

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 270

**Missbrauch von Marktmacht durch
Kosten-Preis-Scheren im europäischen
und US-amerikanischen Kartellrecht**

Von

Jan Henning Berg



Duncker & Humblot · Berlin

JAN HENNING BERG

Missbrauch von Marktmacht durch Kosten-Preis-Scheren
im europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 270

Missbrauch von Marktmacht durch Kosten-Preis-Scheren im europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht

Von

Jan Henning Berg



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-14698-7 (Print)

ISBN 978-3-428-54698-5 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84698-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2014/2015 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück als Dissertation angenommen. Tag der mündlichen Prüfung war der 6. Oktober 2014. Neuere Entwicklungen in Schrifttum, Rechtsprechung und Behördenpraxis konnten weitestgehend bis März 2015 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Andreas Fuchs, LL.M., danke ich sehr herzlich für sein Engagement bei der Betreuung der Arbeit. Während der ebenso lehrreichen wie in jeder Hinsicht angenehmen Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl stand er mir stets als Ansprechpartner zur Seite. Seine wertvollen Anregungen, nicht zuletzt aber auch die fortwährende Ermutigung zu kontinuierlichen Arbeitsfortschritten, haben zum Gelingen meines Dissertationsvorhabens maßgeblich beigetragen.

Herrn VorsRiBGH a.D. Prof. Dr. Willi Erdmann danke ich für die freundliche Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus bedanke ich mich beim Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, der die Publikation der Arbeit durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt hat.

Weiterhin gebührt mein besonderer Dank allen Freunden, Kommilitonen und Kollegen aus der gemeinsamen Studien- und Promotionszeit in Osnabrück. Der fachliche Austausch sowie vor allem die gegenseitige persönliche Unterstützung haben ebenfalls Anteil am Gelingen der Arbeit.

Zu guter Letzt möchte ich von ganzem Herzen meiner Familie danken, die mir in jeder Lebensphase den nötigen Rückhalt gegeben hat. Ihr ist die Arbeit gewidmet. Hervorheben möchte ich vor allem meine Mutter Andrea Berg-Ebermann, die meine gesamte Ausbildungszeit mit ihrer unermüdlichen und bedingungslosen Unterstützung begleitet hat. Ein ebenso inniger Dank gilt meiner Ehefrau Anneke. Sie hat mir während des gesamten Entstehungsprozesses stets die für den erfolgreichen Abschluss des Dissertationsvorhabens nötige Kraft gegeben.

Düsseldorf, im März 2015

Jan Henning Berg

Inhaltsübersicht

Kapitel 1

Einführung 21

- A. Die Kosten-Preis-Schere als Untersuchungsgegenstand 21
- B. Ziele und Gang der Arbeit 23

Kapitel 2

Die Kosten-Preis-Schere als Wirtschaftsphänomen mit kartellrechtlicher Relevanz 26

- A. Begriff und charakteristische Merkmale der Kosten-Preis-Schere 26
- B. Eckpfeiler der kartellrechtlichen Würdigung von Kosten-Preis-Scheren 34

Kapitel 3

Die Relevanz des *price squeeze* im US-Kartellrecht 52

- A. Entwicklung der Gerichtspraxis im 20. Jahrhundert 52
- B. Die Bedeutung des *price squeeze* als selbständige Monopolisierungsform nach den Entscheidungen in *Linkline* 57
- C. Effektive Adressierung des *price squeeze* durch andere Verbotstatbestände? 78
- D. Fazit zum *price squeeze* im US-Kartellrecht 85

Kapitel 4

Das Verbot der Kosten-Preis-Schere im europäischen Kartellrecht 86

- A. Entwicklung der bisherigen Entscheidungspraxis 86
- B. Auswertung und Zusammenstellung erster Erkenntnisse 109
- C. Die Kriterien der Missbräuchlichkeit von Kosten-Preis-Scheren 117
- D. Fazit zur Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht 162

*Kapitel 5***Die Kosten-Preis-Schere im Verhältnis zu anderen Missbrauchsformen
des europäischen Kartellrechts** 165

- A. Missbräuchliche Kampfpreisunterbietung auf dem nachgelagerten Markt 165
- B. Missbräuchliche Geschäftsverweigerung auf dem vorgelagerten Markt 196
- C. Missbräuchliche Diskriminierung auf dem vorgelagerten Markt 222
- D. Missbräuchliche Preisüberhöhung auf dem vorgelagerten Markt 228
- E. Zusammenfassendes Fazit 234

