

Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

---

Band 75

# Preisbezogene Behinderungsmissbräuche nach Art. 102 AEUV

Zur Konsistenz der europäischen Rechtsprechung

Von

Katalin Lehnhardt-Busche



Duncker & Humblot · Berlin

KATALIN LEHNHARDT-BUSCHE

Preisbezogene Behinderungsmissbräuche  
nach Art. 102 AEUV

# Beiträge zum Europäischen Wirtschaftsrecht

Begründet von Professor Dr. Wolfgang Blomeyer † und  
Professor Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Band 75

# Preisbezogene Behinderungsmissbräuche nach Art. 102 AEUV

Zur Konsistenz der europäischen Rechtsprechung

Von

Katalin Lehnhardt-Busche



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München  
hat diese Arbeit im Jahre 2017 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  
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohestadt  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0947-2452  
ISBN 978-3-428-15817-1 (Print)  
ISBN 978-3-428-55817-9 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85817-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München im Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen.

Mein erster Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Thomas Ackermann für die Anregung zu dem Thema dieser Doktorarbeit und die fortwährende Unterstützung während der Bearbeitung. Herrn Prof. Dr. Rudolf Streinz danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht möchte ich für die Möglichkeit, dort forschen zu dürfen, danken. Ich habe dort die Gelegenheit zu vielen Gesprächen gehabt, die meine Arbeit fachlich bereichert haben.

Von ganzem Herzen danke ich meinem Mann Joachim, der mir gerade in den letzten Zügen dieses Projekts bedingungslos zur Seite gestanden hat und diese intensive Phase so viel leichter gemacht hat.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, die mich während der Zeit meines Studiums und meiner Promotion in jeder erdenklichen Weise unterstützt haben. Ihres Rückhalts konnte ich mir immer sicher sein und dieser hat mir meinen Weg ermöglicht.

Hamburg, im Juli 2019

*Katalin Lehnhardt-Busche*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	17
I. Das Problem .....	17
II. Stand der Forschung und Ziel der Untersuchung .....	19
III. Gang und Methodik der Untersuchung .....	21
<b>B. Terminologische Abgrenzungen</b> .....	23
I. Zu den Begriffen formbasiert und effektbasiert .....	23
II. Per se Regeln und Rule of Reason .....	24
<b>C. Rechtliche Grundlagen, Systematik und Entwicklung der europäischen Missbrauchsaufsicht</b> .....	25
I. Das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV im Regelungssystem des europäischen Wettbewerbsrechts .....	25
1. Der Missbrauchsbegriff – Voraussetzungen einer missbräuchlichen Ausnutzung .....	27
a) Überblick: Ansätze einer begrifflichen Eingrenzung und Auslegung kartellrechtlicher Verbotsnormen .....	27
b) Konzeptionelle Grundlagen des Missbrauchsverbots und Formen des Missbrauchs .....	28
2. Behinderungsmisbräuche im System der europäischen Missbrauchskontrolle .....	30
II. Ökonomisierung des europäischen Wettbewerbsrechts: Der <i>more economic approach</i> und seine Implikationen für die Anwendung des Missbrauchsverbots nach Art. 102 AEUV .....	31
1. Der <i>more economic approach</i> als Leitbild der Reformen: Gründe für die Ökonomisierung des europäischen Wettbewerbsrechts .....	32
a) Allgemeine Merkmale: Versuch einer Begriffsdefinition .....	34
b) Der <i>more economic approach</i> in der Rechtspraxis: Konkrete Umsetzung des neuen Leitbildes durch Reformen des europäischen Wettbewerbsrechts .....	35
2. Der <i>more economic approach</i> in der unionsrechtlichen Missbrauchsaufsicht: Die Modernisierung des Art. 102 AEUV .....	36
a) Report der European Advisory Group (EAGCP) .....	37
aa) Inhalt .....	37
bb) Zusammenfassung und kritische Würdigung .....	38
b) Das Diskussionspapier der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2005 .....	39
aa) Auswirkungsbasierter Ansatz .....	39
bb) Effizienzeinwand .....	39



