

Schmidt, André; Voigt, Stefan

**Working Paper**

## Der More Economic Approach in der Missbrauchsaufsicht: einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb

Diskussionsbeiträge, No. 129

**Provided in Cooperation with:**

Department of Economics, University of Goettingen

*Suggested Citation:* Schmidt, André; Voigt, Stefan (2006) : Der More Economic Approach in der Missbrauchsaufsicht: einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb, Diskussionsbeiträge, No. 129, Georg-August-Universität Göttingen, Volkswirtschaftliches Seminar, Göttingen

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/31968>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

# **Diskussionsbeiträge / Discussion Paper Series**

**Volkswirtschaftliches Seminar  
Universität Göttingen**

**/ Department of Economics  
/ University of Goettingen, Germany**

Beitrag Nr. 129 / Issue No. 129

Der „more economic approach“ in der  
Missbrauchsaufsicht: Einige kritische  
Anmerkungen zu den Vorschlägen der  
Generaldirektion Wettbewerb

**André Schmidt & Stefan Voigt**

April 2006

ISSN 1611-7522

# **Der „*more economic approach*“ in der Missbrauchsaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb**

André Schmidt (Georg-August-Universität Göttingen)

Stefan Voigt (Universität Kassel)

## **Zusammenfassung**

Im Rahmen der Verwirklichung des „*more economic approach*“ in der europäischen Wettbewerbspolitik hat die Europäische Kommission im Dezember 2005 umfangreiche Vorschläge zur Neugestaltung der Missbrauchsaufsicht vorgestellt. Im vorliegenden Beitrag werden diese Vorschläge in ihren Grundzügen dargestellt und diskutiert. Die Verfasser zeigen dabei unter anderem auf, dass die Realisierung der Vorschläge zu einer weiteren Stärkung einer *rule of reason*-Anwendung in der europäischen Wettbewerbspolitik führen würde. Damit verzichtet die Kommission jedoch auf die ökonomische Vorteilhaftigkeit von *per se*-Regeln. Darüber hinaus setzen die Verfasser sich kritisch mit der von der Kommission vorgeschlagenen Berücksichtigung von Effizienzwirkungen im Rahmen der Missbrauchsaufsicht auseinander.

*Schlagerwörter:* Europäische Wettbewerbspolitik, Missbrauchsaufsicht, Marktbeherrschung, *per se*-Regeln vs. *rule of reason*

## **Abstract**

The Commission's proposals regarding the implementation of art. 82 TEC are shortly presented. The authors show that they can be interpreted as another step towards a "more economic approach" because their implementation would strengthen the *rule of reason* even further. The Commission's proposal to introduce an efficiency defense is critically discussed as are some of the other means proposed to deal with various behavioral strategies such as pricing, rebates, bundling, and aftermarkets.

*JEL-Klassifikation:* K 21, L 41,

## 1. Einführung

Es besteht kein Zweifel, der „*more economic approach*“ in der europäischen Wettbewerbspolitik ist auf dem Vormarsch. Nach der Neuordnung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 81 und 82 EGV durch die VO 1/2003 und der grundlegenden Revision der europäischen Fusionskontrolle im Jahr 2004 steht nun die Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen auf dem Prüfstand. Bereits im Sommer vergangenen Jahres veröffentlichte die European Advisory Group of Competition Policy (EAGCP) ihre Empfehlungen für einen „*economic approach*“ für die Anwendung der Vorschriften des Art. 82 EGV (EAGCP 2005). Im Dezember 2005 stellte die Generaldirektion Wettbewerb ihrerseits ihre Vorschläge zur Anwendung des Art. 82 EGV zur Diskussion (Europäische Kommission 2005). Die Debatte über eine „ökonomischere“ Anwendung des Art. 82 EGV ist damit eröffnet.

Im vorliegenden Beitrag sollen die Vorschläge der Generaldirektion zunächst in ihren Grundzügen dargestellt und deren Effektivität im Hinblick auf das Ziel, eine bessere Berücksichtigung industrieökonomischer Erkenntnisse in die Anwendungspraxis zu ermöglichen, diskutiert werden. Dies setzt jedoch auch eine kritische Auseinandersetzung mit den grundsätzlichen Zielen des „*more economic approach*“ voraus. Daher sollen zunächst die Intention und die möglichen Probleme des „*more economic approach*“ in der Wettbewerbspolitik untersucht werden. Darauf aufbauend werden dann die jüngsten Vorschläge der Kommission vor dem Hintergrund des „*more economic approach*“ dargestellt und Probleme diskutiert.

## 2. Der „*more economic approach*“ in der europäischen Wettbewerbspolitik

Es gibt keine präzise Definition, was unter dem von der Europäischen Kommission postulierten „*more economic approach*“ genau zu verstehen ist. Der „*more economic approach*“ steht für eine grundsätzliche Neuorientierung der Wettbewerbspolitik, die durch den verstärkten Rückgriff auf industrieökonomische Modelle und quantitative Untersuchungsmethoden in der wettbewerbspolitischen Entscheidungspraxis charakterisiert werden kann (Röller 2005). Hauptziel der Neuorientierung ist es, die europäische Wettbewerbspolitik effizienter zu machen und Entscheidungsfehler zu vermeiden. Die Methodik des „*more economic approach*“ lässt sich an den jüngsten Reformvorschlägen der Kommission, beispielsweise im Rahmen der Fusionskontrolle, aber auch anhand der hier thematisierten Vorschläge zur Anwendung des Art. 82 EGV ablesen. Im Mittelpunkt steht dabei die Einzelfallgerechtigkeit. Die Europäische Kommission möchte in jedem Einzelfall die vorliegenden ökonomischen Bedingungen überprüfen, in dem sie jeweils eine Vielzahl von Einflussgrößen berücksichtigt, um dann im Einklang mit den zugrundeliegenden industrieökonomischen Modellen die jeweiligen Entscheidungen treffen. Dieses Vorgehen

geht zum Beispiel aus den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Beurteilung horizontaler Unternehmenszusammenschlüsse (*Europäische Kommission* 2004) hervor. Mit der expliziten Berücksichtigung verschiedener Konzepte wie z.B. unilateraler Effekte, Effizienzvorteilen, Argumenten zugunsten von Sanierungsfusionen usw. will die Europäische Kommission für jede Art eines horizontalen Zusammenschlusses die Möglichkeiten erhalten, die spezifischen Marktbedingungen im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen (*Voigt/Schmidt* 2004a).

