

Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften

herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Matthias Keller

**Die Systematisierung von
Rechtfertigungsgründen
im preisbezogenen
Behinderungsmissbrauch
nach Art. 102 AEUV**

Eine interdisziplinäre Analyse
der Praktikabilität und Integrationsfähigkeit

Matthias Keller

Die Systematisierung von
Rechtfertigungsgründen im
preisbezogenen Behinderungsmissbrauch
nach Art. 102 AEUV

WÜRZBURGER
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE SCHRIFTEN

Herausgegeben
von der
Juristischen Fakultät der Universität Würzburg

Band 114

ERGON VERLAG



Matthias Keller

Die Systematisierung von
Rechtfertigungsgründen im
preisbezogenen Behinderungsmissbrauch
nach Art. 102 AEUV

Eine interdisziplinäre Analyse der
Praktikabilität und Integrationsfähigkeit

ERGON VERLAG



Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2020
u.d.T.: Die Systematisierung von Rechtfertigungsgründen im Testverfahren
zu preisbezogenen Behinderungsmisbräuchen nach Art. 102 AEUV –
Eine interdisziplinäre Analyse der Praktikabilität und Integrationsfähigkeit
unter dem Einfluss des more economic approach

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.

© Ergon – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021
Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb des Urheberrechtsgesetzes bedarf der Zustimmung des Verlages.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen jeder Art, Übersetzungen, Mikroverfilmungen
und für Einspeicherungen in elektronische Systeme.
Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.
Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung
bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
Umschlaggestaltung: Jan von Hugo

www.ergon-verlag.de

ISSN 1432-0339
ISBN 978-3-95650-753-3 (Print)
ISBN 978-3-95650-754-0 (ePDF)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/19 von der Graduate School of Law, Economics and Society (GSLES) der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung konnte das Manuskript überarbeitet und auf den Stand vom 31. Mai 2021 gebracht werden. Rechtsprechung und Literatur wurden soweit erforderlichlich zu diesem Datum ergänzt.

Herzlichst danken möchte ich an erster Stelle meinem verehrten akademischen Lehrer und Erstbetreuer, Herrn Professor *Dr. Florian Bien*, Maître en Droit (Aix-Marseille III). Er hat mich nicht nur während der äußerst lehrreichen und prägenden Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl in jeder Hinsicht gefördert und unterstützt, sondern mir zugleich die größtmögliche Freiheit bei der Auswahl und Bearbeitung des Promotionsthemas gewährt. Seine Fürsorge und sein umfassender Rat waren für mich weit über das Fachliche hinaus immer sehr wertvoll. Hierfür schulde ich ihm meine aufrichtige und fortdauernde Verbundenheit.

Mein Dank gebührt ebenso meinem Zweitbetreuer, Herrn Professor *Norbert Schulz*, Ph.D. Durch seine wertvollen Denkanstöße und stete Gesprächsbereitschaft hat er die Arbeit in ihrer Entstehung maßgeblich bereichert.

Wichtige Anregungen hatte ich darüber hinaus durch den stets konstruktiven und fachbereichsübergreifenden Dialog im Rahmen des interdisziplinären Forschungsprojektes „Preisbezogene Behinderungsmisbräuche im ökonomisierten Unionskartellrecht“ erhalten, einem inhaltlichen Schwerpunkt der Würzburger Arbeitsgruppe Wettbewerb und Regulierung.

Dem Ergon-Verlag und insbesondere Herrn *Dr. Alfred Hoffmann* danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Würzburger rechtswissenschaftliche Schriften“.

Danken möchte ich auch meinen ehemaligen Kolleginnen und Kollegen vom Paradeplatz, welche, nicht zuletzt durch zahlreiche Hinweise und Ratschläge sowie konstruktive Mittagspausen, die unzähligen Stunden in den Teil-Bibliotheken angenehmer gestaltet haben. Durch sie werde ich meine Promotionszeit in schöner Erinnerung behalten.

