

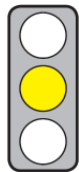
BEHINDERUNGSMISSBRAUCH DURCH MARKTBEHERRSCHENDE UNTERNEHMEN

Stand: 09.03.09

KERNPUNKTE

Ziel der Mitteilung: Die Mitteilung soll Klarheit über die Grundsätze schaffen, nach denen die Kommission über die Verfolgung von Missbrauchsfällen entscheidet. Zugleich will die Kommission Unternehmen Anhaltspunkte dafür liefern, ob ein bestimmtes Verhalten Behinderungsmissbrauch darstellt.

Betroffene: Marktbeherrschende Unternehmen, ihre Liefer- und Vertriebspartner, Verbraucher.



Pro: (1) Von einem Behinderungsmissbrauch nur dann zu sprechen, wenn ein Verhalten nachweislich marktverschließende Wirkungen hat, ist grundsätzlich sachgerecht.

(2) Die von der Kommission vorgeschlagenen Prüfgeln liefern brauchbare Anhaltspunkte, um wettbewerbswidriges Verhalten festzustellen.

Contra: (1) Geringere Rechtssicherheit und erhöhter Verfahrensaufwand sind der – unvermeidbare – Preis für die Entscheidung, bestimmte Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen nicht mehr per se zu verbieten, sondern ihre Auswirkungen im Einzelfall zu prüfen.

(2) Zumindest verbal hält die Kommission daran fest, nicht nur Beeinträchtigungen des Wettbewerbs, sondern auch solche des angeblich messbaren „Verbraucherwohls“ zu prüfen.

INHALT

Titel

Mitteilung KOM(2008) 832 vom 5. Dezember 2008 in der revidierten Fassung **K(2009) 864** vom 18. Februar 2009 über Erläuterungen zu den **Prioritäten der Kommission bei** der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrages auf Fälle von **Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen**

Kurzdarstellung

► Gegenstand der Mitteilung

Die Mitteilung bezieht sich auf die Behinderung von Wettbewerbern durch die „Verschließung“ von Märkten, die ein einzelnes Unternehmen allein beherrscht.

► Marktbeherrschende Stellung

- Ein Unternehmen verfügt über eine marktbeherrschende Stellung, wenn es wegen geringen oder fehlenden Wettbewerbsdrucks in der Lage ist, sich gegenüber seinen Wettbewerbern, Abnehmern und letztlich Verbrauchern „in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten“.
- Ein Marktanteil von 40% oder mehr ist dafür ein wichtiger, jedoch nicht hinreichender Indikator für eine marktbeherrschende Stellung. Bei Marktanteilen unter 40% ist eine solche „unwahrscheinlich“.
- Gegen eine beherrschende Marktstellung sprechen bevorstehende oder drohende Marktzutritte oder Expansionen von Wettbewerbern sowie die Existenz von Abnehmern mit hoher Nachfragemacht.

► Wettbewerbswidrige Marktverschließung

- Eine wettbewerbswidrige Marktverschließung liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen
 - durch sein Verhalten vorhandenen und potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu Lieferquellen oder Absatzmärkten erschwert oder versperrt und
 - deshalb seine Preise später „mit Wahrscheinlichkeit“ zum Nachteil der Verbraucher erhöhen kann.
- Entscheidend für die Wettbewerbsoffenheit eines Marktes ist, ob ein hypothetisches Unternehmen, das die fraglichen Waren oder Dienstleistungen ebenso effizient herstellt wie das marktbeherrschende Unternehmen („as efficient competitor“), in dem Markt bestehen könnte.
- Eine Variante der Marktverschließung besteht darin, dass ein Unternehmen seine Produkte unter Kosten anbietet, um Wettbewerber fernzuhalten („preisbezogener Behinderungsmissbrauch“).
 - Um zu prüfen, ob ein Unternehmen nicht kostendeckende Preise setzt, verwendet die Kommission Informationen über die Kosten dieses Unternehmens oder, soweit diese nicht verfügbar sind, Kostendaten von Wettbewerbern oder „andere vergleichbare und zuverlässige Daten“.
 - Liegen die Preise unter den Kosten, die das Unternehmen eingespart hätte, wenn es eine bestimmte zusätzliche Menge nicht produziert hätte („average avoidable costs“, AAC), deutet dies auf einen wettbewerbswidrigen Ausschluss beliebiger Wettbewerber hin.
 - Liegen die Preise unter dem Durchschnitt aller fixen und variablen Grenzkosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen („long-run average incremental costs“, LRAIC), deutet dies auf einen möglichen Ausschluss „genauso effizienter“ Wettbewerber hin.