Bevor die Vorschläge der Kommission zur Erreichung eines „*more economic approach*“ in Bezug auf Art. 82 EGV etwas genauer diskutiert werden, bietet es sich an, zunächst einige allgemeine Überlegungen zum Thema vorzuschicken. Prinzipiell können mit einem „ökonomischen Ansatz“ nämlich ganz unterschiedliche Dinge gemeint sein. Erstens kann es darum gehen, zur Vorbereitung der Entscheidungsfindung vermehrt auf ökonomische Modelle zurückzugreifen. Zweitens könnte mit einem ökonomischen Ansatz auch gemeint sein, daß der erforderliche Ressourcenaufwand geringer ist als bei der Nutzung anderer, bisher genutzter Ansätze und drittens schließlich könnte ein ökonomischer Ansatz an den ökonomischen Konsequenzen der Entscheidungsfindung interessiert sein. Die Kommission scheint primär vom ersten Ziel getrieben zu sein, hier wird argumentiert, daß das erste Ziel kein Ziel an sich ist, sondern primär als Instrument zur Erreichung der dritten Überlegung interpretiert werden sollte.

Die Anwendung industrieökonomischer Modelle sollte folglich kein Selbstzweck sein. Sie sollte nur dann erwogen werden, wenn ihre Anwendung hilft, die Funktionsweise der Marktwirtschaft zu verbessern (drittes Ziel). Prosperierende Marktwirtschaften benötigen vor allem eins: ihre Teilnehmer müssen wissen, ob eine Handlung erlaubt ist oder nicht. Das gilt nicht nur in Bezug auf die Eigenschaften der gehandelten Güter, sondern auch in Bezug auf die Vermarktungsstrategien, auf den Umgang mit Wettbewerbern, auf die Möglichkeiten, Wettbewerber zu übernehmen und so fort. Allgemein bedeutet die von der Kommission angestrebte Einzelfallwürdigung eine Aufwertung der *rule of reason* – und im Umkehrschluß eine Abwertung von *per se*-Regeln.

*Per se*-Regeln gehen mit einem geringen diskretionären Handlungsspielraum der wettbewerbpolitischen Entscheidungsträger einher. Eine Wettbewerbspolitik, die auf *per se*-Regeln beruht, ist somit sehr transparent. Dies bedeutet einen erheblichen Zugewinn an Rechtssicherheit, was zu einer erheblichen Reduktion der Transaktionskosten für die betroffenen Parteien führt. Gleichzeitig reduzieren *per se*-Regeln – da sie den Entscheidungsträgern keine Ermessensspielräume zugestehen – den Einfluß von Interessengruppen. Für eine Bevorzugung einzelner Interessengruppen geben daher *per se*-Regeln keine oder nur geringe Möglichkeiten (*Baum* 1982). Die Entscheidung der

Kommission, ihre Wettbewerbspolitik stärker an der *rule of reason* auszurichten, ist also eine kostenträchtige Entscheidung: sie verzichtet damit auf die ökonomischen Vorteile von *per se*-Regeln. Mit zunehmendem Differenzierungsgrad nimmt die Einzelfallbetrachtung zu, was zu einer immer weiteren Abkehr von eindeutig formulierten *per se*-Regeln führt (Arthur 2000 und Tom/Pak 2000). Bezüglich der Bewertung der tatsächlichen ökonomischen Effizienz des „*more economic approach*“ müssen daher Zweifel erlaubt sein (Voigt/Schmidt 2004b, Christiansen 2005). Das hier allgemein beschriebene Problem zeigt sich auch in Bezug auf die von der Kommission vorgeschlagenen Anwendungsregeln des Art. 82 EGV. In den nächsten Abschnitten wird es genauer analysiert.

### **3. Die Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb zur Anwendung der Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen**

Die Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb untergliedern sich in 10 Abschnitte. Von essentieller Bedeutung sind die Abschnitte 3-10 über die Marktabgrenzung, die allgemeine Marktbeherrschung, sowie über die missbräuchliche Marktabschottung, insbesondere durch Kampfpreisstrategien, Preisdifferenzierung und Rabatte, sowie Kopplungsbindungen und Lieferverweigerungen. Im nachfolgenden Abschnitt soll auf die wichtigsten Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb vor allem im Bereich der Kampfpreisstrategien und der Preisdifferenzierung näher eingegangen werden.

#### **3.1 Abgrenzung des relevanten Marktes**

Die Abgrenzung des relevanten Marktes bei der Anwendung der Vorschriften des Art. 82 EGV soll sich grundsätzlich an der bisher bestehenden Vorgehensweise in der europäischen Wettbewerbspolitik orientieren.<sup>1</sup> Allerdings wird darauf verwiesen, dass mit der Anwendung des SSNIP-Tests<sup>2</sup> bei Vorliegen marktbeherrschender Unternehmen erhebliche Schwierigkeiten verbunden sein können (Europäische Kommission 2005, Zi. 13 ff.). Der SSNIP-Test basiert auf den tatsächlich am Markt erlösten Preisen. Im Falle einer bereits bestehenden Marktbeherrschung können die tatsächlich erlösten Preise allerdings weit über den Wettbewerbspreisen liegen. Bei der Anwendung des SSNIP-Tests besteht dann die

<sup>1</sup> Vgl. hierzu die Bekanntmachung der Europäischen Kommission zur Definition des relevanten Marktes im Wettbewerbsrecht, in: ABI EG 1997 Nr. C 372, S. 5 ff.

<sup>2</sup> Mit Hilfe des SSNIP-Tests wird die Reaktion der Abnehmer auf eine hypothetische Preiserhöhung von 5-10% für ein bestimmtes Produkt und damit der Grad der Substituierbarkeit zwischen diesem und anderen Konkurrenzprodukten gemessen. Damit lässt sich sowohl der sachlich als auch der räumlich relevante Markt bestimmen. Der jeweils relevante Markt besteht aus der kleinsten Zahl von Unternehmen, die eine solche Preiserhöhung erfolgreich – d.h. ohne Gewinneinbußen – durchführen können. Kann die Gruppe der hypothetisch marktbeherrschenden Unternehmen dagegen ihren Preis aufgrund bestehender Substitutionsmöglichkeiten für die Abnehmer nur erhöhen, indem sie Gewinneinbußen hinnimmt, muß der relevante Markt noch um diese Produkte oder Gebiete erweitert werden.

Gefahr einer zu weiten Marktabgrenzung (*Scherer/Ross* 1990, S. 75 f., und *Crocioni* 2002). Zur Lösung dieses Problems schlägt die Generaldirektion Wettbewerb den Vergleich des auf den jeweiligen Märkten vorherrschenden Preises mit den Preisen auf vergleichbaren Märkten oder Regionen vor (Zi. 19). Die Kommission schlägt also einen Rückgriff auf das altbekannte Vergleichsmarktkonzept vor. Ob damit allerdings eine adäquatere Marktabgrenzung erzielt werden kann, darf bezweifelt werden, denn die Marktergebnisse werden von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst. Dazu gehören u.a. Kosten, Bedarfsstruktur, konjunkturelle Lage und Produktionstechnik sowie entsprechende Unterschiede in der Wettbewerbsintensität. Wenn Unterschiede zwischen diesen die Marktergebnisse bestimmenden Faktoren auf den zu vergleichenden Märkten vorliegen, dann müssen diese Unterschiede zugunsten der Unternehmen gewertet werden, die im Verdacht stehen, ihre Marktstellung zu mißbrauchen (*Hoppmann* 1974). Insofern ist daher nicht zu erwarten, dass mit einem Verweis auf das Vergleichsmarktkonzept tatsächlich eine bessere Marktabgrenzung realisiert werden kann.