Ohne den uneingeschränkten Rückhalt meiner Familie wäre die Arbeit in der vorliegenden Form jedoch nicht möglich gewesen. Zutiefst verbun-

Vorwort

den bin ich allen voran meinen Eltern, *Heinz* und *Ulla Keller*, von denen ich während meiner gesamten Ausbildung nicht nur jede denkbare Unterstützung erfahren, sondern stets auch motivierenden Zuspruch erhalten habe. Ein besonderer Dank gilt ebenso meinen beiden Brüdern, *Andreas Keller* und *Tobias Keller*, die sich trotz eigener erheblicher Arbeitsbelastung gleichermaßen sorgfältig wie zügig der kritischen Lektüre des Manuskripts widmen konnten. Ihre mühevoll durchsichtige Textarbeit war von unschätzbarem Wert.

Nicht in Worte zu fassen ist schließlich der Dank, den ich meiner lieben Frau *Olga* schulde. Sie stand immer an meiner Seite und hat mir durch ihre besondere Art und wertvolle moralische Unterstützung auch in schwereren Phasen der Promotionszeit die notwendige Kraft gegeben, um diese Arbeit zu verwirklichen.

Osterburken, im Mai 2021

Matthias Keller

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einleitende Bemerkungen	21
A. Themenaufriß und Verortung der Rechtfertigung	21
B. Der rechtliche Rahmen missbrauchsanalytischer Verhaltensbeurteilung	23
C. Gang der Untersuchung	28
<i>Teil I Die Bedeutung von Rechtfertigungsgründen im ökonomisierten Unionskartellrecht – Standortbestimmung und kategorisierende Ausrichtung</i>	31
Kapitel 1 Legitimation von Rechtfertigungsgründen und dogmatische Einordnung	33
A. Allgemeine Grundlagen	33
B. Normative Anbindung objektiver Rechtfertigungsgründe an den Tatbestand des Art. 102 AEUV	42
I. Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung im Sprachgebrauch	42
II. Wettbewerbsrechtliche Anknüpfungspunkte für die missbrauchsanalytische Integration objektiver Rechtfertigungsgründe	43
1. Analoge Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV	44
2. Ausfüllung rechtlicher Generalklauseln	46
3. Hierarchisch übergeordnete Zielvorstellungen	47
III. Wertende Betrachtung	48
C. Erstes Zwischenfazit	50

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 2 Systematische Grundlagen der Rechtfertigungs- begründung	53
A. Die Bedeutung der Rechtfertigungsbegründung nach Art. 102 AEUV	53
I. Begriffliche Einordnung und Terminologie	53
II. Die Kategorisierung von Rechtfertigungsgründen im rechtlichen Kontext	56
1. Kategorisierungsansätze	56
2. Systematische Präzisierung der missbrauchsanalytischen Rechtfertigungsgründe	58
III. Wertende Betrachtung	65
B. Ökonomische Implikationen bei der Eingrenzung des Art. 102 AEUV auf Rechtfertigungsebene	67
I. Ökonomisch begründete Vermeidung von Entscheidungs- fehlern	67
1. Fehlerpotenzial in der missbrauchsanalytischen Bewertung nach Art. 102 AEUV	67
2. Ökonomische Auswertung	70
a. Analytische Grundlage	70
b. Rechtfertigungspotenzial von Typ I-Fehlern	73
c. Missbrauchspotenzial von Typ II-Fehlern	75
d. Qualität und Verhältnis von Typ I-Fehlern und Typ II- Fehlern	77
3. Wertende Betrachtung	82
II. Methodik	84
1. Allgemeine Grundlagen der Stochastik	84
2. Hypothesen- oder Signifikanztest	85
3. Juristische Interpretation der ökonomisch geprägten Teststruktur	88
III. Mikroökonomische Modellierung im Sinne von Nash	90
1. Definition	91
2. Konzeptionelle Ausgestaltung	92
3. Ökonomische Darstellung der Entscheidungsfindung in strategischer Form	95
4. Wertende Betrachtung	98
C. Transformation ökonomischer Erkenntnisse in Rechtsregeln	99
D. Zweites Zwischenfazit	102

