

## Private Enforcement

- gegen Kartellverstöße
- gegen verbotene Beihilfen
- gegen unlautere Vergabepaxis

§ 14 WEG neu

### Tod des Eigentümerpartners

Bankgeschäfte als Gegenstand der  
Vorsorgevollmacht

Aufsichtsrat und

### Corporate Governance

Lohnfortzahlung beim  
Arbeitsunfall

Minderheitsaktionär

Bewertungsstandards, Anteilseignersteuern,  
Entschädigung

Kommissionspapier zum

### Behinderungsmisbrauch

# Neuentwicklungen beim Behinderungsmissbrauch

nach Art 82 EGV *Mit ihren Vorschlägen, wie Art 82 EGV in Zukunft angewandt werden soll, verfolgt die Europäische Kommission das Ziel, durch einen stärker ökonomisch fundierten Ansatz mögliche Schwachpunkte in der bisherigen Praxis zu beseitigen. Der Beitrag legt die im Kommissionspapier vorgeschlagenen Grundsätze sowie die Anwendungsregeln für die einzelnen Missbrauchsarten dar.*

RAINER KALTENBRUNNER

## A. ENTWICKLUNG UND STATUS DER ARBEITEN

Im Dezember des Vorjahres veröffentlichte die Europäische Kommission das „*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*“.<sup>1)</sup> Mit der Publikation des Diskussionspapiers war von Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* auch zu einer öffentlichen Diskussion eingeladen worden, die regen Zuspruch fand.<sup>2)</sup>

Der weitere Fahrplan sieht vor, dass voraussichtlich im Frühjahr 2007 die bislang ausstehenden Vorschläge zum Ausbeutungsmissbrauch vorliegen. „In Kraft gesetzt“ wird nur ein umfassendes Papier werden. Günstigenfalls ist damit in der 2. Jahreshälfte 2007 zu rechnen, doch hat sich die Kommission bis dato alle zeitlichen Optionen offen gehalten.

Auch hinsichtlich des rechtlichen Status legte sich die Kommission bislang nicht fest. Das Ergebnis kann in eine Leitlinie münden, kann aber auch etwas „tiefer“, etwa als Orientierungspapier („Guidance Paper“) umschrieben werden. In jedem Fall aber handelt es sich „nur“ um eine Selbstbindung der Kommission. Es ist aber zu erwarten, dass sich die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte der „Guidance“ durch das zukünftige Kommissionspapier kaum entziehen werden können.

Im Folgenden werden daher die wesentlichen Punkte der Kommissionsüberlegungen vorgestellt. Eine Bewertung der Vorschläge muss allerdings ebenso unterbleiben wie die Gegenüberstellung zur bisherigen Fallpraxis.

## B. DER METHODISCHE RAHMEN

Die besondere Schwierigkeit in der Analyse von Behinderungsmissbrauch liegt darin, dass selbst im Falle des Marktbeherrschers kein eindeutiger Wirkungszusammenhang zwischen einem bestimmten Verhalten und einer schädigenden Wirkung auf den Wettbewerbsprozess gegeben ist. Der gleiche Verhaltenstypus kann – je nach den Umständen – sowohl antikompetitive als auch prokompetitive Auswirkungen entfalten. Ebenso wenig kann von einer bestimmten Schadenswirkung auf ein bestimmtes Verhalten rückgeschlossen werden.

Die Kritik<sup>3)</sup> an der bisherigen Entscheidungspraxis sowie am analytischen Instrumentarium lief darauf hinaus, dass ein regelgeleiteter Ansatz, der an Verhaltensweisen ansetzt („form-based approach“), nicht geeignet sei, der Bipolarität unternehmerischen Verhaltens gerecht zu werden. Angelpunkt der Betrachtungsweise habe nicht das Verhalten, sondern die wettbewerbsschädigende Wirkung zu sein („effects-based approach“). Diese wirkungsorientierte Betrachtungsweise habe Hand in Hand zu gehen mit einer besser fundierten ökonomischen Analyse (sog. „more economics-based approach“). Zentrale Begriffe der Missbrauchsanalyse wie etwa der Terminus Leistungswettbewerb bedürften nämlich einer klaren ökonomischen Untermauerung, sollten sie nicht inhaltsleer sein.<sup>4)</sup> Andernfalls bestehe die Gefahr, dass nicht der Wettbewerb, sondern die Wettbewerber geschützt würden.