cc) Schutzzielverschiebung	40
c) Die Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission von 2009	40
aa) Inhalt	41
(1) Die Rolle des AEC-Tests: Der Test als Prüfungsmaßstab für alle Formen des preisbezogenen Behinderungsmisbrauchs	42
(a) Ausgangspunkt und konzeptionelle Grundlagen	42
(b) Funktionsweise	43
(c) Exkurs: Erläuterung der Kostenbegriffe	44
(d) Vorläufige Bewertung: Praktikabilität, Limitationen und Herausforderungen	44
(2) Weitere Aspekte der Prioritätenmitteilung	46
(a) Schutzzielverschiebung?	46
(b) Rechtfertigungsmöglichkeiten: Effizienzeinrede und objektive Notwendigkeit	47
bb) Rechtliche Einordnung	48
cc) Bewertung und kritische Würdigung: Die Prioritätenmitteilung als Wendepunkt in der Beurteilung von Behinderungsmisbräuchen?	49
3. Zwischenfazit: Grenzen und Möglichkeiten des <i>more economic approach</i> als Leitbild für eine Ökonomisierung des europäischen Wettbewerbsrechts	51

<b>D. Die Beurteilung von preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen in der Rechtsprechung: Analyse der Entscheidungspraxis</b>	54
I. Kampfpreise	54
1. Einführung	54
2. Bisherige Beurteilungspraxis im europäischen Recht	55
a) AKZO	55
aa) Sachverhalt	55
bb) Entscheidung der Kommission	56
cc) Entscheidung des EuGH	56
dd) Rechtliche Einordnung und Relevanz	57
b) Tetra Pak II	58
aa) Sachverhalt	58
bb) Entscheidung der Kommission	58
cc) Entscheidung der europäischen Gerichte	59
dd) Rechtliche Bewertung	60
c) Compagnie maritime belge	61
aa) Sachverhalt und Hintergrund	61
bb) Entscheidung der Unionsgerichte und rechtliche Einordnung	61
d) France Télécom (Wanadoo)	63
aa) Sachverhalt	63
bb) Entscheidung der Kommission	63

cc) Entscheidung der europäischen Gerichte .....	64
dd) Rechtliche Einordnung .....	65
3. Neue Entwicklungen: Ansätze zur Bewertung von Kampfpreisen in der Prioritätenmitteilung der Kommission .....	66
a) Wettbewerbswidrige Marktverschließung .....	66
b) Sacrifice-Test .....	67
c) Zwischenfazit und Bewertung .....	67
4. Post Danmark I: Umsetzung der neuen Maßstäbe in die Rechtsprechung? ..	68
a) Sachverhalt und Ausgangsverfahren .....	69
b) Entscheidung des EuGH .....	69
c) Relevanz und rechtliche Einordnung .....	70
5. Zusammenfassung und kritische Würdigung: Die Beurteilung von Kampf- preisen in einem ökonomisierten Kartellrecht .....	72
II. Kosten-Preis-Schere .....	75
1. Die Bedeutung der Kosten-Preis-Schere als selbstständige Missbrauchsform: Entwicklung der bisherigen Entscheidungspraxis .....	76
a) Deutsche Telekom .....	76
aa) Marktumfeld und Sachverhalt .....	76
bb) Verbotsentscheidung der Kommission .....	77
cc) Weiterer Verfahrensgang vor den Unionsgerichten .....	78
dd) Rechtliche Einordnung und Relevanz .....	79
b) Wanadoo España/Telefónica .....	80
aa) Sachverhalt .....	80
bb) Entscheidung der Kommission .....	80
cc) Entscheidung der Europäischen Gerichte .....	82
dd) Rechtliche Einordnung .....	82
c) RWE .....	82
d) TeliaSonera .....	83
aa) Hintergrund und Sachverhalt .....	83
bb) Entscheidung des EuGH und rechtliche Einordnung .....	84
2. Zwischenergebnis: Kriterien der Missbräuchlichkeit von Kosten-Preis-Sche- ren und Prüfungsmaßstab der europäischen Gerichte .....	86
a) Allgemein: Die Kosten-Preis-Schere im System der Missbrauchsaufsicht	86
aa) Kosten-Preis-Schere als eigenständige Missbrauchsform .....	86
bb) Stellung des integrierten Unternehmens auf beiden Marktstufen .....	87
b) Prüfungsmaßstab .....	88
aa) Auswirkungsnachweis bei Kosten-Preis-Scheren .....	88
bb) Relevanter Beurteilungsmaßstab: Anwendung des AEC-Tests .....	89
cc) Unentbehrlichkeit des Vorprodukts .....	90
c) Neuerungen in der Prioritätenmitteilung .....	90