<i>Teil II Ausfüllung des Rechtfertigungsbedürfnisses im missbrauchs-analytischen Bewertungsprozess – Rechtfertigungsgründe in der kartellrechtlichen Diskussion</i>	107
Kapitel 3 Auswirkungsbasierte Rechtfertigungsgründe auf Grundlage der Effizienz	109
A. Allgemeine Grundlagen des effizienzbasierten Ansatzes	109
I. Effizienzorientierung im Leitbild der Kommission	109
II. Anerkennung auswirkungsbasierter Rechtfertigungsgründe in der Rechtspraxis	113
B. Effizienzorientierung marktbeherrschender Unternehmen	117
I. Allgemeine Grundlagen	117
II. Effizienzbasierte Folgeerträge	119
1. Ausprägungen	119
a. Größen- und Verbundvorteile	119
b. Transaktionskostenbegünstigungen	122
c. Rationalisierung und Spezialisierung	125
d. Technischer Fortschritt	129
e. Netzeffekte	131
2. Fallbeispiel: Lothian vs. First Edinburgh	137
a. Fallgestaltung	138
b. Kostenanalytische Missbrauchsbewertung	141
c. Netzeffekte als rechtfertigungsfähiges Element	143
d. Kurzfazit des Urteils	146
3. Ökonomische Auswertung	146
a. Erfordernis zur Abwägung	146
b. Williamson trade-off model	147
4. Wertende Betrachtung	153
III. Reduktion von X-Ineffizienzen	161
1. Ausprägung	161
2. Ökonomische Auswertung	164
3. Wertende Betrachtung	167
C. Drittes Zwischenfazit	170

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 4	Prozessorientierte Rechtfertigungsgründe im Wettbewerb	175
A.	Allgemeine Grundlagen des prozessorientierten Ansatzes	175
B.	Offensive Folgeerhebungen wettbewerblicher Natur und Verlustkompensation	179
I.	Einführungsangebote und kurzfristige Werbemaßnahmen	181
1.	Ausgestaltung	181
a.	Erschließung neuer Märkte durch Produkteinführungen	181
b.	Kurzfristige Werbemaßnahmen zu Positionierungszwecken in der Kundenneugewinnung	183
2.	Fallbeispiel: Wanadoo Interactive	184
a.	Fallgestaltung	185
b.	Auswertung	189
aa.	Kostenanalytische Missbrauchsbewertung	189
bb.	Bewertung der Rechtfertigungsfähigkeit von Investitionskosten durch die Kommission	196
c.	Kurzfasit des Urteils	197
3.	Ökonomische Darstellung	198
4.	Wertende Betrachtung	201
II.	Verlustführung und komplementäre Produkte	206
1.	Ausgestaltung	206
2.	Wertende Betrachtung	209
III.	Viertes Zwischenfasit	217
IV.	Stellenwert der zeitlichen Dimension bei investitionsinduzierter Rechtfertigungsprüfung	220
1.	Temporale Ausrichtung und Analysemethodik	220
a.	Periodengerechte Vergleichsbetrachtung	220
b.	Periodenübergreifende Gesamtbetrachtung	223
c.	Gewichtung der Ansätze	227
2.	Perspektivische Ausrichtung der Bewertungsmethodik	228
3.	Wertende Betrachtung	230
V.	Fünftes Zwischenfasit	232
C.	Defensive Preissenkungen	235
I.	Meeting competition defense als reine Abwehrreaktion	235
1.	Ausgestaltung	235
2.	Fallbeispiel: Einlösen von Rabatt-Coupons	240
a.	Fallgestaltung	241
b.	Lauterkeitsrechtliche Bewertung	243