Die im Diskussionspapier vorgelegte Lösung kann als *pragmatische Variante des wirkungsorientierten Ansatzes* aufgefasst werden:

- Grundsätzlich wird darauf abgestellt, ob *auf dem Markt (!) eine Abschottungswirkung gegeben* ist und ob diese den Konsumentenutzen beeinträchtigt. Eine dogmatische Anwendung dieses Grundsatzes könnte aber darauf hinauslaufen, dass jeweils immer von Einzelfall zu Einzelfall mit enormem Aufwand die ununterbrochene Wirkungskette vom unternehmerischen Handeln bis zum Schaden für den Konsumenten nachgewiesen werden müsste.
- Um dem abzuwehren wurde der Weg gewählt, *ökonomisch begründete Szenarien* zu beschreiben, bei

Mag. *Rainer Kaltenbrunner* arbeitet als Nationalökonom in der Bundeswettbewerbsbehörde. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder, die sich nicht mit jener der Bundeswettbewerbsbehörde decken muss.

- 1) [Http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf); im Folgenden zitiert als „Diskussionspapier“. Alle Verweise auf Randnummern (RN) beziehen sich auf diese Unterlage.
- 2) [Http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_contributions.html](http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/article_82_contributions.html).
- 3) Siehe etwa: CLF Art 82 Review Group: The Reform of Article 82: Recommendations on Key Policy Objectives; in *European Competition Journal*, 1/2005, 179 ff.
- 4) Siehe etwa: OECD: What is Competition on the Merits? in „Policy Brief“, Paris, Juni (2006).

denen mit sehr großer Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass eine bestimmte Wirkung eintritt. Das Diskussionspapier stellt demgemäß in hohem Maße auf *Vermutungstatbestände* ab, die de facto zu einer Umkehr der Beweislast führen, aber auch in umgekehrter Richtung als „safe harbour“ geltend gemacht werden können. Auf Grund ihrer zentralen Bedeutung konzentriert sich daher der Beitrag auf diese Vermutungstatbestände.

- Ob die wettbewerbsschädliche Wirkung als bloß wahrscheinliche („likely“) oder als tatsächlich empirisch feststellbare („actual“) nachgewiesen werden muss, hängt maßgeblich von der Zeitdauer des beanstandeten Verhaltens ab. *Je länger dieses bereits andauert, desto höheres Gewicht ist den tatsächlichen Effekten beizumessen* (RN 55).

## 1. MARKTABGRENZUNG UND MARKTBEHERRSCHUNG

Bezüglich Marktabgrenzung und -beherrschung belässt es die Kommission beim bewährten Rahmen. Marktmachtmissbrauchsverfahren stellen allerdings insofern eine besondere Herausforderung dar, als wegen der Problematik der „cellophane fallacy“ nicht die geltenden Preise zur Marktabgrenzung herangezogen werden können und daher Alternativen erwogen werden müssen (RN 16 bis 19).

## 2. DER METHODISCHE RAHMEN ZUR ANALYSE DES VERHALTENS

### a) *Geeignetheit des Verhaltens*

Bezüglich dieses ersten Kriteriums birgt das Diskussionspapier keine Überraschungen (RN 58). Das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens muss der Sache nach die Eignung besitzen, aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern den (gewinnbringenden) Marktzutritt ganz oder teilweise zu verwehren. Dies wird weit gefasst: Es reicht auch hin, dass Markteintritt oder Wachstum entmutigt, Marktaustritt ermutigt oder eine weniger aggressive Wettbewerbsstrategie der Konkurrenz herbeigeführt wird.