d) Zusammenfassung und eigene Bewertung: Die Beurteilung von Kosten-Preis-Scheren im europäischen Wettbewerbsrecht	91
III. Rabattsysteme	91
1. Ausgangslage und praktische Relevanz	91
2. Definitionen: Rabattarten	92
a) Bedingte Rabattsysteme	92
aa) Treuerabatte	92
bb) Zielrabatte	92
cc) Funktionsrabatte	93
b) Unbedingte Rabatte	93
3. Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte: Tradierte Maßstäbe zur Beurteilung von Rabattsystemen	93
a) Suiker Unie	94
aa) Sachverhalt	94
bb) Urteil des EuGH	94
cc) Rechtliche Bewertung	95
b) Hoffmann-La Roche	95
aa) Sachverhalt	95
bb) Entscheidung der Kommission	96
cc) Entscheidung des EuGH	96
dd) Rechtliche Bewertung	97
c) Michelin I	98
aa) Sachverhalt	98
bb) Entscheidung der Kommission	99
cc) Urteil des EuGH	99
dd) Rechtliche Einordnung und Relevanz	100
d) Irish Sugar	101
aa) Sachverhalt	101
bb) Entscheidung der Kommission	102
cc) Urteil des EuG und rechtliche Einordnung	102
e) Michelin II	103
aa) Sachverhalt	103
bb) Entscheidung der Kommission	103
cc) Entscheidung des Europäischen Gerichts	104
dd) Rechtliche Bewertung und Einordnung	105
f) British Airways	107
aa) Sachverhalt	107
bb) Entscheidung der Kommission	108
cc) Entscheidung des europäischen Gerichte	108
dd) Rechtliche Einordnung und Bewertung	109

g) Tomra	113
aa) Sachverhalt und Verfahrensgang	113
bb) Entscheidung der Kommission	113
cc) Weiterer Gang des Verfahrens und Entscheidungen der europäischen Gerichte	114
dd) Rechtliche Einordnung	115
4. Zwischenergebnis: Auswertung und Analyse erster Erkenntnisse zur Beurteilung von Rabattsystemen in der Rechtspraxis der europäischen Gerichte	117
a) Prüfungsvorgaben für die Missbräuchlichkeit eines Rabattsystems	117
aa) Allgemeiner Prüfungsmaßstab	117
(1) Verdrängungswirkung	117
(2) Wettbewerbswidrige Auswirkungen	118
(3) Relevanz des AEC-Tests	118
bb) Beurteilung der Rabatte in Abhängigkeit von ihrer Form	118
(1) Treuerabatte	118
(2) Mengenrabatte	119
(3) Zielrabatte	119
cc) Zusammenfassung und erste Bewertung	121
b) Kritik an der europäischen Rechtspraxis	122
c) Neuer Ansatz der Kommission zur Bewertung von Rabattsystemen	122
aa) Neuer Prüfungsrahmen: Vertiefte Wirkungsanalyse und Effizienzeinrede	122
(1) Aufwertung des As efficient competitor-Tests	123
(2) Effizienzeinrede	123
bb) Zwischenergebnis: Zusammenfassung und eigene Bewertung	124
5. Neue Tendenzen der Rechtsprechung nach der Prioritätenmitteilung? – Post Danmark II und Intel	124
a) Der Fall „Post Danmark II“	125
aa) Sachverhalt und Verfahrensgang	125
bb) Vorlagefragen	126
cc) Entscheidung des EuGH	126
(1) Allgemeiner Maßstab: Kriterien für die Beurteilung von Rabattsystemen marktbeherrschender Unternehmen	126
(2) Relevanz des AEC-Tests	128
(3) Wahrscheinlichkeit und de-minimis-Schwelle	128
dd) Rechtliche Einordnung und Bewertung	129
b) Der „Intel“-Fall: Klarstellung oder Umbruch?	130
aa) Überblick und Relevanz	130
bb) Sachverhalt	131
cc) Entscheidung der Kommission	131
dd) Entscheidung des Europäischen Gerichts	132