► Häufige Fallgruppen von Behinderungsmissbrauch

Ausschließlichkeitsbindungen (Alleinbezugsbindungen und bedingte Rabatte)

- Durch Alleinbezugsbindungen verpflichten marktbeherrschende Unternehmen ihre Abnehmer, ihren Bedarf ausschließlich oder in erheblichem Umfang bei ihnen zu decken.
- Marktverschließend können Alleinbezugsbindungen insbesondere dann wirken, wenn sie zu einem Zeitpunkt vereinbart werden, an dem Wettbewerber das Produkt- oder Leistungsangebot des marktbeherrschenden Unternehmens noch nicht oder erst teilweise abdecken.
- Bedingte Rabatte werden Abnehmern gewährt, um sie für ihr Abnahmeverhalten zu belohnen.
- Eine marktverschließende Wirkung von Rabatten hält die Kommission für umso wahrscheinlicher,
 - je höher der prozentuale Nachlass auf den Gesamtpreis ist und
 - je höher die Umsatzschwelle ist, die erreicht werden muss, um von dem Rabatt zu profitieren.
- „Maximale Sogwirkung“ hat für die Kommission ein Rabatt, der für jeden Abnehmer in Abhängigkeit von dessen Gesamtnachfrage individuell festgelegt wird.
- Dagegen sind Rabatte einwandfrei, wenn der Preis, den ein Abnehmer für eine bestimmte Produktmenge bei einem Wettbewerber hätte zahlen müssen („effektiver Wettbewerbspreis“), konstant über den LRAIC des marktbeherrschenden Unternehmens für die Herstellung derselben Menge liegt.

Koppelung und Bündelung

- Eine Koppelung von Produkten besteht darin, dass ein Unternehmen einen Abnehmer verpflichtet, bei Bezug eines Produkts zugleich ein anderes Produkt von ihm zu beziehen.
- Von der Bündelung von Produkten wird gesprochen, wenn ein Unternehmen den Preis eines Bündels von Produkten niedriger ansetzt als die Summe der Preise der einzelnen Produkte.
- Die Kommission hält eine wettbewerbswidrige Koppelung oder Bündelung für möglich, wenn
 - die betroffenen Produkte unabhängig voneinander hergestellt werden können,
 - von Verbrauchern typischerweise einzeln gekauft und auch von anderen Unternehmen typischerweise nicht gekoppelt oder gebündelt werden und
 - der Marktbeherrscher dauerhaft eine Koppelungs- oder Bündelungsstrategie verfolgt.
- Rabatte auf Produktbündel können wettbewerbswidrig sein, wenn „genauso effiziente Wettbewerber“, die nur eines der gebündelten Produkte anbieten, damit nicht konkurrieren können.
- Liegt der hypothetische Einzelpreis eines Produktes, das in ein Bündel aufgenommen wurde, konstant über den LRAIC, ist die Bündelung unproblematisch. Denn dann müssten „genauso effiziente Wettbewerber“ in der Lage sein, ähnliche Produktbündel kostendeckend nachzubilden.

Kampfpreise

- Eine wettbewerbswidrige Behinderung durch Kampfpreise liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen bewusst kurzfristige Verluste oder Gewineinbußen in Kauf nimmt, um Wettbewerber von einem Markt auszuschließen und seine Marktmacht auszubauen.
- Als Vergleichsmaßstab gilt die Ertragslage, die bei einem „vernünftigen“ anderen Verhalten zu erwarten gewesen wäre. Das tatsächliche Verhalten soll aber nicht mit „hypothetischen oder theoretischen Konstellationen“ verglichen werden, die „vielleicht gewinnbringender gewesen wären.“
- Die Kommission hält Kampfpreise für schädlich, wenn zu erwarten ist,
 - dass die Preise anschließend über das frühere Niveau hinaus steigen oder
 - dass ein an sich zu erwartender Preisrückgang anschließend ausbleibt oder verzögert wird.