### b) *Ausmaß und Wirkung<sup>5)</sup> des marktabschottenden Verhaltens*

In diesem zweiten Kriterium zur Charakterisierung missbräuchlichen Verhaltens hat der „effects-based approach“ seinen eigentlichen Niederschlag gefunden (RN 59). Als maßgebend angesehen werden folgende Faktoren:

- Das Ausmaß, in welchem das Verhalten angewandt wird („market coverage“). Dies wird zu meist auf die Bestimmung eines Marktanteils der dem betreffenden Verhalten ausgesetzten Kunden hinauslaufen.
- Die Zielgerichtetheit des Verhaltens, etwa hinsichtlich bestimmter Kundengruppen oder Wettbewerber.
- Der Grad an Marktbeherrschung.

Diese Faktoren sollen in Kombination nach Art einer *gleitenden Skala* („sliding scale“) angewandt werden. Deren Niveau soll Aufschluss über die *Wahrscheinlichkeit geben, dass ein Abschottungseffekt vorliegt*.

Vor einer mechanischen Anwendung der gleitenden Skala wird allerdings ausdrücklich gewarnt.

### c) *Der effiziente Mitbewerber als Orientierungsmaß*

Da das erzwungene Ausscheiden aus dem Markt ein wesentliches Strukturmerkmal des Wettbewerbsprozesses darstellt, bedarf es besonderer Sorgfalt, um das normale Wirken der „creative destruction“ vom wettbewerbsschädigenden Wirken eines Marktbeherrschers unterscheiden zu können. Das Diskussionspapier bedient sich zu diesem Zweck der Denkfigur des „as efficient competitor“. Es handelt sich dabei um einen hypothetischen Wettbewerber, der die Leistung auf dem betreffenden Markt ebenso effizient erbringt wie der Marktbeherrscher, also zu den gleichen Kosten wie dieser produziert. Aus der Anwendung dieses Konzepts ergibt sich eine *Vermutungsschwelle*, die in beiderlei Richtung wirkt: *Wenn ein „as efficient competitor“ (preislich) der Strategie des Marktbeherrschers nicht standhalten kann, liegt ein Behinderungsmisbrauch vor; im umgekehrten Fall dient dies als Rechtfertigung für das beklagte Unternehmen* (RN 66). Dieses Konzept birgt allerdings Probleme sowohl in konzeptioneller Hinsicht als auch mit Blickpunkt auf die Datenlage:

- Es stellt sich die Frage, ob in der Vergleichsbasis spezifische Vorteile wie Skalenerträge, Lerneffekte etc zu berücksichtigen sind. Die Art und Weise, wie diese Frage beantwortet wird, kann zu diametral entgegengesetzten Ergebnissen führen. Das Diskussionspapier ist hier mit „apply (...) in its specific market context“ wenig hilfreich (RN 67).
- Bezüglich der empirischen Erhebung der Kosten bietet das Diskussionspapier einige Hilfskonstruktionen an: Wenn nichts anderes bekannt, *erfolgt bei Mehrproduktunternehmen die Zuteilung der Gemeinkosten in Relation zu den Umsätzen der einzelnen Produkte* (RN 65). Liegen Daten des Marktbeherrschers nicht vor, können ersatzweise *die Kosten eines offenbar („apparently“) ebenso effizienten Mitbewerbers herangezogen werden* (RN 67).

### d) *Zielvariable: Konsumentennutzen*

Der Konsumentennutzen dient primär als konzeptionelles Kriterium, um klarer zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Schutz des Wettbewerbers unterscheiden zu können und so den Begriff des Leistungswettbewerbs mit Inhalt zu erfüllen. Die Wirkungskette kann daher lose gefasst werden: Der Schaden für den Konsumenten kann sowohl mittelbar („indirect“) als auch unmittelbar („direct“) aus der Abschottung erwachsen und sowohl im kurz- wie im langfristigen Zusammenhang von Bedeutung sein. Hier stoßen wir auf einen für die Analyse bedeutsamen Vermutungstatbestand: *Die Beeinträchtigung einer zwischengelagerten Handelsstufe gilt auch als Beeinträchtigung des Endverbrauchers* (RN 55).