ee) Schlussanträge des Generalanwalt Wahl .....	137
(1) Inhalt der Schlussanträge .....	137
(2) Kritische Würdigung und Ausblick .....	139
ff) Entscheidung des EuGH .....	142
6. Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht über Rabattsysteme nach Intel: Evolution oder Revolution? .....	145
a) Allgemeiner Prüfungsmaßstab: Erfordernis eines Auswirkungsnachweises? .....	146
aa) Darlegungs- und Beweislastverteilung .....	147
bb) Relevanz des AEC-Tests .....	148
b) Künftige Relevanz der per se Kategorie .....	150
c) Die Form des Rabatts .....	151
d) Konsequenzen für die Bußgeldpraxis .....	152
e) Gültigkeit einer de-minimis-Schwelle .....	153
f) Eigene Bewertung und Ausblick .....	153

<b>E. Vergleichende und zusammenfassende Betrachtung: Gesamtanalyse und Bewertung der Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV .....</b>	<b>155</b>
I. Allgemeine Beurteilungskriterien missbräuchlicher Behinderung in der Rechtsanwendungspraxis der europäischen Gerichte .....	155
1. Leistungswettbewerb als Oberkriterium .....	155
2. Besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens .....	158
3. Subjektive Elemente: Verdrängungsabsicht .....	161
4. Zusammenfassung und kritische Würdigung .....	162
II. Prüfungsmaßstäbe zur Beurteilung konkreter Fallgruppen der missbräuchlichen Behinderung: Vorgaben aus dem Maßstab der rechtlichen Konsistenz .....	164
1. Rechtliche Konsistenz als Ausdruck eines effektiven Rechtsschutzes .....	164
2. Konsistenz der Maßstäbe der europäischen Gerichte .....	165
a) Rechtsnatur des Art. 102 AEUV: Das Missbrauchsverbot als Gefährdungsdelikt .....	165
b) Maßstab für die Missbräuchlichkeit: Die Erforderlichkeit von Auswirkungsnachweisen bei preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen .....	166
c) Notwendigkeit der Durchführung eines Preis-Kosten-Vergleiches bei preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen .....	170
d) Zwischenergebnis: Maßstäbe der Spruchpraxis zur Beurteilung preisbezogener Behinderungsmisbräuche .....	171
3. Gefahren unterschiedlicher Maßstäbe: Die Kategorisierung missbräuchlichen Verhaltens als Fehlerquelle in der Fallpraxis? .....	175