*Kapitel 6***Abschließende rechtsvergleichende Würdigung der Kosten-Preis-Schere
als Figur des Marktmachtmissbrauchs** 236

- A. Erklärung der divergierenden Auffassungen im EU- und US-Kartellrecht durch die
Bezüge zum sektorspezifischen Regulierungsrecht 236
- B. Schlussfolgerungen zur Relevanz der Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht der EU und
der USA 251
- C. Verbleibende Kritikpunkte und der Versuch eines Ausblicks auf rechtspolitisch
vertretbare Lösungsansätze 257

Literaturverzeichnis 262

Stichwortverzeichnis 273

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einführung	21
A. Die Kosten-Preis-Schere als Untersuchungsgegenstand	21
B. Ziele und Gang der Arbeit	23

Kapitel 2

Die Kosten-Preis-Schere als Wirtschaftspränomen mit kartellrechtlicher Relevanz

	26
A. Begriff und charakteristische Merkmale der Kosten-Preis-Schere	26
I. Einzelheiten zur strukturellen Ausgangslage	28
II. Unverhältnismäßige zweifache Preissetzung	30
III. Spürbare Beschneidung fremder Gewinnmargen	30
IV. Weitere Aspekte ohne funktionsnotwendige Relevanz	32
B. Eckpfeiler der kartellrechtlichen Würdigung von Kosten-Preis-Scheren	34
I. Anwendungsgrundsätze der maßgeblichen Vorschriften	35
1. EU-Wettbewerbsrecht: Art. 102 AEUV	35
2. US-Antitrustrecht: sec. 2 Sherman Act	36
a) <i>Monopolization</i>	36
b) <i>Attempted monopolization</i>	38
II. Methodische Optionen für die kartellrechtliche Erfassung der Beschneidung fremder Gewinnmargen	39
III. Kartellrechtliche Relevanz der Kosten-Preis-Schere als Verdrängungsstrategie	41
IV. Bewertung vertikaler Integration als Blaupause für den wettbewerbspolitischen Umgang mit der Kosten-Preis-Schere?	45
V. Sonderfall: Keine kartellrechtliche Relevanz der ausschließlich hoheitlich veranlassten Kosten-Preis-Schere	49

Kapitel 3

Die Relevanz des *price squeeze* im US-Kartellrecht

52

A. Entwicklung der Gerichtspraxis im 20. Jahrhundert	52
I. Der Fall <i>Alcoa</i> als historischer Ausgangspunkt	52
II. Spätere Entscheidungen der Courts of Appeals ab den 1970er Jahren	54
B. Die Bedeutung des <i>price squeeze</i> als selbständige Monopolisierungsform nach den Entscheidungen in <i>Linkline</i>	57
I. Sachverhalt	58
II. Zum Hintergrund: Das Urteil in <i>Trinko</i>	59
1. Sachverhalt	59
2. Entscheidung des Supreme Court	60
3. Mögliche Implikationen für <i>Linkline</i>	62
III. Die instanzgerichtlichen Entscheidungen im <i>Linkline</i> -Verfahren	63
1. District Court	63
2. Court of Appeals	65
IV. Das Verfahren vor dem US Supreme Court und dessen Entscheidung	66
1. Der <i>price squeeze</i> und die Angreifbarkeit des Vorleistungspreises als <i>anti- competitive refusal to deal</i>	67
2. Der <i>price squeeze</i> und die Angreifbarkeit des Endkundenpreises als <i>predatory pricing</i>	70
a) Voraussetzungen des <i>predatory pricing</i> nach sec. 2 Sherman Act	70
b) Konsequenzen für ein eigenständiges Verbot des <i>price squeeze</i>	72
3. Weitere Argumente gegen eine eigenständige Preisspannenkontrolle	72
V. Fazit nach <i>Linkline</i>	73
1. Das Schicksal des <i>price squeeze</i> als eigenständige Monopolisierungsform	74
2. Das Zusammenspiel von Kartell- und Regulierungsrecht	76
C. Effektive Adressierung des <i>price squeeze</i> durch andere Verbotstatbestände?	78
I. Kein Verbot des <i>price squeeze</i> als <i>monopoly leveraging</i>	79
II. Unanwendbarkeit der <i>essential facilities</i> -Doktrin	80
III. Keine unzulässige <i>price discrimination</i>	82
IV. Fehlen einer isolierten Preishöhenkontrolle	84
D. Fazit zum <i>price squeeze</i> im US-Kartellrecht	85