5) Im Diskussionspapier zusammenfassend als „incidence“ bezeichnet.

### 3. RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE UND EFFIZIENZEINREDE

Die Heranziehung des Konsumentennutzens als Zielvariable erfordert logisch zwingend die Ermöglichung einer gesonderten Effizienzeinrede über die bekannten Rechtfertigungsgründe hinaus. Das Diskussionspapier lehnt sich dabei eng an Art 81 Abs 3 EGV und die FKVO an. Auf eine Darlegung im Einzelnen kann daher verzichtet werden.

Bei Überschreiten bestimmter Vermutungsschwellen wird die Effizienzeinrede allerdings nicht zugelassen: Dies gilt zum einen für eine *Marktposition, die einem Monopol nahe kommt* (angenommen als Marktanteil von 75% verbunden mit erheblichen Eintrittsbarrieren) und zum anderen für den *Fall sehr unelastischer Nachfrage* (RN 90 und 92).

### C. SPIELARTEN DES BEHINDERUNGSMISSBRAUCHS

#### 1. KAMPFPREISSTRATEGIEN

Die Orientierung am AKZO-Urteil bildet nach wie vor die Richtschnur: Dh die Missbrauchsabsicht muss dann nicht nachgewiesen werden, wenn der Kampfpriest eine bestimmte Kostenmarge unterschreitet. Das Diskussionspapier nimmt insoweit eine Verbesserung der Kalkulationsgrundlage vor, als es *nicht mehr die durchschnittlichen variablen Kosten (AVC), sondern die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (AAC)* (RN 108) heranzieht. Darunter sind jene Kosten zu verstehen, die das Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es die Behinderungsstrategie unterlassen hätte. Unterschiede zwischen AAC und AVC ergeben sich dann, wenn etwa zusätzliche Kapazitäten eingesetzt wurden, deren Fixkosten nicht in den AVC, wohl aber in den AAC enthalten sind.

Für erst *vor kurzem liberalisierte Sektoren* wie den der Telekommunikation, werden als relevantes Kostenmaß die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten herangezogen (RN 126). Dies stellt für die Unternehmen eine sehr hohe Hürde dar, da sich dieses Maß von den durchschnittlichen Gesamtkosten nur durch den Abzug der nicht produktspezifischen Gemeinkosten unterscheidet. Die Begründung ist ua in der Kostenstruktur zu suchen, die ein sehr niedriger Anteil an variablen Kosten auszeichnet.

Liegen die Kampfpriest über diesem Kostenmaß, ist ein direkter oder indirekter Nachweis der Absicht erforderlich. Hier lässt das Diskussionspapier in zwei Fällen eine Abweichung vom Auswirkungsprinzip zu: beim direkten Nachweis, der schlüssige und detaillierte Firmendokumente/-aussagen erfordert (RN 113) und beim indirekten Nachweis dann, wenn die *Missbrauchsabsicht als einzige betriebswirtschaftlich rationale Erklärung des unternehmerischen Verhaltens nachgewiesen werden kann* (RN 116). In allen anderen Fällen muss allerdings sogar der Nachweis für tatsächlich eingetretene Effekte erbracht werden.

Eine Neuerung nimmt das Diskussionspapier bei den Obergrenzen vor: Unter bestimmten Bedingungen können (bei Nachweis der Absicht) *Kampfpriest auch dann vorliegen, wenn sie über den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen*: Dies gilt für kollektive Ab-

schottungsstrategien (RN 128) und für außergewöhnliche Effizienzvorteile, etwa auf Grund von erheblichen Skalenerträgen, die für Wettbewerber unerreichbar sind. Für diesen Fall ist aber nachzuweisen, dass der Marktbeherrscher wegen genau dieser Vorteile den Marktzutritt verhindern kann (RN 129).