### **3.2 Vorliegen von Marktbeherrschung**

Bei der Feststellung, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt oder nicht, beabsichtigt die Generaldirektion Wettbewerb auch weiterhin, zunächst auf die realisierten Marktanteile zu achten (Zi. 31). Marktanteile von 50% oder mehr werden als klarer Indikator für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung angesehen. Bei Marktanteilen zwischen 40% und 50% ist das Vorliegen von Marktbeherrschung wahrscheinlich. Dies kann ebenso für Marktanteile unter 40% gelten. Bei Marktanteilen von 25% oder weniger ist dagegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung zu verneinen. Um jedoch nicht in einer statischen Marktstrukturbetrachtung zu verharren, will die Generaldirektion Wettbewerb vor allem auch die Volatilität der Marktanteile über einen bestimmten Zeitraum hinweg in die Analyse mit einbeziehen. So spricht eine hohe Volatilität der Marktanteile grundsätzlich für eine hohe Wettbewerbsintensität. Insbesondere auf sich dynamisch entwickelnden Märkten sind hohe Marktanteile allein, bspw. aufgrund von Innovationen, kein guter Indikator für das Vorliegen von Marktbeherrschung. Insofern scheint eine dynamischere Betrachtung der Entwicklung der Marktanteile dringend geboten. Auch die Berücksichtigung der besonderen Bedingungen von Märkten, auf denen differenzierte Produkte gehandelt werden, ist grundsätzlich zu begrüßen (Zi. 33). So kann in der Tat auch bei einem Marktanteil von mehr als 50% von kleineren Konkurrenten eine Verhaltenskontrolle ausgeübt werden, wenn deren Produkte in einer engen Substitutionsbeziehung zu denen des angeblichen Marktbeherrschers stehen.

Die Ausführungen zur Berücksichtigung potentiellen Wettbewerbs und dessen disziplinierender Wirkung auf den mutmaßlichen Marktbeherrscher sind allerdings weniger überzeugend. In ihrem Entwurf macht die Generaldirektion Wettbewerb deutlich, dass sie

potentiellen Wettbewerb nur dann berücksichtigen will, wenn der potentielle Markteintritt von Neuanbietern wahrscheinlich ist, innerhalb einer geringen Zeitspanne erwartet werden kann und einen ausreichenden Umfang verspricht (Zi. 35). Darüber hinaus verweist die Generaldirektion darauf, dass sie bei der Würdigung der Markteintrittsschranken die Vorgeschichte der Branche sorgfältig untersuchen will. Waren schon in der Vergangenheit zahlreiche Markteintritte zu verzeichnen, so könne daraus geschlossen werden, dass wahrscheinlich keine Marktschranken existieren (Zi. 36). Hierbei wird jedoch verkannt, dass die Abwesenheit von Markteintritten in der Vergangenheit kein guter Indikator dafür ist, ob potentieller Wettbewerb funktioniert. Hierfür sind einzig und allein die existierenden Marktein- und -austrittsschranken von Bedeutung. Sind die Markteintrittsschranken gering und waren in der Vergangenheit keine Markteintritte festzustellen, so kann dies gerade ein guter Indikator dafür sein, dass der potentielle Wettbewerb funktioniert. Weil die etablierten Unternehmen sich der Gefahr des Markteintritts potentieller Konkurrenten bewusst sind, haben sie ihre Preise eng an den jeweiligen Wettbewerbspreisen orientiert, so dass der Markteintritt für potentielle Anbieter nicht attraktiv war. Darüber hinaus bleibt die Frage nach der Justitiabilität bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit potentieller Markteintritte weitgehend ungeklärt. Die Nachweisbarkeit, ob Markteintritte innerhalb einer geringen Zeitspanne erwartet werden können und diese auch einen ausreichenden Umfang erreichen, dürfte in der wettbewerbspolitischen Praxis erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen. Auch ist fraglich, warum Nischeneintritte keine Berücksichtigung finden sollen. Damit wird insbesondere verkannt, dass gerade auf differenzierten Produktmärkten von Nischenanbietern erhebliche disziplinierende Wirkungen ausgehen können.

### **3.3 Missbräuchliche Marktabschottung und Kampfpreisstrategien**

Die missbräuchliche Marktabschottung bildet den inhaltlichen Schwerpunkt der Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb zur Anwendung der Vorschriften des Art. 82 EGV. Dies ist insofern nicht verwunderlich, als dass sich der Hauptanwendungsbereich des Art. 82 EGV gerade auf diese Art des missbräuchlichen Verhaltens bezieht. Im Kapitel 5 erörtert daher die Generaldirektion zunächst die theoretischen Grundlagen zur Erfassung der missbräuchlichen Behinderungsstrategie. Zur Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Verhaltensweise den Markteintritt von Konkurrenten unbillig behindert, schlägt die Generaldirektion einen hypothetischen Referenzpunkt in der Form eines sogenannten „*efficient competitor*“ vor (Zi. 63). Ein Missbrauch liegt dann vor, wenn der Markteintritt eines solchen „*efficient competitors*“ aufgrund des praktizierten Verhaltens verhindert wird. Dabei wird unterstellt, dass der „*efficient competitor*“ über dieselben Kostenstrukturen wie das marktbeherrschende Unternehmen verfügt. Eine missbräuchliche Marktabschottung liegt dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen Preise unterhalb der eigenen Kosten fordert. Die Bestimmung des „*efficient competitor*“ erfolgt mithilfe der Analyse der Grenzkosten, der



durchschnittlichen variablen und gesamten Kosten, der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten und der langfristigen durchschnittlichen inkrementalen Kosten.