Lieferverweigerung und Preis-Kosten-Schere

- Lieferverweigerungen sind problematisch, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen dadurch
 - einen Abnehmer, dessen Produkte auf einem nachgelagerten Markt mit eigenen konkurrieren, benachteiligen will oder
 - einen Abnehmer für ein bestimmtes Verhalten bestrafen will.
- Einer Lieferverweigerung gleich steht eine Preisgestaltung für Vorleistungsprodukte, die es Abnehmern wirtschaftlich unmöglich macht, auf nachgelagerten Märkten mit dem marktbeherrschenden Unternehmen zu konkurrieren („Preis-Kosten-Schere“).
- Weil die Auferlegung von Lieferpflichten einen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellt und bereits die Möglichkeit solcher Eingriffe Anreize zu Investitionen und Innovationen verringert, müssen derartige Eingriffe nach Ansicht der Kommission aber „sorgfältig erwogen werden“.
- Die vorenthaltenen Lieferungen müssen daher „objektiv notwendig“ sein, damit auf einem nachgelagerten Markt wirksamer Wettbewerb stattfinden kann.

► Verteidigungsmöglichkeiten für marktbeherrschende Unternehmen

- Ein Unternehmen kann vortragen, dass ein Verhalten mit marktschließender Wirkung „unverzichtbar“ oder aus Effizienzgründen geboten ist, ohne dass den Verbrauchern „unter dem Strich“ ein Schaden entsteht. Hierfür trägt es die Beweislast. Als mögliche Beispiele diskutiert die Kommission:
 - Rabattsysteme, die am Erreichen bestimmter Umsatzziele ansetzen und nicht auf einzelne Abnehmer zugeschnitten sind, die hergestellten und weiterverkauften Mengen eines Produkts erhöhen;
 - Produktbündel den Abnehmern Kosten ersparen, weil diese die Komponenten sonst einzeln erwerben müssten, oder wesentliche Einsparungen bei Verpackungs- und Vertriebskosten bewirken;
 - Lieferverweigerungen, die notwendig sind, um Innovationen und bestimmte Investitionen des marktbeherrschenden Unternehmens zu ermöglichen.

Änderung zum Status quo

Eine Mitteilung der EU-Kommission, in der diese ihre Grundsätze zum Umgang mit verschiedenen Formen von Behinderungsmissbrauch darlegt, gab es bisher noch nicht.

Subsidiarität und dargelegter Bedarf für EU-Handeln

Auf Fragen der Subsidiarität geht die Mitteilung nicht ein.

Politischer Kontext

Zur Vorbereitung der Mitteilung hat die Kommission bereits im Dezember 2005 ein umfangreiches Diskussionspapier vorgelegt, das zu über hundert Stellungnahmen interessierter Unternehmen und Verbände führte (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/contributions.html>).

Seit Ende der 1990er Jahre arbeitet die Kommission daran, dem EU-Wettbewerbsrecht einen „more economic approach“ zu unterlegen. Leitlinien, die von diesem Grundansatz getragen sind, hat die Kommission bereits für die Beurteilung von Kartellen und Fusionen entwickelt. Mit der vorliegenden Mitteilung dehnt die Kommission diesen Ansatz auf den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen aus. Der hier verfolgte Ansatz, nur solche Fälle zu verfolgen, in denen ein bestimmtes Verhalten tatsächlich marktverschließende Wirkungen hat, bestimmte bereits das Vorgehen der Kommission in den Fällen Deutsche Telekom (Entscheidung vom 21.5.2003 – COMP/C-1/37.451, 37.578, und 37.579), Microsoft (Entscheidung vom 24.März 2004 – COMP/C-3/37.792) und Telefónica (Entscheidung vom 2. Juli 2007 – COMP/38.784).