#### 2. EXKLUSIVITÄT UND RABATTE

Eingangs ist klarzustellen, dass Gegenstand des betreffenden Abschnitts des Diskussionspapiers nur eine bestimmte Art von Rabatten ist, nämlich jene, die eine *Marktabschottung gegenüber Konkurrenten, die auf der gleichen (vorgelagerten) Marktstufe tätig sind, bewirken und zwar mittels Behinderung des Zugangs zum nachgelagerten Markt*. Dabei ist zu unterscheiden zwischen *bedingten Rabatten*, die am Erreichen bestimmter Umsatzschwellen anknüpfen und *nicht bedingten Rabatten*, die nicht an Umsatzzielen, sondern an anderen Kundencharakteristika (zB Lage) orientiert sind. Bei bedingten Rabatten ist wiederum zu differenzieren zwischen *retroaktiven Rabatten*, bei welchen die Preisabschläge auch für unter der Umsatzschwelle liegende Umsätze gewährt werden, und *Rabatten auf Zusatzkäufe*, die nur auf den über die Schwelle hinausgehenden Umsatz Anwendung finden.

*Folgende Grundüberlegungen prägen die Analyse:*

- Rabatte werden als eine Art Kampfpriest aufgefasst und demgemäß in Anlehnung an die dabei entwickelte Methode analysiert.
- Die Nachfrage, der sich der Marktbeherrscher gegenüber sieht, kann – zumindest konzeptionell – unterteilt werden in einen bestreitbaren („contestable“) und in einen nicht-bestreitbaren („non-contestable“) Teil. Dies ist so zu verstehen, dass durch die starke Stellung des Marktbeherrschers die nachgelagerte Ebene dessen Produkt als ein „Must“ in ihr Sortiment aufnehmen muss. Eine rationale Geschäftsstrategie wird es also vermeiden, Rabatte für den nicht-bestreitbaren Teil des Absatzes zu gewähren. Durch Gewährung von Rabatten kann sich somit eine Art Absaugeffekt („suction effect“) ergeben, der (gleichermaßen effizienten) Mitbewerbern einen bestreitbaren Teil des Marktes entzieht.
- Ein wesentliches Kriterium für die Abschottungswirkung sind das Maß an Selektivität bzw die Zielgerichtetheit des Rabattsystems, dh ob es auf für den Marktbeherrscher „problematische“ (zB wechselbereite) Kundengruppen bzw auf die individuellen Absatzmengen der Kunden zugeschnitten ist.

Bei *retroaktiven Rabatten* stellt sich in der Analyse die schwierige Frage, welchem Teil des Umsatzes die Rabatte eigentlich zuzurechnen sind, um einen korrekten Vergleich mit dem Kostenmaß zu gestatten. Zur Quantifizierung dieses Anteils wendet das Diskussionspapier komplizierte Berechnungen an, auf deren Darstellung hier umso leichter verzichtet werden kann, als ihre Wiedergabe im definitiven Papier noch keineswegs sicher ist. Die Grundüberlegung läuft auf Folgendes hinaus: Sind die Wettbewerber in einem bestimmten Markt, eine kritische Masse an Verkäufen („com-

mercially viable share“) bei den Unternehmen der nachgelagerten Ebene abzusetzen oder werden sie dadurch darin gehindert, dass (zumindest) für diese kritische Masse der Marktbeherrscher einen effektiven Preis (dh inkl Rabatt) verrechnet, der unter seinen Kosten liegt? *Als Messlatte dienen die durchschnittlichen Gesamtkosten* (RN 154). Dieses hohe Kostenmaß resultiert daraus, dass Unterkostenverkäufe via Rabatte keine Gewinneinbuße bedingen und zu keiner Senkung des Durchschnittspreises für den Endverbraucher führen.

Bei *Rabatten auf Zusatzkäufe* gelangen je nach Zielgerichtetheit unterschiedliche Kostenmaße zur Anwendung. Nicht zielgerichtete (insb standardisierte) Rabattsysteme weisen keinen Absaugeffekt aus und entfalten daher nur dann eine Abschottungswirkung, wenn der effektive Preis unter den durchschnittlichen vermeidbaren Kosten liegt (RN 168 u 169). Bei zielgerichteten (dh insb bei individualisierten) Systemen stellen die durchschnittlichen Gesamtkosten die Schranke dar (RN 168 u 169).

Bei den *nicht bedingten Rabatten* gelangen die gleichen Überlegungen zur Anwendung, wobei vom Ausmaß an Selektivität auf die Missbrauchsabsicht geschlossen werden kann. Bei deren Vorliegen sind die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten der Maßstab (RN 171).

### 3. KOPPELUNGSGESCHÄFTE

Bezüglich der Arten von Koppelung (vertraglich, technisch, kommerziell) bringt das Diskussionspapier ebenso wenige Neuerungen wie hinsichtlich der Kriterien, die zur Definition einer separaten Leistung anzuwenden sind.

Von Interesse ist die Herangehensweise, *wie bei kommerzieller Koppelung festzustellen ist, ob ein Abschottungseffekt vorliegt:*

- Die Entscheidungsmethode orientiert sich wiederum an der bei Kampfpreisstrategien entwickelten. Als Kostenmaß werden die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten des gekoppelten Produkts herangezogen, welche die produktspezifischen Fix- und variablen Kosten beinhalten (RN 190).
- Sofern keine anderen Daten vorliegen, wird der Preis des gekoppelten Produkts (B) aus der Differenz von Gesamtpreis (A+B) und Preis des Koppelungsguts (A) errechnet (RN 192). Wird die Koppelung mittels Rabatten erzielt, ist der Effekt unter der Annahme zu berechnen, dass der Kunde A weiter bezieht, aber auf B verzichtet, dh der Rabatt wird in der Regel Gut B zugerechnet (RN 193).

Bei allen Koppelungsformen wird *ein Abschottungseffekt nur dann vermutet, wenn von der Koppelung mehr als ein Drittel des gekoppelten Marktes betroffen ist*, außer die Koppelungsstrategie richtet sich selektiv auf bestimmte Kundengruppen aus (RN 198).

### 4. LIEFERVERWEIGERUNG

Da Abschlusszwang einen besonders schweren Eingriff in das langfristige Anreizsystem einer Marktwirtschaft darstellt, unterscheidet das Diskussionspapier deutlich zwischen Fällen, die den Abbruch einer bestehenden Lieferbeziehung betreffen und solchen, die auf die Neuaufnahme einer Geschäftsbeziehung hinauslaufen.

Bei Abbruch einer bestehenden Geschäftsbeziehung durch den Marktbeherrscher wird von der Vermutung ausgegangen, dass *in der Regel deren Fortsetzung wettbewerbsfördernd* ist (RN 217). Dies gilt insb dann, wenn der Marktbeherrscher selbst auf dem betreffenden nachgelagerten Markt tätig ist (RN 222). Wird die Lieferverweigerung in Form von überhöhten Preisen für das Produkt der vorgelagerten Ebene („margin squeeze“) realisiert, gilt als Maßstab für Missbrauch, ob bei den gegebenen Preisen der Marktbeherrscher selbst das Geschäft gewinnbringend führen könnte (RN 220).

Bei Weigerung, eine Lieferbeziehung neu aufzunehmen, geht das Diskussionspapier von den strengen Voraussetzungen aus, die für „essential facility“ durch die Entscheidungen des EuGH, insb in den Fällen „Bronner“ und „IMS-Health“, festgeschrieben wurden. Niedrigere Schutzstandards werden allerdings der *Herausgabe von Informationen zugemessen, die der Interoperabilität von Systemen dienen und deren Nichtweitergabe die Übertragung einer marktbeherrschenden Stellung von einem Markt auf einen anderen erlaubt* (RN 242). Hier stand offensichtlich der Fall Microsoft Pate.

#### SCHLUSSSTRICH

*Die Europäische Kommission hat ein umfassendes Diskussionspapier zur Fallgruppe des Behinderungsmissbrauchs nach Art 82 EGV vorgelegt, welches von einem sehr ökonomischen Ansatz geprägt ist. Fraglich ist, wie sich dieser Ansatz auf die effektive Möglichkeit für ein „Private Enforcement“ in diesem Bereich – also die Verfolgung von Kartellrechtsverstößen durch Klagen Privater – auswirkt.*