4. Erklärungsansätze für die Praxis der europäischen Gerichte: Unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe als Ausdruck von Kontinuität? .....	177
a) Historische Vorbedingungen: Die Rechtsprechung zu Art. 102 AUEV im Lichte der Entwicklung der einzelnen Fallgruppen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs .....	178
b) Die Anwendung des AEC-Tests auf Rabatte: Konsistenz durch einheitliche Maßstäbe? .....	180
aa) Rabattsysteme als Ausdruck einer Marktabschottung: Wesensmerkmale der Kundenbindung .....	182
bb) Praktikabilität des As efficient competitor-Tests für Rabatte .....	184
cc) Beurteilung von Rabattsystemen: Drei Kategorien als Ausdruck eines konsistenten Wertungsrahmens? .....	188
dd) Zwischenergebnis .....	191
c) Bezweckt und bewirkt: Die Zweiteilung als Ausdruck eines dogmatischen Ansatzes zur Beurteilung marktschädlichen Verhaltens .....	192
d) Zwischenergebnis .....	195
5. Abgleich mit der rechtstheoretischen Ökonomie: Implikationen einer optimalen Regelgestaltung .....	196
a) Vorüberlegungen: Rechtssicherheit, Einzelfallgerechtigkeit und Justizialität im Spannungsfeld der Missbrauchsaufsicht .....	196
b) Ziele einer ökonomischen Regeloptimierung .....	197
aa) Minimierung von Entscheidungsfehlern .....	198
bb) Regulierungskosten .....	199
c) Eigengesetzlichkeiten des Rechts .....	200
d) Konkrete Ansätze zur Regelgestaltung: Einzelfallorientierte rule of reason oder ökonomiebasierte Regeln .....	201
e) Eigene Bewertung .....	202
6. Alternativkriterien zur Beurteilung von Behinderungsmissbräuchen im Schrifttum der modernen Wettbewerbsökonomie: Alternativen zum AEC-Test .....	204
a) Auswirkungen auf die Verbraucher .....	205
b) Die Situation des Marktbeherrschers: Inkaufnahme von Verlusten als Ausdruck eines missbräuchlichen Verhaltens? .....	207
aa) Profit Sacrifice-Test .....	207
bb) No economic sense-Test .....	208
c) Zwischenergebnis .....	209
7. Konsistenz in der europäischen Rechtspraxis und Konsequenzen für die Rechtsanwendungspraxis: Thesen zur Missbrauchsaufsicht .....	210
a) Die Rechtsprechung ist „effektbasiert“ .....	210
b) Konsequenzen für die Rechtsanwendungspraxis: Rechtssicherheit durch regelorientierte Wettbewerbspolitik .....	215
8. Schlussbetrachtung: Konsistenz in der Rechtsprechung der Unionsgerichte zu preisbezogenen Behinderungsmissbräuchen .....	217

<b>F. Gesamtsystem der europäischen Wettbewerbsregeln: Implikationen des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV für die Anwendung des Art. 102 AEUV</b>	221
I. Einheitliche Maßstäbe der Rechtsanwendung: Konsistenz der europäischen Rechtsprechung im Gesamtgefüge des europäischen Kartellrechts	221
1. Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV im Regelungssystem des europäischen Wettbewerbsrechts	223
2. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV: Überblick über den Regelungsgegenstand	224
II. Das Spürbarkeitserfordernis: Grundsätze der Übertragbarkeit auf Art. 102 AEUV	225
1. Entwicklungslinien und Anwendungsgrundsätze der Spürbarkeit in der Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV	225
2. De-minimis-Schwelle für Art. 102 AEUV – Grundzüge einer Übertragung des Spürbarkeitserfordernisses	226
a) Vorbedingungen einer Übertragung	226
b) Quervergleich mit der Bündeltheorie: Das Urteil des EuGH in <i>Delimitis</i>	226
aa) Sachverhalt und Entscheidung des EuGH	227
bb) Rechtliche Einordnung und Implikationen für die Anwendung des Art. 102 AEUV	228
cc) Zwischenergebnis	229
c) Ablehnung des Erfordernisses in der Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV	230
d) Mögliche Erklärungsansätze für die Anwendung unterschiedlicher Maßstäbe	231
aa) Marktbeherrschende Stellung als Anknüpfungspunkt	231
bb) Treuerabattgestaltungen als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung	232
cc) Möglichkeiten der Wettbewerber: Relevanz auch geringer Marktab-schottung	233
dd) Effekte: Marktanteilsschwelle aus Ausdruck eines auswirkungsba-sierten Ansatzes?	234
ee) Zurechnungserwägungen	234
e) Zwischenergebnis und kritische Würdigung	235
3. <i>Cartes Bancaires</i> und <i>Intel</i> : Ausdruck eines Wertungsgleichklangs bei be-zweckten Wettbewerbsbeschränkungen?	238
a) Sachverhalt und Entscheidung des EuGH	238
b) Eigene Bewertung und Ausblick	239
III. Zusammenfassung und rechtliche Würdigung: Implikationen für eine kohärente Anwendung von Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV	241
<b>G. Schlussfolgerungen und Ausblick</b>	243
I. Vorbemerkung	243