Kapitel 4

Das Verbot der Kosten-Preis-Schere im europäischen Kartellrecht	86
A. Entwicklung der bisherigen Entscheidungspraxis	86
I. <i>NCB und NSF/NCC</i> („National Carbonising“)	86
II. <i>Napier Brown/British Sugar</i>	88
III. <i>Industrie des Poudres Sphériques/Kommission</i>	89
IV. <i>Deutsche Telekom</i>	91
1. Wirtschaftlicher Kontext: Die deutsche Telekommunikationswirtschaft gegen Ende der 1990er Jahre	92
2. Vorgeschichte des Verfahrens und der zugrunde liegende Sachverhalt	94
3. Die Verbotsentscheidung der Kommission	96
4. Konsequenzen der Kommissionsentscheidung für die Preispolitik der DTAG	99
5. Weiterer Verfahrensgang vor den Unionsgerichten	100
6. Zwischenfazit	102
V. <i>Telefónica</i>	102
VI. <i>Gasmarktabstottung durch RWE</i>	105
VII. <i>Konkurrensverket/TeliaSonera</i>	107
B. Auswertung und Zusammenstellung erster Erkenntnisse	109
I. Die historische Entwicklung im Überblick	109
1. Die „erste Phase“ – Kosten-Preis-Scheren in klassischen Industriebereichen	109
2. Die „zweite Phase“ – Kosten-Preis-Scheren in regulierten Netzwirtschaften	110
II. Die Kosten-Preis-Schere in der Dogmatik des Art. 102 AEUV	113
1. Einordnung als eigenständige Missbrauchsform in der Entscheidungspraxis	113
2. Die Kosten-Preis-Schere in der Prioritätenmitteilung der Kommission	115
C. Die Kriterien der Missbräuchlichkeit von Kosten-Preis-Scheren	117
I. Positionierung des integrierten Unternehmens auf beiden Marktstufen	118
1. Vorgelagerter Markt	119
2. Nachgelagerter Markt	121
3. Die Kosten-Preis-Schere als Ausprägung der <i>leveraging</i> -Theorie	122
II. Aufrechterhalten einer unverhältnismäßigen Preisspanne	123
1. Die Gewinnspanne als Bezugspunkt der Prüfung	124
2. Inhaltliche Verfeinerung: Der zweigliedrige rechnerische Test der Kommission	125
3. Kosten-Preis-Schere bei geringfügig positiver Gewinnspanne?	127
4. Einzelfragen zum Kostenparameter	129
a) Bezugsobjekte der Kostenermittlung	130
aa) Die Kostenstruktur des „ebenso effizienten Wettbewerbers“	130
bb) Alternative Kostenstrukturen	132

cc) Sonderproblem: Kostenunterschiede zwischen Fremd- und Selbstbe- lieferung der Vorleistung	135
dd) Kritische Würdigung des Effizienzkriteriums	138
b) Die Auswahl des sachgerechten Kostenmaßstabs	141
5. Analyse der Kostendeckung bei zeitlich ausgedehnten Sachverhalten	145
6. Rechnerische Ermittlung einer Kosten-Preis-Schere in komplexeren Fallkon- stellationen	147
a) Alternative nachgelagerte Verwendungszwecke der Vorleistung	147
b) Gebündelte nachgelagerte Leistungen	149
III. Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen	151
1. Allgemeine Vorgaben bei Behinderungsmissbräuchen	151
2. Wirkungsnachweis bei Kosten-Preis-Scheren	153
3. Analyse und kritische Würdigung zur Bedeutung der „Unentbehrlichkeit der Vorleistung“	155
IV. Fehlende objektive Rechtfertigungsgründe	157
1. Effizienzgewinne	158
2. Defensives Preisanpassungsreaktion	161
D. Fazit zur Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht	162

Kapitel 5

Die Kosten-Preis-Schere im Verhältnis zu anderen Missbrauchsformen des europäischen Kartellrechts 165