Die Berücksichtigung der verschiedenen Kostenarten spiegelt den aktuellen Stand der industrieökonomischen Forschung wider, insbesondere bezüglich der Nachweisbarkeit von Kampfpreisstrategien. Ausgangspunkt bildet hier die bekannte *Areeda-Turner Regel*, dass Preise, die mindestens den durchschnittlichen variablen Kosten entsprechen, kein missbräuchliches Verhalten indizieren. Dagegen können Preise, die nicht die durchschnittlichen variablen Kosten decken, ein Beleg für missbräuchliches Verhalten sein (*Areeda/Turner 1974, S. 733*). Im weiteren Verlauf der industrieökonomischen Forschung wurde jedoch darauf hingewiesen, dass eine eintrittsverhindernde Wirkung von einem marktbeherrschenden Unternehmen auch dann ausgehen kann, wenn die variablen Kosten gedeckt sind, jedoch nicht die gesamten Kosten, d.h., wenn sich der Preis zwischen den durchschnittlichen variablen und den durchschnittlichen gesamten Kosten befindet. Ein solches Preissetzungsverhalten würde daher als mißbräuchlich angesehen werden, da der sich hieraus ergebende Verlust niemals ein dauerhaftes Gleichgewicht für das jeweilige Unternehmen darstellen kann. Insofern wäre eine solche Preissetzung stets mit dem Motiv der Markteintrittsverhinderung verbunden (*Joskow/Klevoric 1979*). Allerdings erscheint diese Annahme nicht ganz unproblematisch. Dies gilt beispielsweise in einer Situation, in der ein Unternehmen erhebliche Anfangsinvestitionen, die weitgehend fixen Charakter haben, in der Erwartung tätigt, dass es diese Kosten später über eine eventuelle Monopolstellung langfristig decken kann. Finden nun jedoch unerwartet Markteintritte anderer Firmen statt, so wird das Unternehmen aufgrund des Wettbewerbsprozesses seine Preise nahe der Grenzkosten setzen, die bei subadditiven Kostenfunktionen unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten liegen können. Diese Situation würde dann jedoch – entsprechend der obigen Definition - als eine Kampfpreisunterbietung angesehen werden. Zur Vermeidung einer solchen restriktiven Interpretation (*Motta 2004, 448*) verweisen einige Autoren auf die Notwendigkeit, die sogenannten durchschnittlichen inkrementalen Kosten zu berücksichtigen. Diese Kosten geben die Stückkosten des zusätzlichen Outputs an, den das Unternehmen anbieten muss, damit es den Kampfpreis am Markt realisieren kann (*Bolton/Brodley/Riordan 2000*). Dabei lehnen sie sich an das Konzept der durchschnittlichen vermeidbaren Kosten von *Baumol* an (*Baumol 1996*). Die inkrementalen Kosten sind insofern geeigneter als die durchschnittlichen variablen oder durchschnittlichen gesamten Kosten, als dass sie genau denjenigen Kostenbestandteilen entsprechen, die bei einer Kampfpreisstrategie auch tatsächlich anfallen. Dementsprechend wäre ein missbräuchliches Verhalten dann zu konstatieren, wenn die Preise unterhalb der durchschnittlichen inkrementalen Kosten liegen.

Diese industrieökonomische Erkenntnisse finden sich auch in den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb bei der Beurteilung von Kampfpreisstrategien wieder (Zi. 106-

112). Hier unternimmt die Generaldirektion Wettbewerb den ehrgeizigen Versuch, alle möglichen Konstellationen, die in der theoretischen Welt des *predatory pricing* auftreten können, in aller Vollständigkeit zu erfassen. Bei allen theoretischen Feinheiten muß jedoch die zuverlässige Handhabbarkeit immer gewährleistet bleiben. Diese setzt offensichtlich voraus, daß die Kommission in die Lage versetzt werden kann, die jeweiligen Kostenfunktionen präzise und zuverlässig zu ermitteln. Ob das möglich ist, darf getrost bezweifelt werden (Motta 2004, S. 448). In diesem Zusammenhang ist auf *Jean Tirole* zu verweisen, wenn er konstatiert:

*“Predation läßt sich in einem abstrakten Modell zwar ohne weiteres erkennen, empirische Tests zu entwickeln, die gerichtsverwertende Tatsachen für ein Kartellverfahren liefern ist hingegen schwieriger“ (Tirole, 1999, 833).*

Diese Justitiabilität bleibt auch im Papier der Generaldirektion Wettbewerb unklar. *Joskow/Klevoric* (1979) haben einen Ansatz entwickelt, der die asymmetrische Informationsverteilung zwischen Wettbewerbsbehörden und Firmen explizit in Rechnung stellt und versucht, möglichst intelligent damit umzugehen. Die beiden Autoren haben ein zweistufiges Vorgehen entwickelt, bei dem auf der ersten Stufe zunächst zu prüfen ist, ob die am Markt vorherrschenden Angebots- und Nachfragebedingungen überhaupt Anreize zu *predatory pricing* schaffen. Erst wenn diese Bedingungen erfüllt sind, wird mit Hilfe eindeutiger Regeln im Einzelfall überprüft, ob Verdrängungspreise gesetzt wurden. Dieser zweistufige Ansatz findet sich jedoch in den Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb allenfalls rudimentär wieder.

Auf einer grundlegenden Ebene ist zu fragen, ob der gesamte Aufwand überhaupt gerechtfertigt ist, wenn sich immer wieder zeigt, dass die Voraussetzungen für erfolgreiche Kampfpreisstrategien nur in den wenigsten Märkten tatsächlich erfüllt sind. Die Voraussetzungen sind nur dann erfüllt, wenn zum einen die Möglichkeit besteht, kurzfristig auf Gewinne zu verzichten und zum anderen langfristig Möglichkeiten zur Preiserhöhung bestehen. Dabei müssen die diskontierten zukünftigen Gewinne größer sein als die entstandenen Anfangsverluste, was jedoch bei dynamisch sich verändernden Umwelten extrem schwierig zu prognostizieren ist.<sup>3</sup> Vertreter eines umfassend verstandenen „*more economic approach*“ wägen Kosten und Nutzen der in Erwägung gezogenen Maßnahmen gegeneinander ab. Nur, wenn im Vergleich zum *status quo* mit einem deutlich höheren Nettonutzen zu rechnen ist, erscheint eine Umsetzung rational. Ob das in Bezug auf Kampfpreisstrategien jedoch der Fall ist, wird hier bezweifelt: Eine zuverlässige Ermittlung von Kosten erscheint kaum möglich. Selbst die wenig zuverlässige Ermittlung von

---

<sup>3</sup> So zeigt sich beispielsweise im Bereich einiger Entscheidungen von Airlines, wie schwierig es häufig ist, Verdrängungspreisstrategien konsistent nachzuweisen (Ewald, 2003).

Kostenkurven ist noch mit erheblichem Ressourcenaufwand verbunden. Demgegenüber steht die Beobachtung, daß die Voraussetzungen für erfolgreiche Kampfpreisstrategien empirisch äußerst selten erfüllt sind. Das aber bedeutet, daß ein Verbot solcher Strategien volkswirtschaftlich ex ante nur geringen Nutzen verspricht. Im Ergebnis erscheint ein positiver Nettonutzen somit höchst unwahrscheinlich.