II. Zusammenfassung in Thesen .....	244
1. Konsistenz der europäischen Rechtsprechung .....	244
a) Konsistenz der Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV .....	244
b) Kohärenz der Rechtsanwendung: Die Prioritätenmitteilung der Kommission und die Rechtsprechung der Unionsgerichte .....	244
c) Kohärenz im Hinblick auf die Gesamtsystematik: Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV .....	245
2. Ökonomisierung der Rechtsanwendung .....	246
a) Schutzzweck des europäischen Missbrauchsverbots: Konsumentenwohl- fahrt und Wettbewerbsfreiheit als Ausdruck eines Zielepluralismus .....	246
b) Gültigkeit und Relevanz des more economic approach .....	247
c) Effects-based approach oder form-based approach .....	248
d) Eignung und zukünftige Relevanz des AEC-Tests als Prüfungsmaßstab für preisbezogene Behinderungsmissbräuche .....	249
III. Ausblick .....	250
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>252</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>264</b>





# A. Einleitung

## I. Das Problem

Kaum ein anderes Thema hat die europäische Kartellrechtspraxis und die juristische Literatur in den vergangenen Jahren so bewegt wie der Missbrauch von Marktmacht und die sich daran anschließenden Themenkomplexe. Die Abgrenzung zwischen wettbewerbsfördernden und missbräuchlichen Verhaltensweisen ist eine der anspruchsvollsten Fragestellungen des europäischen Kartellrechts. Dies liegt vor allem an der Ambivalenz der gegenständlichen Missbrauchspraktiken. Wesentliche Elemente der Auslegung des Missbrauchsverbots sind daher fortwährend Gegenstand rechtspolitischer Erörterungen. Mit welchen Methoden ist der Nachweis eines Missbrauchs zu erbringen? Sollen dabei vorwiegend quantitative oder qualitative Kriterien zur Anwendung gelangen? Gerade beim preisbezogenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bestehen große Schwierigkeiten bei der Grenzziehung zwischen aggressivem, aber legalem Preiswettbewerb und kartellrechtswidriger Preissetzung. Daher ist die Rechtspraxis fortwährend vor die Herausforderung gestellt, Maßstäbe zu entwickeln, die diesem Spannungsverhältnis gerecht werden.

In den letzten Jahren war die hergebrachte Entscheidungspraxis der europäischen Gerichte zu dieser Fallgruppe vermehrt Gegenstand erheblicher Kritik. Es wird insbesondere das Fehlen eines einheitlichen konsistenten Bewertungsrahmens zur Abgrenzung von legitimen Verhaltensweisen und missbräuchlichen Praktiken beklagt.<sup>1</sup> Den Unionsgerichten wird in erster Linie eine mangelnde Bereitschaft zur Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse und Analysen vorgehalten. Vor diesem Hintergrund wird bemängelt, dass die europäischen Gerichte unter Anwendung formbasierter per se Verbote Aspekte der modernen Wohlfahrtsökonomie unberücksichtigt lassen und so im Ergebnis Wettbewerber anstelle des Wettbewerbs schützen.<sup>2</sup>

In diesem Spannungsfeld bewegt sich auch die Diskussion um die durch die Europäische Kommission initiierte Neuausrichtung der europäischen Missbrauchsaufsicht über Behinderungsmisbräuche. Diese strebt eine stärkere ökonomische Fundierung der Anwendung des Wettbewerbsrechts und den Einsatz quan-

---

<sup>1</sup> *Peeperkorn*, *Concurrences* N°3-2015, 40; *Ibañez Colomo*, *C.M.L. Rev.* 53 (2016), 709–739.

<sup>2</sup> *Rousseva*, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, 2010; *Niels/Jenkins*, *ECLR* 2005, 605 f.; vgl. zu diesem Vorwurf auch *Paul*, *Behinderungsmisbrauch nach Art. 82 EG und der „more economic approach“*, S. 141; *Whish/Bailey*, *Competition Law*, S. 204; *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, S. 4.

titativer Methoden zur Beurteilung preisbezogener Behinderungsmissbräuche an. Der neue Ansatz der Kommission begegnet aber auch kritischen Stimmen.<sup>3</sup> Der rechtswissenschaftlichen Literatur, aber auch einigen Urteilen der europäischen Gerichte, ist ein gewisses Misstrauen gegenüber ökonomisch geprägten Ansätzen zu entnehmen. Dabei tritt vor allem der Widerwille zutage, das Primat des Rechts aufzugeben. Vor diesem Hintergrund haben die Gerichte diesen verstärkt ökonomischen Ansatz bislang nur teilweise und mit einer gewissen Zurückhaltung adaptiert.

Anlass zu einer genaueren Untersuchung der Dogmatik zu Art. 102 AEUV geben insbesondere die neuere Entwicklung und die Anwendung des sog. *As efficient competitor*-Tests in der Spruchpraxis. Wenngleich die Prioritätenmitteilung bereits aus dem Jahr 2009 stammt, so hat sie jedoch erst durch die jüngeren Urteile des Europäischen Gerichtshofs in *Post Danmark I*<sup>4</sup> aus dem Jahr 2015 und *Intel*<sup>5</sup> aus dem Jahr 2017 eine gerichtliche Überprüfung erfahren. Insbesondere das nun bereits seit fast 10 Jahren andauernde Verfahren in *Intel*<sup>6</sup> ist zu einem Präzedenzfall für rechtspolitische Diskussionen im europäischen Wettbewerbsrecht geworden. Diese Entscheidungen der Unionsgerichte geben daher Gelegenheit, die Umsetzung des *more economic approach* und damit zusammenhängende Muster in der Rechtsprechung zu untersuchen, um daraus einen Erkenntnisgewinn für die konsistente Anwendung des Missbrauchsverbots durch die europäischen Gerichte zu erlangen.

Die Notwendigkeit einer eingehenden Analyse der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu Behinderungsmissbräuchen ergibt sich dabei auch aufgrund der sehr unterschiedlichen Interpretation der Entscheidungen der Kommission und der Urteile der europäischen Gerichte. Auch die daraus resultierende umfassende Debatte um die Anwendung des Art. 102 AEUV hat nichts an Aktualität eingebüßt. Hierbei soll aufgezeigt werden, ob sich der von der Kommission propagierte, verstärkt ökonomische Ansatz bei der Anwendung des Missbrauchsverbots durchgesetzt hat und in welcher Weise dieser Ansatz Einfluss auf die Konsistenz der angewandten Maßstäbe bei der Untersuchung einer Verhaltensweise nach Art. 102 AEUV ausübt. Neben der formalen Umsetzung des Ansatzes der Kommission wird auch dessen inhaltliche Dimension umfassend dargestellt und mit dem bisher durch die Rechtsprechung praktizierten Ansatz verglichen. An diesen Erkenntnissen soll

---

<sup>3</sup> Basedow, WuW 2007, 712; Behrens, in: Festschrift Schäfer, S. 457 ff.; Böge, WuW 2004, 726; Immenga, WuW 2006, 463; Lovdahl Gormsen, ECLR 2010, 45; Schmidt, WuW 2005, 877; Wils, World Competition 37 (2014), 405.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 6. 10. 2015, Rs. C-23/14, EU:C:2015:651 – *Post Danmark I*.

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 6. 9. 2017, Rs. C-413/14 P, EU:C:2017:632 – *Intel*.