A. Missbräuchliche Kampfpreisunterbietung auf dem nachgelagerten Markt	165
I. Grundzüge der Beurteilung nach Art. 102 AEUV	166
1. Einführung	166
2. Zusammenstellung der Missbrauchskriterien	167
a) Festsetzung kostenunterschreitender Preise	167
aa) Bisherige Anwendungspraxis: AKZO-Formel des EuGH	168
bb) Modifizierte Prüfung auf Basis der Prioritätenmitteilung der Kommis- sion	171
(1) <i>Equally efficient competitor</i> -Test mit Kostengrenze LRAIC	172
(2) <i>Sacrifice</i> -Test mit Kostengrenze AAC	173
cc) Zwischenfazit	175
b) Keine gesonderte Wirkungsanalyse (<i>recoupment test</i>)	176
c) Objektive Rechtfertigung von Niedrigpreisen	178
II. Verhältnis des Kampfpreismissbrauchs zum Verbot der Kosten-Preis-Schere ...	179
1. Kosten-Preis-Schere als Unterfall des Kampfpreismissbrauchs	179
2. Kosten-Preis-Schere und Kampfpreismissbrauch als zwei unabhängig neben- einander stehende Verbote	180

3. Eigene Analyse und Stellungnahme	182
4. Zwischenfazit	188
III. Konsequenzen für die praktische Relevanz des Verbots der Kosten-Preis-Schere	188
1. Erstes Vergleichspaar: Kosten-Preis-Schere und Kampfpreismissbrauch nach der AKZO-Formel	189
2. Zweites Vergleichspaar: Kosten-Preis-Schere und Kampfpreismissbrauch nach dem <i>sacrifice</i> -Test	192
IV. Fazit zum Verhältnis von Kosten-Preis-Schere und Kampfpreisverbot	195
B. Missbräuchliche Geschäftsverweigerung auf dem vorgelagerten Markt	196
I. Grundzüge der Beurteilung nach Art. 102 AEUV	196
1. Einführung	197
2. Zusammenstellung der Missbrauchskriterien	199
a) Marktbezogene Rahmenbedingungen	199
b) Unternehmensbezogene Rahmenbedingungen	201
c) Die Verweigerung der Geschäftstätigkeit	202
d) Objektive Notwendigkeit des Einsatzgutes	205
e) Ausschaltung des nachgelagerten Wettbewerbs	207
f) Fehlen einer objektiven Rechtfertigung	208
3. Rechtsfolge: Kontrahierungszwang	209
II. Berührungspunkte und Gemeinsamkeiten mit dem Verbot der Kosten-Preis-Schere	211
III. Konsequenzen für die eigenständige Relevanz des Verbots der Kosten-Preis-Schere	215
1. Integration des Verbots der Kosten-Preis-Schere in den Missbrauchstatbestand für Geschäftsverweigerungen	215
2. Vorgaben aus dem Gebot der rechtlichen Konsistenz	217
IV. Fazit zum Verhältnis der Verbote von Kosten-Preis-Schere und Geschäftsverweigerung	221
C. Missbräuchliche Diskriminierung auf dem vorgelagerten Markt	222
I. Grundzüge der Beurteilung nach Art. 102 AEUV	222
II. Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots auf die Fallkonstellationen der Kosten-Preis-Schere	223
1. Konzernprivileg als Grund für Unanwendbarkeit des Diskriminierungsverbots?	224
2. Die konzerninterne Begünstigung als taugliche Vergleichsbasis für einen Diskriminierungsvorwurf?	225
D. Missbräuchliche Preisüberhöhung auf dem vorgelagerten Markt	228
I. Grundzüge der Beurteilung nach Art. 102 AEUV	228
II. Relevanz der Preishöhenkontrolle für die Kosten-Preis-Schere?	232
E. Zusammenfassendes Fazit	234

Kapitel 6

Abschließende rechtsvergleichende Würdigung der Kosten-Preis-Schere als Figur des Marktmachtmissbrauchs	236
A. Erklärung der divergierenden Auffassungen im EU- und US-Kartellrecht durch die Bezüge zum sektorspezifischen Regulierungsrecht	236
I. Zum regulierungsrechtlichen Charakter des Verbots der Kosten-Preis-Schere	237
II. Einzelheiten des Zusammenspiels von Kartell- und Regulierungsrecht in der EU und in den USA	245
1. EU: Parallele Anwendbarkeit und wechselseitige Ergänzung der Rechtsmaterien	245
2. USA: Vorrang des Regulierungsrechts	248
B. Schlussfolgerungen zur Relevanz der Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht der EU und der USA	251
C. Verbleibende Kritikpunkte und der Versuch eines Ausblicks auf rechtspolitisch vertretbare Lösungsansätze	257
Literaturverzeichnis	262
Stichwortverzeichnis	273

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
AAC	average avoidable costs
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Am. J. Soc.	American Journal of Sociology
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
Antitrust L. J.	Antitrust Law Journal
Arizona L. Rev.	Arizona Law Review
ATC	average total costs
Aufl.	Auflage
Austr. Bus. L. R.	Australian Business Law Review
AVC	average variable costs
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BNetzA	Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Cal. L. Rev.	California Law Review
Case Western Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
Cato Sup. Ct. Rev.	Cato Supreme Court Review
C.D. Cal.	Central District of California
cert.	certiorari
Chicago-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Cir.	Circuit
C.M.L.R.	Common Market Law Reports
CML Rev.	Common Market Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CPN	Competition Policy Newsletter
CR	Computer und Recht
D.C.	District of Columbia
D. Minn.	District of Minnesota
Duke L. J.	Duke Law Journal
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
ECLR	European Competition Law Review
Econ. J.	The Economic Journal
E.D. Mich.	Eastern District of Michigan

EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union/Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur. Comp. J.	European Competition Journal
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende(r)
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
FCC	Federal Communications Commission
FCC Rcd.	Federal Communications Commission Record
FK-KartR	Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht
Fn.	Fußnote(n)
Fordham Corp. L. Inst.	Fordham Corporate Law Institute
Fordham Int'l L. J.	Fordham International Law Journal
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GCP	The Online Magazine for Global Competition Policy
GD	Generaldirektion
Georgetown L. J.	Georgetown Law Journal
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
J. Comp. L. & Econ.	Journal of Competition Law & Economics
J. Econ. Lit.	Journal of Economic Literature
J. Eur. Comp. L. & P.	Journal of European Competition Law & Practice
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J. Network Indus.	Journal of Network Industries
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
lit.	litera (Buchstabe)
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LRAIC	long-run average incremental costs
MMR	Multimedia und Recht
MünchKommEUWettbR	Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.D. Ill.	Northern District of Illinois
n.F.	neue Fassung

Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
NPV	net present value
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PostG	Postgesetz
Rdnr(n).	Randnummer(n)
RegTP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rs./verb. Rs.	Rechtssache/verbundene Rechtssachen
S.	Seite(n), Satz
S.D.N.Y.	Southern District of New York
sec.	section
TAL	Teilnehmeranschlussleitung
Texas L. Rev.	Texas Law Review
TKG	Telekommunikationsgesetz
Tz.	Textziffer
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
U.S.C.	United States Code
Utah L. Rev.	Utah Law Review
VG	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung
W.D. Pa.	Western District of Pennsylvania
WL	Westlaw
World Comp.	World Competition
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungssammlung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Kapitel 1

Einführung

A. Die Kosten-Preis-Schere als Untersuchungsgegenstand

Wirksamer Wettbewerb kann sich nur dort entfalten, wo Unternehmen frei, eigenverantwortlich und im gemeinsamen Streben um die bestmögliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit um die Gunst der Marktgegenseite konkurrieren. Beim Preis eines Wirtschaftsgutes handelt es sich seit jeher und vor allem in der allgemeinen Wahrnehmung um einen der wichtigsten, wenn nicht sogar um den wichtigsten, Funktionsparameter. Im Zusammenspiel mit anderen Faktoren leistet ein im Wettbewerbsprozess gefundenes Preisniveau einen maßgeblichen Beitrag zu einer gesamtwirtschaftlich optimalen Ressourcenzuordnung. Entscheidende Grundbedingung hierfür ist, dass alle beteiligten Akteure im Ausgangspunkt in ihrer Preissetzung frei sind.

Für marktmächtige Unternehmen gilt dies nicht uneingeschränkt. Sie verfügen qua ihrer hervorgehobenen Stellung auf dem Markt über die Möglichkeit, die gesamtwirtschaftlich erwünschten Wettbewerbsprozesse zu stören. Daher unterliegt ihre Preissetzungsfreiheit gewissen kartellrechtlich bedingten Restriktionen. Diese sind vielfältig und mit den unterschiedlichsten Stoßrichtungen ausgestattet. Ein Verbot exzessiv überhöhter Preise soll etwa verhindern, dass ein marktbeherrschender Anbieter seine Abnehmer wirtschaftlich ausbeutet oder hierdurch einem Wettbewerbsnachteil aussetzt. Am anderen Ende des Spektrums gibt es die Befürchtung, dass der Marktbeherrscher in einen Preiskampf einsteigen und mithilfe niedriger Preise seine eigenen Wettbewerber aus dem Markt treiben könnte. Zusätzlich gibt es kartellrechtliche Diskriminierungsverbote, die es marktmächtigen Anbietern untersagen, bei wirtschaftlich gleichwertigen Transaktionen mit verschiedenen Abnehmern selektive Preisunterschiede anzuwenden, sofern dafür kein sachlicher Grund besteht.

In diesem schon von mehreren Seiten her bestellten Feld der kartellrechtlich veranlassten Preiskontrolle tritt nun ergänzend noch die Figur der sogenannten Kosten-Preis-Schere¹ auf den Plan. Im weitesten Sinne beschreibt dieser Begriff ein

¹ Daneben werden noch folgende Begriffe synonym verwendet: Preis-Kosten-Schere, Preisschere, zweifacher Preisdruck, Margenbeschneidung. Im englischen Sprachgebrauch haben sich nebeneinander die Bezeichnungen *price squeeze* und *margin squeeze* etabliert.

Missverhältnis zweier Preise. Von einem marktmächtigen Unternehmen angewendet, kann sich dieses Missverhältnis als Wettbewerbsproblem erweisen. Dies ist genau dann der Fall, wenn infolge der zweifachen Preissetzung ein Druck auf die Gewinnmargen anderer Marktteilnehmer ausgeht. Dieser kann mit steigender Intensität der preismäßigen Unwucht existenzgefährdend und schließlich existenzvernichtend wirken. Nicht jedes beliebige Preispaar ist von vornherein geeignet, diesen Margendruck entstehen zu lassen. Bei der Kosten-Preis-Schere geht es stets um die Preisgestaltung des marktmächtigen Unternehmens auf sachlich miteinander verbundenen Märkten. Daraus kann sich ein Wettbewerbsproblem ergeben, wenn das marktmächtige Unternehmen ein- und denselben anderen Marktteilnehmern sowohl auf dem einen Markt als Geschäftspartner und auf dem anderen Markt als Wettbewerber gegenübersteht. Aus deren Sicht stellt sich das preisliche Missverhältnis – stark vereinfacht – in der Weise dar, dass sie auf der Beschaffungsseite erst vergleichsweise teuer einkaufen müssen und auf der Absatzseite anschließend nur vergleichsweise billig verkaufen können.

Das vorliegende Dissertationsvorhaben will sich mit Fallkonstellationen dieser Art sowie mit den darum kreisenden kartellrechtsbezogenen Fragestellungen auseinandersetzen. Die Wettbewerbsproblematik der Kosten-Preis-Schere liegt dabei gleichzeitig im Tatsächlichen wie im Rechtlichen. In tatsächlicher Hinsicht gilt es zu bedenken, dass selbstverständlich nicht sämtliche Konstellationen, in denen Unternehmen das Fehlen einer auskömmlichen Gewinnmarge beklagen, kartellrechtliche Intervention rechtfertigen. Der Verlust der Wettbewerbsfähigkeit ist etwa dann ein legitimer, funktionsimmanenter Bestandteil des wettbewerbsmäßigen Selektionsprozesses, solange dies in der Person des betroffenen Marktteilnehmers auf unnötig hohe Betriebskosten und folglich dessen eigene Ineffizienz zurückzuführen ist.² Ganz anders sieht es dagegen aus, wenn ein marktmächtiges Unternehmen den zweiseitigen Preisdruck als Mittel zur Verdrängung unliebsamer, leistungsfähiger Konkurrenten instrumentalisiert. Auf der Ebene des Rechtlichen wirft die Figur der Kosten-Preis-Schere weitere schwierige Fragen auf. An allererster Stelle steht hier der wettbewerbspolitische Streit um den grundsätzlichen Umgang des Kartellrechts mit ihr. Daraus ist zuletzt eine im transatlantischen Verhältnis der USA und der EU bemerkenswerte diametral entgegengesetzte Rechtsentwicklung hervorgegangen. Zum US-amerikanischen Recht hat der Supreme Court Anfang des Jahres 2009 klargestellt, dass die Kosten-Preis-Schere bzw. der dort sogenannte *price squeeze* für sich genommen nicht aus kartellrechtlichen Gründen verbotswürdig ist.³ Demgegenüber hat der EuGH nur gut eineinhalb Jahre später zu einem vergleichbaren Sachverhalt geurteilt, dass die Kosten-Preis-Schere dem Bereich der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV zuzu-

² Vgl. im speziellen Kontext der Kosten-Preis-Schere EuG, Urteil vom 30. 11. 2000, Rs. T-5/97, EU:T:2000:278, Tz. 179 – *Industrie des Poudres Sphériques/Kommission; Crocioni/Veljanovski*, J. Network Indus. 2003, 28, 36.

³ Vgl. dazu *Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009). Ausführlich zu diesem Urteil unten, Kap. 3 B. IV.

ordnen ist und daher neben anderen Formen des Preismissbrauchs eine eigenständige Bedeutung haben soll.⁴ Die sich aufdrängende Frage nach den Hintergründen dieser gegensätzlichen Ansichten soll am Ende der vorliegenden Untersuchung nicht unbeantwortet bleiben.

Wer nun mit dem europäischen Ansatz die Kosten-Preis-Schere als solche einer kartellrechtlichen Prüfung zuführen will, gelangt unweigerlich zu der Frage, wie ein Verbotstatbestand im Rahmen des Art. 102 AEUV mit seiner offenen Generalklausel des Missbrauchs sachgerechterweise ausgestaltet sein kann. Gleichmaßen steht zur Debatte, wie sich ein solches Verbot in das vorhandene System der eingangs erwähnten anderweitigen Preiskontrollmechanismen einfügen kann.

Die vorliegende Dissertation ist nicht die erste monographische Abhandlung zur Kosten-Preis-Schere als Figur des Kartellrechts.⁵ Ein nicht unwesentlicher Teil der wissenschaftlichen Debatte spielt sich zudem im Bereich der Aufsatzliteratur ab.⁶ Dennoch sind bislang nicht alle Facetten des Wettbewerbsproblems Kosten-Preis-Schere in ausreichender Weise beleuchtet worden. Die vorliegende Arbeit unternimmt es daher, einen eigenständigen Beitrag mit teilweise neuen Gedanken zum bisherigen wissenschaftlichen Diskussionsstand zu leisten.

B. Ziele und Gang der Arbeit

Die Figur der Kosten-Preis-Schere wirft sowohl innerhalb wie außerhalb des rechtsvergleichenden Ansatzes eine Fülle verschiedener Fragen auf und bietet deswegen vielfältige Ansatzpunkte für eine nähere kartellrechtlich fundierte Untersuchung. Diese können hier schon aus Platzgründen nicht alle in derselben Ausführlichkeit behandelt werden, so dass sich eine Schwerpunktsetzung als unumgänglich erweist.

Im Anschluss an eine Grundlegung zum wirtschaftlichen Phänomen der Kosten-Preis-Schere und ihrer potenziellen kartellrechtlichen Relevanz (Kapitel 2)⁷ wird zunächst der gegenwärtige Rechtszustand im US-amerikanischen und europäischen

⁴ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 14. 10. 2010, Rs. C-280/08 P, EU:C:2010:603 – *Deutsche Telekom AG/Kommission*; inzwischen bestätigt durch EuGH, Urteil vom 17. 2. 2011, Rs. C-52/09, EU:C:2011:83 – *TeliaSonera*. Zu diesen beiden Urteilen unten, Kap. 4 A. IV. und VII.

⁵ *Henk-Merten*, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, 2004; *Petzold*, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 2012.

⁶ Vgl. nur stellvertretend für viele *Crocioni/Veljanovski*, J. Network Indus. 2003, 28; *Dunne*, ECLR 2012, 29 und ECLR 2012, 61; *Geradin/O'Donoghue*, J. Comp. L. & Econ. 2005, 355; *Grimes*, ZWeR 2009, 343; *Hay/McMahon*, J. Comp. L. & Econ. 2012, 259; *Klotz*, MMR 2008, 650; *Lommler*, WuW 2011, 244; *Ruhle/Schuster*, MMR 2003, 648; *Sidak*, J. Comp. L. & Econ. 2008, 279.

⁷ S. 26 ff.