### 3.4 Preisdifferenzierung und Rabattsysteme

Der Beurteilung von Preisdifferenzierungsstrategien und Rabattsystemen wird im Vorschlag der Generaldirektion eine ebenso große Aufmerksamkeit geschenkt wie der Beurteilung des *predatory pricing*. Auch hier sind die ambivalenten Wirkungen auf den Wettbewerb und die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt (Motta 2004, S. 493 ff., und EAGCP 2005, S. 30 ff.) der Ausgangspunkt der Überlegungen. Preisdifferenzierungen können einerseits zu Wohlfahrtsgewinnen durch Ausweitung der Angebotsmenge (Varian 1989) und insbesondere auf oligopolistischen Märkten zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen (Fudenberg/Tirole 2000). Andererseits jedoch können Preisdifferenzierungen und Rabattsysteme zur Marktschließung führen, aus denen dann Wohlfahrtsverluste und nachhaltige Beeinträchtigungen des Wettbewerbs resultieren können. Daher stehen die Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung von Preisdifferenzierungsstrategien stets vor dem Problem, dieser Ambivalenz gerecht zu werden.

Ziel der Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb ist es, die ökonomischen Effekte der Preisdifferenzierung im Einklang mit dem „*more economic approach*“ auch verstärkt in der Anwendung der Vorschriften des Art. 82 EGV zu berücksichtigen. Dabei schlägt die Generaldirektion vor, zwischen ungebundenen (*unconditional*) und gebundenen (*conditional*) Rabattsystemen zu unterscheiden (Zi. 137). Bei ungebundenen Rabattsystemen erfolgt eine Preisdifferenzierung zwischen verschiedenen Abnehmergruppen. Je nach Zugehörigkeit werden unabhängig von den tatsächlich getätigten Käufen Rabatte gewährt. Gebundene Rabattsysteme machen dagegen die Gewährung des Rabatts von den getätigten Käufen abhängig. Die Rabattgewährung bezieht sich dabei auf die Gesamtheit aller getätigten Käufe bei Erreichen eines vorab definierten Mindestumsatzes. Die wettbewerbsschädlichen Wirkungen der gebundenen Rabattsysteme werden vor allem in der möglichen Marktschließung gesehen. Für die Feststellung, ob eine missbräuchliche Rabattgewährung durch den Marktbeherrscher vorliegt oder nicht, schlägt die Generaldirektion Wettbewerb vor, als Referenzmaßstab den effektiven Preis der letzten geschäftsüblichen Stückzahl, die notwendig ist, um in den Genuss des Rabattes zu kommen, zu ermitteln und diesen mit den durchschnittlichen Gesamtkosten zu vergleichen (Zi. 154 ff.). Ist dieser effektive Preis der letzten Einheit geringer als die durchschnittlichen Gesamtkosten, so würde der Marktzutritt für effektive Wettbewerber behindert oder gar unmöglich werden. Die Kommission würde

dann davon ausgehen, daß missbräuchliches Verhalten vorliegt und würde es untersagen, insbesondere dann, wenn aggressive Wettbewerber auf diesem Markt fehlen und der Marktbeherrscher einen ausreichend großen Teil der Gesamtnachfrage bedient (Zi. 162).

Ungebunden gewährte Rabatte werden von der Generaldirektion Wettbewerb als wettbewerbsschädigend angesehen, wenn diese dazu eingesetzt werden, den jeweiligen Markt abzuschotten (Zi. 171). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn diese Rabatte gegenüber Kundengruppen gewährt werden, die im Vergleich zu anderen Gruppen leichter auf andere Anbieter wechseln können. In diesem Fall würden von ungebundenen Rabatten die gleichen Wirkungen wie von der Kampfpreisstrategie ausgehen. Die Generaldirektion will daher diese Rabattsysteme mit derselben Methode überprüfen, wie sie bereits oben im Abschnitt zu Kampfpreisstrategien diskutiert worden sind.

Auch wenn die Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb aus industrieökonomischer Sicht konsistent sind, so bleiben doch erhebliche Zweifel, inwieweit mit dieser am Einzelfall orientierten Betrachtungsweise Rabattsysteme und Preisdifferenzierungen besser erfasst werden können, als in der bisherigen Anwendungspraxis. Leider finden sich nur wenige Hinweise in diesem Diskussionspapier, wie die theoretischen Erwägungen erfolgreich in die wettbewerbsspolitische Praxis umgesetzt werden können. Die Ermittlung der sogenannten effektiven Wettbewerbspreise setzt umfangreiche Kenntnisse über die Kostenstrukturen und die jeweiligen geschäftsüblichen Stückzahlen voraus (Zi. 157). Diese können jedoch nicht nur von Branche zu Branche erheblich differieren, sondern auch von Produkt zu Produkt innerhalb derselben Branche. In den Fällen, in denen der Kommission keine zuverlässigen Informationen vorliegen, will die Kommission Vergleichsschätzungen anstellen. Im Rahmen dieser Vergleichsschätzung sollen die Wirkungen des Rabattsystems auf die Eintrittsentscheidung eines markteintrittswilligen Unternehmens ermittelt werden. Hierbei wird die mindestoptimale Stückzahl, die zur Realisierung eines erfolgreichen Markteintritts notwendig ist, mit der sogenannten kritischen Stückzahl verglichen, die das eintretende Unternehmen erreichen muß, damit der effektive Preis den Durchschnittskosten des rabattgewährenden etablierten Unternehmens entspricht.

Damit wird deutlich, dass die Ermittlung des effektiven Wettbewerbspreises mit erheblichen Aufwendungen verbunden ist. Unklar bleibt auch die Zuverlässigkeit der gewonnenen Daten und ihre Verwertbarkeit vor Gericht. Daher bleibt zu befürchten, dass die Vorschläge der Kommission hier aufgrund fehlender Justitiabilität kaum anwendbar sind und letzten Ende nicht oder nur sehr schwierig in die tatsächliche Entscheidungspraxis überführt werden können, so dass aufgrund der geringen Anwendbarkeit keine Verbesserungen erzielt werden können. Insofern muss man sich fragen, ob hierfür der gesamte Aufwand gerechtfertigt ist. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass durch immer weiter detaillierter

Regeln, die Rechtssicherheit der dem Recht unterworfenen Unternehmen abnimmt. Hierbei zeigt sich wieder der generelle Konflikt zwischen immer weiter detaillierteren Einzelfallregelungen und des Setzens einfacher *per se*-Regeln, die jedoch den Unternehmen einen stabilen Rahmen vorgeben, an dem sie ihr Handeln ausrichten können.

### 3.5 Kopplungsbindungen und Zugangsverweigerung

Preisdiskriminierung und Kampfpreisstrategien werden im Diskussionspapier der Generaldirektion Wettbewerb sehr ausführlich diskutiert, Kopplungsbindungen und Zugangsverweigerungen wird dagegen vergleichsweise wenig Platz eingeräumt. Im Bereich der Kopplungsbindungen findet sich wenig Neues: Die Generaldirektion Wettbewerb weist noch mal darauf hin, dass von einem missbräuchlichen Verhalten dann ausgegangen werden kann, wenn die Kopplungsbindung von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgeht, wenn es sich bei den gekoppelten Produkten um verschiedene Produkte handelt und die Kopplung weder sachlich noch ökonomisch gerechtfertigt ist und von dieser Kopplung ein Marktschließungseffekt ausgeht (Zi 183 ff.). Die hier dargestellten Argumente unterscheiden sich nicht von der bisherigen Argumentation der Kommission.<sup>4</sup>

Im Bereich der Zugangsverweigerung orientiert sich das Papier an der bisherigen Entscheidungspraxis bei Vorliegen sogenannter *essential facilities* (Zi. 188 ff.).<sup>5</sup> Hier würde es also kaum zu Veränderungen kommen. Der Grund für diese Zurückhaltung dürfte vor allem darin zu sehen sein, dass die industrieökonomischen Zusammenhänge in diesen Bereichen sowohl theoretisch, als auch empirisch weit weniger geklärt sind als bspw. im Bereich der Kampfpreisstrategien und der Preisdifferenzierung (Kühn 2002).