c. Auswertung in Bezug auf kartellrechtliche Implikationen	244
d. Kurzfazit des Urteils	246
3. Ökonomische Auswertung	246
4. Wertende Betrachtung	252
II. Verlustminimierung durch Abbau von Überschusskapazitäten oder Entgegenwirken einer drohenden alsbaldigen Unverkäuflichkeit	260
1. Ausgestaltung	260
2. Ökonomische Auswertung	264
3. Wertende Betrachtung	274
III. Sechstes Zwischenfazit	279
Kapitel 5 Vermittelnde Rechtfertigungsgründe im Vertikalverhältnis	283
A. Allgemeine Grundlagen	284
B. Verhinderung einer doppelten oder mehrfachen Marginalisierung	285
I. Ausgestaltung	285
II. Ökonomische Auswertung	289
III. Wertende Betrachtung	297
C. Übertragung und Verrechnung gegenseitiger Leistungen	300
I. Ausgestaltung	300
II. Wertende Betrachtung	303
D. Siebtes Zwischenfazit	306
Resümee	309
Literaturverzeichnis	315
Verzeichnis der Urteile und Entscheidungen	339
A. Entscheidungen europäischer Gerichte	339
B. Entscheidungen nationaler Gerichte	342
C. Entscheidungen internationaler Gerichte	342

Inhaltsverzeichnis

D. Entscheidungen der Kommission	343
E. Sonstige Entscheidungen – National	344
F. Sonstige Entscheidungen – International	345

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Wahrscheinlichkeitstheoretische Dichtefunktion	72
Abbildung 2:	Rechtfertigungspotenzial Typ I-Fehler	74
Abbildung 3:	Missbrauchspotenzial Typ II-Fehler	76
Abbildung 4:	Missbrauchsanalytische Rechtfertigungsintegration für Typ I-Fehler	78
Abbildung 5:	Missbrauchsanalytische Rechtfertigungsintegration für Typ II-Fehler	80
Abbildung 6:	Entscheidungsstabilität und Nash-Gleichgewicht	93
Abbildung 7:	Entscheidungsfindung in strategischer Form	96
Abbildung 8:	Williamson trade-off model	149
Abbildung 9:	X-Ineffizienzen und durchschnittl. Gesamtkosten	164
Abbildung 10:	X-Ineffizienzen und Annäherung der Kostenkurven	166
Abbildung 11:	Kurzfristige Werbemaßnahmen und Verlustkompensation	199
Abbildung 12:	Wiederkehrende Werbemaßnahmen und Verlustkompensation	200
Abbildung 13:	Bertrand-Modell mit Preisreaktionsfunktion	248
Abbildung 14:	Monopolistisch konkurrierende Unternehmen	267
Abbildung 15:	Monopolistische Konkurrenz und veränderte Marktnachfrage	271
Abbildung 16:	Doppelte oder mehrfache Marginalisierung	290

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/r Ansicht, andere/r Auffassung
A. C.	Appeal Cases
a. F.	alte Fassung
AAC	average avoidable costs, durchschnittliche vermeidbare Kosten
ABl. EG/EU	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/Union
Abs.	Absatz
AER	American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
ALJ	Antitrust Law Journal
Ann. Math.	Annals of Mathematics
Art., Artt.	Artikel
AT	Angebot, Angebotskurve
ATC	average total costs, durchschnittliche totale Kosten
AVC	average variable costs, durchschnittliche variable Kosten
Az.	Aktenzeichen
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Bell J. Econ.	Bell Journal of Economics [Vorläufer des RAND J. Econ.]
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CAT	Competition Appeal Tribunal
C (x)	Kosten, die für die Herstellung des Gutes x anfallen