<sup>6</sup> Diese Zeitangabe bezieht sich auf das Rechtsmittelverfahren nach der Entscheidung der Kommission aus dem Jahr 2009. Das Verfahren gegen *Intel* wurde durch eine Beschwerde des Wettbewerbers AMD im Jahr 2000 in Gang gesetzt, woraufhin die Kommission im Jahr 2004 erste Ermittlungen einleitete, vgl. Kommission, Entscheidung vom 13. 5. 2009, COMP/C-3/37.990, Rn. 5 ff. – *Intel*.

die bestehende, vorwiegend ökonomisch motivierte Kritik an der Rechtsprechungspraxis gemessen werden.

Nicht nur das Bestehen konsistenter Maßstäbe für die Beurteilung preisbezogener Behinderungsmisbräuche nach Art. 102 AEUV wurde in Zweifel gezogen, sondern auch die Implikationen, die der bisherige Rahmen für die Beurteilung ähnlicher Verhaltensweisen unter Art. 101 AEUV hat.<sup>7</sup> In einem System wettbewerbsrechtlicher Normen, das von einer Säulenstruktur geprägt ist, dürfen keine Wertungswidersprüche zwischen den beiden zentralen Vorschriften des europäischen Kartellrechts bestehen. Während die Rechtsprechung bei der Anwendung des Art. 101 AEUV bestimmten Verhaltensweisen positive Wirkungen zuschreibt, wird davon ausgegangen, dass dies unter Art. 102 AEUV nur in bestimmten Ausnahmefällen der Fall ist. Vor diesem Hintergrund gilt es zu untersuchen, ob dieser unterschiedliche Ansatz hinreichend erklärbar ist.

## II. Stand der Forschung und Ziel der Untersuchung

Es gibt einige Forschungsprojekte<sup>8</sup> sowie monographische Abhandlungen<sup>9</sup>, die sich mit preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen befassen. In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung fehlt es bislang jedoch an einer eingehenden Analyse der Rechtsprechung zu allen Formen des preisbezogenen Behinderungsmisbrauchs nach Art. 102 AEUV im Hinblick auf die Konsistenz der angewandten Beurteilungsmaßstäbe. Monographische Abhandlungen konzentrieren sich zumeist auf einzelne Formen des Behinderungsmisbrauchs<sup>10</sup>, haben Aspekte der Umsetzung des *more economic approach*<sup>11</sup> oder den *As efficient competitor*-Test<sup>12</sup> zum Ge-

<sup>7</sup> *Peeperkorn*, *Concurrences* N°3-2015, S. 40–50; *Ibañez Colomo*, *C.M.L. Rev.* 53 (2016), 709.

<sup>8</sup> So das Forschungsprojekt „Preisbezogene Behinderungsmisbräuche“ von Prof. Bien an der Universität Würzburg.

<sup>9</sup> *Wurmnest*, *Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch*, 2012.

<sup>10</sup> So z.B. für Rabatte *Bodenstein*, *Kartellrechtliche Bewertung von Rabatten marktbeherrschender Unternehmen*, 2013 und *Richter*, *Mengen- und umsatzbezogene Rabatte marktbeherrschender Unternehmen in den Grenzen des Art. 102 AEUV*, 2013; *Asbach*, *Treuerabatte und Rabatte mit Treuwirkung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV – Unter Berücksichtigung der Durchsetzungsprioritäten der Kommission bei der Beurteilung von Behinderungsmisbräuchen und der Entwicklung im amerikanischen Antitrust Law*, 2011; für Kampfpreise *Pries*, *Kampfpreismisbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, 2009, und für Kosten-Preis-Scheren *Berg*, *Misbrauch von Marktmacht durch Kosten-Preis-Scheren im europäischen und US-amerikanischen Kartellrecht*, 2015; *Henk-Merten*, *Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht*, 2004; *Petzold*, *Die Kosten-Preise-Schere im EU-Kartellrecht*, 2012.

<sup>11</sup> *Wolters*, *Die rechtsstaatlichen Grenzen des „more economic approach“ im Lichte der europäischen Rechtsprechung*, 2015.

<sup>12</sup> *Rummel*, *Rechtssicherheit bei der Anwendung des *equally efficient competitor*-Tests*, 2015.