### 3.6 Berücksichtigung von Effizienzvorteilen

Eine Überraschung halten die Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb jedoch noch bereit. So wird die explizite Berücksichtigung von Effizienzaspekten bei der Anwendung der Vorschriften des Art. 82 EGV vorgeschlagen (Zi. 8 sowie Zi. 77-92). Eine solche Berücksichtigung von Effizienzaspekten deutete sich bereits im Gutachten der *European Advisory Group Competition Policy* an (EAGCP, 2005). Die explizite Effizienzberücksichtigung ist überraschend, weil sie in Bezug auf die Missbrauchsaufsicht systemfremd erscheint. Bisher ist der Art. 82 EGV als eine klare *per se*-Regel formuliert, die Unternehmen, die im Besitz einer marktbeherrschenden Stellung sind, bestimmte Verhaltensweisen *per se* untersagte. Das Praktizieren der in Art. 82 EGV genannten

<sup>4</sup> Vgl. hierzu insbesondere die Entscheidung der Kommission im Fall Microsoft und die Darstellung bei *Fichert/Sons* (2004).

<sup>5</sup> Zur essential facility doctrine vgl. *Doherty, B.* (2001), und *Stothers, Ch.* (2001).

Verhaltensweisen wurde dann als mißbräuchlich angesehen. Sollte sich die jetzt diskutierte Effizienzorientierung bei der Anwendung des Art. 82 EGV durchsetzen, dann würde dieses *per se*-Verbot in Richtung einer *rule of reason* Regelung modifiziert werden. Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung wäre dann nur noch verboten, wenn sie nicht zur Generierung von Effizienzvorteilen führt.<sup>6</sup>

Die explizite Berücksichtigung von Effizienzvorteilen scheint dabei eine unmittelbare Folge des „*more economic approach*“ zu sein. Aus einer wohlfahrtsökonomischen Sicht sind alle Verhaltensweisen solange als vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt bzw. wünschenswert anzusehen, solange sie zu Wohlfahrtsgewinnen (Effizienzgewinnen) führen. Dabei zeigt sich für die Anwendung des Art. 82 EGV eine ähnliche Entwicklung, wie sie bereits in der Fusionskontrolle feststellbar war (Voigt/Schmidt 2004a): Das neu eingeführte Untersagungskriterium der „*substantial impediments to effective competition*“ erlaubt eine striktere Fusionskontrolle. Die Einführung der Effizienzeinrede bei horizontaler Fusionen erlaubt das genaue Gegenteil, nämlich eine laxere Fusionskontrolle. Diese Entwicklung wird jetzt auch für den Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen angestrebt: Die Umsetzung der oben diskutierten Vorschläge könnte eine striktere Anwendungspraxis nach sich ziehen, die Einführung der Effizienzeinrede kann jedoch auch zum genauen Gegenteil führen. Klar ist damit zuallererst, daß durch die Neuorientierung der Wettbewerbspolitik im Sinne des „*more economic approach*“ der diskretionäre Entscheidungsspielraum der Kommission erhöht wird. Selbst wenn sich in der Sache überhaupt keine Änderung ergeben sollte, wäre die Umsetzung dieser Vorschläge problematisch, weil sie auf alle Fälle mit einer geringeren Rechtssicherheit einhergingen.

Die hier vorgeschlagene explizite Berücksichtigung von Effizienzvorteilen ist aus verschiedenen Gründen problematisch: Zunächst bleibt die Frage, woraus Effizienzgewinne im Rahmen marktbeherrschender Stellungen überhaupt bestehen können, weitgehend unbeantwortet. Der Williamson Trade-off (Williamson 1968), geht davon aus, daß bei Fusionen zusätzliche Monopolmacht entstehen kann, die zu einer ungünstigeren Preis-Mengen-Kombination führt. Solche Fusionen können – folgt man Williamson – dennoch wohlfahrtserhöhend sein, wenn das fusionierte Unternehmen in der Lage ist, mit geringerem Ressourceneinsatz zu produzieren als die Unternehmen vor der Fusion. Wenn die Ressourcenersparnis höher ist als der durch die Preis-Mengen-Kombination ausgelöste Wohlfahrtsverlust, liegt netto noch immer ein Wohlfahrtsgewinn vor. Analog müßte sich hier ein Wohlfahrtsgewinn einstellen, obwohl eine marktbeherrschende Stellung mißbraucht wird. Wie es hier jedoch zu Ressourcenersparnissen kommen kann, wird im Entwurf nicht weiter thematisiert.

---

<sup>6</sup> Und alle Bedingungen des Art. 81(3) erfüllt sind (Ziffer 8).

Weicht man von dieser an der Ressourcenersparnis orientierten Interpretation des Effizienzbegriffes ab, so könnten etwaige Effizienzvorteile nun darin gesehen werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seines praktizierten Verhaltens die wirtschaftliche Wohlfahrt durch ein besseres Leistungsangebot (bspw. bei Kopplungsbindungen) erhöht. Diese Verhaltensweisen wären dann nicht mehr *per se* verboten. Vielmehr müssen deren Auswirkungen auf die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt untersucht werden, und sodann abgewogen werden, ob etwaige wettbewerbsbehindernde Wirkungen bspw. aufgrund von Marktschließungseffekten durch eventuelle Effizienzgewinne überkompensiert werden würden.

In diesem Zusammenhang bleibt jedoch die Frage ungeklärt, wann und in welchem Ausmaß die Effizienzvorteile berücksichtigt werden sollen. Wie sollen die Unternehmen geeignete Belege für Effizienzvorteile vorlegen und wie soll die Kommission die Richtigkeit und Angemessenheit der unterbreiteten Effizienzargumente überprüfen? Hierbei sind die bestehenden Informationsasymmetrien zwischen Kommission und Unternehmen zu berücksichtigen. Die bekannten Probleme einer adäquaten Erfassung von Effizienzvorteilen in der Fusionskontrolle lassen hier nur eine skeptische Betrachtungsweise zu (*Werden/Froeb 1996, Stenneck/Verboven 2001*).

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass - anders als bei Fusionen - die Effizienzvorteile hier nicht zwangsläufig auf überlegener wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beruhen, sondern zunächst auf der Ausnutzung von Marktmacht. Die Frage lautet hier also, inwieweit man die mißbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht als zulässig erachtet, wenn sie zu temporären Wohlfahrtsverbesserungen führt. In ihrem Papier nennt die Generaldirektion vier Voraussetzungen, unter denen sie bereit ist, Effizienzerwägungen zu berücksichtigen (Zi. 84). Das Eintreten der Effizienzvorteile muss unmittelbar aus dem Verhalten resultieren bzw. hinreichend wahrscheinlich sein, das Verhalten muß für die Realisierung der Effizienzvorteile unentbehrlich sein und die Effizienzvorteile müssen zu direkten Vorteilen der Verbraucher führen. Darüber hinaus darf durch das praktizierte Verhalten der Wettbewerb in einem wesentliche Teil des Produktmarktes nicht vollständig ausgeschaltet werden. Weitgehend unbeantwortet bleibt jedoch die Frage, welche konkreten Bedingungen erfüllt sein müssen, von denen die Kommission annimmt, dass sie in der Lage sind, diese genannten vier Voraussetzungen simultan zu erfüllen. Nur im Fall des predatory pricing schließt die Kommission die Möglichkeit der Effizienzeinrede weitgehend aus (Zi. 133).

Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass im Rahmen der Effizienzanalyse bei der Anwendung der Missbrauchsaufsicht statische Effizienzvorteile überbetont werden würden. Der Anwendung des Art. 82 EGV muss zunächst mißbräuchliches Verhalten eines Marktbeherrschers zugrunde liegen, ansonsten wäre der materielle Anwendungsbereich des

Art. 82 EGV nicht gegeben. Wenn es sich allerdings um missbräuchliches Verhalten handelt, dann bedeutet dies, dass aufgrund des Verhaltens des Marktbeherrschers die wettbewerblichen Handlungs- und Entschließungsfreiheiten der Konkurrenten unbillig behindert werden und somit der Wettbewerb in seiner Gesamtheit eingeschränkt wird. Nimmt man ein solches missbräuchliches Verhalten aus statischen Effizienzüberlegungen billigend in Kauf, dann bedeutet dies aber auch, dass man die Einschränkung des Wettbewerbs und damit die Einschränkung der aus ihm resultierenden dynamischen Wohlfahrtseffekte akzeptiert. Aus einer solchen Sicht können jedoch langfristig keine Wohlfahrtsgewinne realisiert werden. Mit anderen Worten bei einer solchen Betrachtungsweise würden die dynamischen Effizienzgewinne zur Realisierung kurzfristiger statischer Effizienzgewinne geopfert werden. Inwieweit dies mit den grundsätzlichen Ziel der Wettbewerbspolitik der nachhaltigen Sicherung des Wettbewerbs vereinbar ist, bleibt daher erklärungsbedürftig. Insofern erscheinen die Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb in sich widersprüchlich.

Dieser Widerspruch lässt sich nur dann auflösen, wenn man unterstellt, dass die Generaldirektion Wettbewerb mit ihren hier unterbreiteten Vorschläge zur Umsetzung des „*more economic approach*“ indirekt beabsichtigt, grundsätzlich den Anwendungsbereich des Art. 82 EGV auszudehnen. Dann geht es allerdings nicht mehr um eine *echte* Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, sondern vielmehr um eine generelle Aufsicht gegenüber marktbeherrschenden oder auch marktstarken Unternehmen. Um in diesem Zusammenhang eine „Überregulierung“ zu vermeiden, bräuchte man dann eine Art „*safe harbour*“ in der Form von Effizienzeinreden. Nicht umsonst sind im europäischen Wettbewerbsrecht strategische Verhaltensweisen wie Preisdifferenzierungen zunächst nicht explizit verboten.<sup>7</sup> Unter die Verbotsnorm des Art. 82 EGV fallen sie schließlich erst, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen missbräuchlich eingesetzt werden. Wenn es tatsächlich die Absicht der Kommission sein sollte, den Anwendungsbereich des Art.82 EGV in der Form zu stärken, dass er sich nicht nur auf die klassische Marktbeherrschung bezieht, dann macht in der Tat eine Effizienzberücksichtigung Sinn. Eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs ist jedoch besonders kritisch zu sehen. Denn hiervon wären nicht nur echte Marktbeherrscher betroffen, sondern auch eine Reihe von kleinen und mittleren Unternehmen, die sich aufgrund ihrer besonderen Fähigkeiten im Leistungswettbewerb eine marktstarke Stellung erarbeitet hätten.

---

<sup>7</sup> Dem steht auch nicht die Regelung des Art. 81 (1) lit. d EGV entgegen. Eine Diskriminierung wird nur dann von Art. 81 (1) lit. d EGV erfasst, wenn sie auf einer Vereinbarung mehrerer Unternehmen beruht (*Mestmäcker/Schweitzer* 2004, S. 306).



#### 4. Zusammenfassung und Fazit

Die Vorschläge der Generaldirektion Wettbewerb zeigen sehr deutlich, was die Europäische Kommission unter dem „*more economic approach*“ versteht. Sie zeigen, dass es der Generaldirektion Wettbewerb primär um Einzelfallgerechtigkeit geht. Die besonderen Bedingungen und Umstände eines jeden Falls sollen gesondert untersucht und bewertet werden. Dies zeigt sich insbesondere bei den Vorschlägen zu Kampfpreisstrategien und zur Preisdifferenzierung einschließlich der Beurteilung von Rabattsystemen. Hier findet sich eine Vielzahl der modelltheoretischen Implikationen der Industrieökonomik wieder. Es fragt sich jedoch, ob man hier die Leistungsfähigkeit der Industrieökonomik nicht überschätzt. Die Übertragung der einzelnen modelltheoretischen Ergebnisse in die wettbewerbspolitische Praxis dürfte erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Bezüglich einer adäquaten Justitiabilität werden aber von der Generaldirektion Wettbewerb allenfalls rudimentäre Vorschläge unterbreitet.

Weiterhin zeigt sich, dass im Rahmen des „*more economic approach*“ eine immer umfangreichere *rule of reason* institutionalisiert wird. Diese Entwicklung, die man bereits bei der jüngsten Reform der Fusionskontrolle beobachten konnte, wird hier fortgesetzt. Dies zeigt sich gerade bei Art. 82 EGV, der ursprünglich als eine reine *per se*-Regel konzipiert worden ist. Würden die Vorschläge umgesetzt, so würden die diskretionären Ermessensspielräume der Kommission weiter zunehmen. Dies würde automatisch zu einem Rückgang der Rechtssicherheit führen. Dass Rechtssicherheit für eine effiziente Wettbewerbspolitik eine essentielle Voraussetzung darstellt, konnte in einigen empirischen Studien eindrucksvoll belegt werden (*Shughart/Tollison 1991, Bittlingmayer 2001*). Um den Nettonutzen des „*more economic approach*“ zu berechnen, müssen die erwarteten Kosten den erwarteten Nutzen gegenübergestellt werden. Mehr Gerechtigkeit im Einzelfall ist ein hehres Ziel. Seine Erreichung wäre nützlich. Seine Verfolgung verursacht jedoch auch Kosten, etwa in Form höherer Rechtsunsicherheit (bzw. geringerer Vorhersagbarkeit der Kommissions-Entscheidungen). Darüber hinaus dürften auch die Verfahrens- und Informationskosten sowohl auf Seiten der Kommission als auch der betroffenen Unternehmen ansteigen. Ohne umfangreiche industrieökonomische Kenntnisse dürfte es für ein einzelnes Unternehmen sehr schwer sein, selbst einzuschätzen, ob das im Wettbewerb praktizierte Verhalten gegen die Regelungen des Art. 82 EGV verstößt. Insofern ist der Reformvorschlag sehr kritisch zu sehen.

Der zweite Kritikpunkt an den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb entzündet sich vor allem – wie oben gezeigt – an der vorgeschlagenen Berücksichtigung von Effizienzaspekten. Dies würde zu einer weiteren Ausdehnung der *rule of reason* Anwendung

im Bereich der Missbrauchsaufsicht führen. Darüber hinaus steht eine solche Effizienzberücksichtigung in Widerspruch zu der bisherigen Auffassung, dass missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens niemals zur Generierung langfristiger Wohlfahrtsgewinne beitragen kann. Wettbewerbspolitik sollte daher stets langfristig ausgerichtet sein und nicht die Berücksichtigung kurzfristiger Wohlfahrtseffekte im Sinne einer Prozessorientierung zur Erreichung bestimmter als erwünscht angesehene Marktergebnisse verfolgen. Einer solchen instrumentalisierten Wettbewerbspolitik würde jedoch mit den jüngsten Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb Vorschub geleistet werden.

### **Literatur:**

*Areeda, P. E., und D. F. Turner* (1974), Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, in: *Harvard Law Review* 88, S. 697-733.

*Arthur, T.C.* (2000): A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role For The Federal Courts, in: *Antitrust Law Journal* 68, S. 337-89.

*Baum, Th.* (1982), Per se Rule versus Rule of Reason und Kartellrechtsautonomie: Eine Hypothese auf der Basis der Public Choice Theorie, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 32, S. 912-19

*Baumol, W.* (1996), Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, in: *Journal of Law and Economics* 39, S. 49-72.

*Bittlingmeyer, G.* (2001), Regulatory Uncertainty and Investment: Evidence from Antitrust Enforcement, in: *Cato Journal* 20, S. 295-325.

*Bolton, P., J. Brodley und M. Riordan* (2000), Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, in: *Georgetown Law Journal* 88, S. 2239-330.

*Christiansen, A.* (2005), Die „Ökonomisierung“ Der EG-Fusionskontrolle: Mehr Kosten als Nutzen?, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 55, S. 285-94.

*Crocioni, P.* (2002), The Hypothetical Monopolist Test: What It Can and Cannot Tell You, in: *European Competition Law Review* 23, S. 354 – 62.

*Doherty, B.* (2001), Just What Are Essential Facilities?, in: *Common Market Law Review* 38 (2001), S. 397-436.

*Europäische Kommission* (2004), Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: *Amtsblatt EG* 2004 Nr. C 31, S. 5-18.

*Europäische Kommission* (2005), DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses:

<http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>

*European Advisory Group Competition Policy* (2005), An Economic Approach to Article 82:

[http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_review.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_review.html)

*Ewald, Ch.* (2003), Predatory Pricing als Problem der Mißbrauchsaufsicht: Entscheidungspraxis USA und Deutschland im Luftverkehrssektor, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 53, S. 1165-73.

*Fichert, F.*, und *A. Sohns* (2004), Wettbewerbsschutz auf dem Markt für Server-Betriebssysteme, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* 54, S. 907-17.

*Fudenberg, D.*, und *J. Tirole* (2000), Pricing a Network Good to Deter Entry, in: *Econometrica* 54, S. 943-60.

*Hopman, E.* (1974), *Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept: Eine Bemerkung zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen*, Tübingen.

*Joskow, P. L.*, und *A. K. Klevorick* (1979), A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, in: *Yale Law Journal* 89, S. 213-70.

*Kühn, K.-U.* (2002), Reforming European Merger Review: Targeting Problem Areas in Policy Outcomes, in: *Journal of Industry, Competition and Trade* 2, S. 311-64.

*Mestmäcker, E.-J.*, und *H. Schweitzer* (2004), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., München.

*Motta, M.* (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge, Mass.

*Röller, L. H.* (2005), Der ökonomische Ansatz in der europäischen Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (Hrsg.), *Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik: Colloquium anlässlich des 30-jährigen Bestehens der Monopolkommission am 5. November 2004 in der Humboldt-Universität zu Berlin, Baden-Baden*, S. 37 –47.

*Scherer, F. M.*, und *D. Ross* (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3. Aufl., Dallas et al.

*Shughart, W. F.*, und *R. Tollison* (1991), The Employment Consequences of Antitrust Enforcement, in: *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 147, S. 38-52.

*Stennek, J.*, und *F. Verboven* (2001), Merger Control and Enterprise Competitiveness: Empirical Analysis and Policy Recommendations, in: *European Economy*, Nr. 5, S. 129-94.

*Stothers, Ch.* (2001), Refusal to Supply as Abuse of a Dominant Position: Essential Facilities in the European Union, in: *European Competition Law Review* 22, S. 256-62.

*Tirole, J.* (1999), *Industrieökonomik*, 2. Aufl., München.

*Tom, W. K.* und *C. Pak* (2000): Toward a Flexible Rule of Reason, in: *Antitrust Law Journal* 68, S. 391-428.

*Varian, H.* (1989), Price Discrimination, in: Schmalensee, R., und R. D. Willig (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, Amsterdam, S. 597-654.

*Voigt, St.*, und *A. Schmidt* (2004a), The Commission's Guidelines on Horizontal Mergers: Improvement or Deterioration?, in: *Common Market Law Review* 41, S. 1583-94.

*Voigt, St.*, und *A. Schmidt* (2004b), Switching to Substantial Impediments of Competition (SIC) can have Substantial Costs – SIC!, in: *European Competition Law Review* 25, S. 580-86.

*Voigt, St.*, und *A. Schmidt* (2005), *Making European Merger Policy More Predictable*, Dordrecht.

*Werden, G.J.*, und *L. M. Froeb* (1996), Simulation as an Alternative to Structural Merger Policy in Differentiated Product Industries, in: Coate, M. B., und A. N. Kleit (Hrsg.), *The Economics of Antitrust Process: Topics in Regulatory Economic and Policy Series*, Boston – Dordrecht – London, S. 65-88.

*Williamson, O. E.* (1968), Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, in: *American Economic Review* 58, S. 18-36.