Abkürzungsverzeichnis

C (y)	Kosten, die für die Herstellung des Gutes y anfallen
ca.	circa
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cir.	Circuit Court
CLR	Competition Law Review
CMA	Competition and Markets Authority
CMLR	Common Market Law Review
Comp. Trib.	Competition Tribunal
Corp.	Corporation
CSLE	Center for the Study of Law and Economics
d. h.	das heißt
D.	District (bei US-amerikanischen Entscheidungen)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DG	Directorate General
dies.	dieselbe, dieselben
Div.	Division
Dok.	Dokument
durchschnittl.	durchschnittlich, durchschnittliche/r
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
ebd.	ebenda, ebendort
EC	European Community
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
EER	European Economic Review
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
ELR	European Law Review
Entsch.	Entscheidung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro

EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F & E	Forschung und Entwicklung
F. (2d, 3d), F. Supp. (2d)	Federal Reporter (Fallrechtssammlung der Bundesberufungsgerichte, 1-3. Serie und Ergänzungsbände)
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FRF	Franc français
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
GBP	Great Britain Pound
GD	Generaldirektion
GE	Geldeinheit/en
gem.	gemäß
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
grdl.	grundlegend
grds.	grundsätzlich
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR-RS	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungssammlung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hervorh.	Hervorhebung/en
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel

Abkürzungsverzeichnis

i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. v.	im Sinne von
Inc.	Incorporated
inkl.	inclusive
insb.	Insbesondere
Int. J. Ind. Org.	International Journal of Industrial Organization
IRLE	International Review of Law and Economics
IuK	Information und Kommunikation
J. Aer. Sci.	Journal of the Aeronautical Sciences
J. Evol. Econ.	Journal of Evolutionary Economics
J. Urb. Econ.	Journal of Urban Economics
JbNS	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JCLE	Journal of Competition Law and Economics
JdS	Journal des Savants
JEBO	Journal of Economic Behavior & Organization
JEMS	Journal of Economics and Management Strategy
JEP	Journal of Economic Perspectives
Jg.	Jahrgang
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JLE	Journal of Law & Economics
JLS	Journal of Legal Studies
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JMR	Journal of Marketing Research
JPE	Journal of Political Economy
juris	Juristisches Informationssystem für die Bundesrepublik Deutschland
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informations- recht
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas
KG	Kammergericht
KYKLOS Int. Rev. Soc. Sci.	KYKLOS International Review for Social Sciences
LG	Landgericht
lit.	litera
LRAIC	long-run average incremental cost

Ltd.	Limited Company
Ltd. & Co. KG	Limited & Compagnie Kommanditgesellschaft
m. w. Nw.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Multimedia und Recht
MR-Int	Medien und Recht International
n. F.	neue Fassung
NBER	National Bureau of Economic Research
NE	Nachfrage, Nachfragekurve
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
No.	Number, Heft
NPV	Net Present Value, Kapitalwert
Nr.	Nummer
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OLG	Oberlandesgericht
Plc.	Public Limited Company
Pol. Mkt. Sci.	Policy Marketing Science
PVZ	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RAND J. Econ.	RAND Journal of Economics
Rdnr.	Randnummer
resp.	respektive
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
Rev. Ind. Org.	Review of Industrial Organization
RF	Reaktionsfunktion
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rs.	Rechtssache
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S.	Seite, Satz
SA	Société Anonyme
Sec.	Section
Slg.	Sammlung
SMJ	Strategic Management Journal
SSRI	Social Systems Research Institute

Abkürzungsverzeichnis

Supp.	Supplement
TV	Terminal Value, Endwert, Restwert
u. a.	unter anderem, und andere
U. Chi. L. Rev.	University Chicago Law Review
U. S.	United States Reports, United States
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
Verf.	Verfasser
Verw.	Verweis
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume, Band
vs.	versus
W. Comp.	World Competition
Web-Dok.	Web-Dokument
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Würzb. Arb. Wirtschaftsr.	Würzburger Arbeiten zum Wirtschaftsrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E EU-V	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Europäische Union – Verwaltung
YLJ	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZfW	Zeitschrift für Wirtschaftspolitik
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft [Vorläufer des JITE]
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht