Dabei handelt es sich um BP (Aral), ConocoPhillips (Jet), ExxonMobil (Esso), Shell und Total, vgl. BKartA, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht Mai 2011 – Zusammenfassung, S. 11.

<sup>247</sup> Dies geschieht in der Regel drei bis sechs Stunden später, vgl. *ibid.*, S. 24. Mundt, der Präsident des Bundeskartellamtes, bezeichnet dies in einem Interview am 20.3.2012 als „ausgeklügeltes System des Abguckens und Nachmachens“, siehe <http://www.general-anzeiger-bonn.de/lokales/wirtschaft/nachrichten/Andreas-Mundt-Ein-ausgekluegeltes-System-des-Abguckens-und-Nachmachens-article720316.html> (13.6.2013).

<sup>248</sup> So stellt das BKartA, (Fn. 246), S. 20 fest, „dass die Vertriebspreise der Mehrheit der Straßentankstellen in dem vorgefundenen oligopolistischen Umfeld höher sind als es bei funktionierendem Wettbewerb der Fall wäre“.

Grund der untätigen Preisveränderungen kaum praktikabel [ist].“<sup>249</sup> Stattdessen möchte sich das BKartA darauf konzentrieren, die Marktstruktur zu beeinflussen, indem durch eine strenge Zusammenschlusskontrolle ein weiteres Anwachsen der Marktmacht der Oligopolisten verhindert sowie der Schutz kleiner und mittlerer Mineralölunternehmen gegen Behinderungen, insbesondere in Form von Preisscheren, intensiviert werden soll.<sup>250</sup> Im Übrigen wird auf den Gesetzgeber verwiesen.<sup>251</sup>

Auch wenn eine Anwendung von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV auf Tankstellenpreise nicht praktikabel sein mag, sind doch durchaus Situationen denkbar, in denen dies anders ist. Das Verbot des Preishöhenmissbrauchs stellt dann das einzige Mittel dar, um gegen die sich gleichförmig verhaltenden Oligopolisten vorzugehen.<sup>252</sup> Dieses Mittels sollte man sich nicht begeben. Gleichwohl lehnen *Motta/de Streel*, die unter den von ihnen aufgestellten (äußerst engen) Voraussetzungen ein Verbot der überhöhten Preise eines einzelmarktbeherrschenden Unternehmens befürworten, eine Anwendung von Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV im Falle kollektiver Marktbeherrschung ab.<sup>253</sup> Dies kann allerdings nicht überzeugen. Zwar mag der Nachweis kollektiver Marktbeherrschung schwierig sein, ist dieser jedoch erst einmal erbracht, macht es keinen Unterschied mehr, ob ein oder mehrere Unternehmen beherrschend sind. Dies folgt bereits aus dem eindeutigen Wortlaut von Art. 102 Abs. 1 AEUV.<sup>254</sup>

## E. Schlussbetrachtung

Die Europäische Kommission hat in den letzten Jahren eine auf Behinderungsmissbräuche beschränkte Reform von Art. 102 AEUV eingeleitet, die unter dem Begriff des *more economic approach* Bekanntheit erlangt hat und deren Ausgang derzeit noch nicht völlig absehbar ist.<sup>255</sup> Ziel ist es, den bisherigen regelbezogenen Ansatz, in dem

<sup>249</sup> Ibid., S. 28.

<sup>250</sup> Ibid., S. 27.

<sup>251</sup> Ibid., S. 29 f.

<sup>252</sup> Freilich genügt hierfür das Parallelverhalten als solches nicht, vielmehr muss nachgewiesen werden, dass die Preise tatsächlich missbräuchlich überhöht sind.

<sup>253</sup> *Motta/de Streel*, (Fn. 25), S. 23.

<sup>254</sup> Für eine Anwendung von Art. 102 Abs. 2 lit. a) im Falle kollektiver Marktbeherrschung auch *Wish*, (Fn. 25), S. 566.

<sup>255</sup> Zwar hat der *economic approach* mittlerweile einen Niederschlag in der Prioritätenmitteilung der Kommission gefunden, inwieweit die Rechtsprechung diesen Grundsätzen folgen wird, ist jedoch noch offen. So hat jedenfalls der Gerichtshof bislang noch am regelbezogenen Ansatz festgehalten und es ausreichen lassen, dass das fragliche Verhalten – es handelte sich u.a. um individuell angepasste rückwirkende Rabattpläne – wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben kann. Eine Analyse der konkreten Auswirkungen der Rabatte auf den Wettbewerb sei hingegen nicht erforderlich, vgl. EuGH, Rs. C-549/10 P, *Toma Systems u.a.*, Slg. 2012, Rdnr. 79.

bestimmte Praktiken einem pauschalen Verbot unterliegen, durch einen effekt- und damit einzelfallbezogeneren zu ersetzen. Ohne dass damit eine Wertung über diese Entwicklung verbunden sein soll, kann man sie sich doch insofern für den Ausbeutungsmissbrauch des Art. 102 Abs. 2 lit. a) AEUV zum Vorbild nehmen, als wenigstens dort pauschale Lösungen wenig hilfreich erscheinen. So verbietet es sich jedenfalls, pauschal auf ein Einschreiten gegen überhöhte Preise zu verzichten, wie es im Schrifttum vielfach gefordert wird. Denn, wie gezeigt wurde, überzeugen die gegen ein Verbot solcher Preise erhobenen Einwände nicht vollends. Zudem stellt der Schutz des Verbrauchers vor Ausbeutung eines der zentralen Anliegen von Art. 102 AEUV dar. Damit ist indes nicht die Aufforderung verbunden, stets gegen überhöhte Preise einzuschreiten, also auch insofern pauschal vorzugehen. Insbesondere dann, wenn die Kartellbehörde konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass in absehbarer Zeit neue Wettbewerber in den Markt eintreten, erscheint es nämlich sinnvoller, den dann erstarkenden Wettbewerb für niedrigere Preise sorgen zu lassen. Pauschale Lösungen verbieten sich jedoch nicht nur bezüglich des „Ob“, sondern auch des „Wie“ eines Einschreitens. So sind, ehe direkt gegen die überhöhten Preise vorzugehen ist, alternative Abhilfemaßnahmen in Erwägung zu ziehen, etwa indem dem Marktbeherrscher gesteigerte Informationspflichten auferlegt werden.