Politische Einflussmöglichkeiten

Federführende Generaldirektion: GD Wettbewerb

BEWERTUNG

Ökonomische Folgenabschätzung

Ordnungspolitische Beurteilung

Von der Konzentration privater Macht in marktbeherrschenden Unternehmen gehen erhebliche Gefährdungen des Wettbewerbs aus. **Eine strenge Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen ist daher unabdingbar. Aber diese Unternehmen haben auch ein legitimes Interesse an einem vorhersehbaren Verhalten der Wettbewerbsbehörden.**

Eingeschränkter Wettbewerb schadet in der Regel auch den Verbrauchern. Das vermeintliche „Wohl der Verbraucher“ kann aber nicht den Kern wettbewerbsrechtlicher Analysen ausmachen, weil es sich nicht messen lässt. **Inwieweit die Kommission mit der Mitteilung von früheren Überlegungen abrückt, einen möglichen Missbrauch von Marktmacht anhand der Auswirkungen eines Verhaltens auf das „Verbraucherwohl“ zu beurteilen, ist nicht klar erkennbar.**

Zwar fordert die Kommission nicht mehr ausdrücklich den Einsatz komplexer ökonomischer Modelle, die mit ihrem Konzept eines „more economic approach“ im Wettbewerbsrecht bisher stets verbunden waren, sie distanziert sich aber auch nicht davon. Der Einsatz solcher Modelle, in die eine Vielzahl von Annahmen einfließt, beeinträchtigt die Rechtssicherheit.

Von einem Behinderungsmissbrauch nur dann zu sprechen, wenn ein Verhalten im Einzelfall tatsächlich marktverschließende Wirkungen hat, ist grundsätzlich sachgerecht. Denn wenn bestimmte Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens „per se“ als verboten gelten, sind immer auch Fälle mit erfasst, in denen es gar nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs kommen würde.

Folgen für Effizienz und individuelle Wahlmöglichkeiten

Die von der Kommission dargelegten Kriterien für die Beurteilung der wichtigsten Fallgruppen von Behinderungsmissbrauch liefern brauchbare Anhaltspunkte für wettbewerbswidriges Verhalten, machen ökonomisch fundierte Entscheidungen aber nicht einfacher.

Einige Kriterien sind ungenau: So lassen die von der Kommission entwickelten „Je-desto“-Regeln zur Beurteilung von Rabatten nicht erkennen, wann ein unbedenkliches Verhalten in Behinderungsmissbrauch umkippt. Ebenso unscharf ist die Vorgabe, dass Lieferverweigerungen und Preis-Kosten-Scheren rechtswidrig sind, wenn der Bezug der fraglichen Vorleistungen für wirksamen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt „objektiv notwendig“ ist.

Mehr Präzision versprechen die von der Kommission vorgeschlagenen Prüfredeln, die das Vorliegen von Kampfpreisen, unzulässig hohen Rabatten und zu billigen Produktbündeln anhand genau definierter Kostenmaßstäbe messen. Die Qualität der Entscheidungen, die sich auf derartige Prüfredeln stützen, hängt allerdings davon ab, ob die jeweiligen Kosten glaubwürdig ermittelt werden können. Kennt die Kommission die tatsächlichen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht oder hält sie ihr vorgelegte Kostendaten nicht für glaubwürdig, so fehlt ihr im Grunde jeder Anhaltspunkt, um den Vergleichsmaßstab des „genauso effizienten Wettbewerbers“ plausibel auszufüllen. Von Wettbewerbern bereitgestellte Vergleichsdaten sind fragwürdig, weil die Wettbewerber eigene Interessen verfolgen.

Das Bemühen um Einzelfallgerechtigkeit, das diesen Prüfredeln unterliegt, könnte die Kommission mehr denn je zur Beschlagnahme sensibler Geschäftsdaten in den Unternehmenszentralen veranlassen. Ein

erhöhter Ermittlungs- und Verfahrensaufwand, der auch **verringerte Rechtssicherheit** mit sich bringen kann, **ist der unvermeidbare Preis für die Entscheidung, ein bestimmtes Verhalten marktmächtiger Unternehmen nicht länger per se zu bekämpfen.**

Folgen für Wachstum und Beschäftigung

Nicht abschätzbar.

Folgen für die Standortqualität Europas

Nach der Mitteilung bleiben einige Unterschiede in der wettbewerbsrechtlichen Praxis der EU und der USA bestehen, z.B. bei der Beurteilung von Kampfpreisstrategien („predatory pricing“). Weil die jeweiligen Wettbewerbsregeln stets für alle Unternehmen gelten, die auf demselben Markt tätig sind, ergeben sich aus derartigen Unterschieden aber keine Auswirkungen auf die Standortqualität der EU.

Juristische Bewertung

Kompetenz

Da Art. 82 EGV die Verfolgung des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen in die Hände der Kommission legt, steht es dieser auch zu, Auslegungsgrundsätze zu formulieren.

Subsidiarität

Da die vorgelegten Auslegungsgrundsätze die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht binden, ist ein Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz nicht ersichtlich.

Verhältnismäßigkeit

Unproblematisch.

Vereinbarkeit mit EU-Recht

Streng genommen, betrifft die Mitteilung ausschließlich die Frage, wie die Kommission ihr Ermessen bei der Verfolgung von Missbrauchsfällen ausübt. Sie hat aber über weite Strecken den Charakter wettbewerbspolitischer Leitlinien, die in die Auslegung des Art. 82 EGV durch den EuG und den EuGH einfließen könnten.

Die Mitteilung weist einige Abweichungen von der Rechtsprechung des EuGH auf. Alleinbezugsbindungen seitens marktbeherrschender Unternehmen betrachtet der EuGH bisher grundsätzlich als rechtswidrig (Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche), während die Kommission sie differenzierter betrachten will. Für das Vorliegen von Kampfpreisen zieht die Kommission Kostenmaßstäbe heran, die von denen des EuGH (Rs. 62/86, AKZO Chemie) geringfügig abweichen. Dies kann zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, wenn mehrere statt eines einzigen Produkts des marktbeherrschenden Unternehmens in die Betrachtung eingehen. Rabatte prüft der EuGH bisher eher im Sinne eines Per-se-Verbots als anhand der von ihnen ausgehenden marktverschließenden Wirkungen (Rs. C-5/94, British Airways).

Die vorgeschlagene Möglichkeit für marktbeherrschende Unternehmen, Effizienzgründe für ihr Verhalten anzuführen, ist differenziert zu betrachten: Art. 82 EGV lässt es nicht zu, ein festgestelltes missbräuchliches Verhalten durch etwaige davon ausgehende Effizienzsteigerungen zu rechtfertigen. **Mit EU-Recht vereinbar ist aber die Berücksichtigung von Effizienzerwägungen bei der Prüfung, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt.** Die von der Kommission benannten Beispiele zeigen allerdings, dass generalisierende Aussagen hier kaum möglich sind und nur die Fallpraxis eine allmähliche Konkretisierung bringen kann.

Vereinbarkeit mit deutschem Recht

Durch die Mitteilung der Kommission ist das Bundeskartellamt nicht an der Festlegung strengerer Kriterien für die Verfolgung von Behinderungsmissbrauch gehindert (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung 1/2003). Dass die Kommission dem Bundeskartellamt bei Missachtung der in der Mitteilung dargelegten Kriterien in Einzelfällen die Zuständigkeit entziehen könnte – was grundsätzlich möglich ist (Art. 11 Abs. 6 der Verordnung 1/2003) – erscheint unwahrscheinlich. Denn die Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts hängt von der Bereitschaft der nationalen Wettbewerbsbehörden ab, mit der Kommission zusammenzuarbeiten.

Alternatives Vorgehen

Nicht ersichtlich.

Mögliche zukünftige Folgemaßnahmen der EU

Nicht ersichtlich.

Zusammenfassung der Bewertung

Es ist sinnvoll, ein Verhalten nur dann als missbräuchlich anzusehen, wenn es marktverschließende Wirkungen hat. Dabei kommt es auf praxistaugliche Prüfregeln und eine wertende Betrachtung des Einzelfalls an. Als unvermeidbare Folge einer verstärkten Einzelfallbetrachtung ist mit steigendem Verfahrensaufwand und möglicherweise sinkender Rechtssicherheit zu rechnen. Umso wichtiger wäre es, dass die Kommission dem Einsatz komplexer ökonomischer Modelle, die sie ursprünglich zur Messung des „Verbraucherwohls“ einführen wollte, eine klare Absage erteilte. Welchen Stellenwert das „Verbraucherwohl“ bei der Ermittlung missbräuchlichen Verhaltens haben soll, bleibt in der Mitteilung aber letztlich unklar.