

Berichte aus der Rechtswissenschaft

**Kathrin Najork**

**Die Beurteilung von Quersubventionen nach  
den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages**

D 98 (Diss. Universität Bonn)

**Shaker Verlag  
Aachen 2004**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel 1 Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>A. Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>B. Ansatz der Untersuchung .....</b>	<b>2</b>
I. Der Begriff Quersubventionen.....	2
II. Betriebswirtschaftliche Beweggründe für Quersubventionierung .....	4
1. Preisbildung im Unternehmen .....	4
2. Misch- oder Ausgleichskalkulation.....	5
3. Preisdifferenzierung.....	6
III. Volkswirtschaftliche Einschätzung.....	7
IV. Einschlägiges europäisches Primärrecht .....	8
<b>C. Gang der Untersuchung.....</b>	<b>8</b>
I. Die betrachteten Fallgruppen von Quersubventionen.....	8
II. Der Maßstab der Untersuchung .....	9
<b>Kapitel 2 Vorstellung der Fallgruppen .....</b>	<b>11</b>
<b>A. Bevorzugung von Nachfragern innerhalb eines sachlichen Marktes (Fallgruppe I) .....</b>	<b>11</b>
I. Definition der Fallgruppe .....	11
II. Fallbeispiele .....	11
<b>B. Geographischer Binnenausgleich in einem sachlichen Markt (Fallgruppe II).....</b>	<b>13</b>
I. Definition der Fallgruppe .....	13
II. Fallbeispiele .....	14
<b>C. Transfer staatlich geschützter Wettbewerbsvorteile in freie Märkte (Fallgruppe III).....</b>	<b>16</b>
I. Definition der Fallgruppe .....	16
II. Fallbeispiele .....	17
III. Identifikation von Transfers staatlich geschützter Wettbewerbsvorteile.....	20
1. Fully Distributed Costs.....	21
2. Incremental Costs und Net Incremental Costs.....	22
3. Stand Alone Costs .....	23
4. Kombinierte Tests .....	24
5. Die Position der Kommission .....	25
6. Stellungnahme .....	27

<b>Kapitel 3 Art. 82 EG-Vertrag – Quersubventionen bei marktbeherrschenden Unternehmen .....</b>	<b>31</b>
<b>A. Beherrschende Stellung auf dem Markt .....</b>	<b>32</b>
<b>B. Zusammenhang zwischen beherrschtem Markt und Markt des Mißbrauchs beziehungsweise zwischen mißbräuchlichem Verhalten und Marktbeherrschung .....</b>	<b>32</b>
I. Vertragstext .....	33
II. Entscheidungen des EuGH vor Tetra Pak II .....	33
III. Positionen der EG-Organen in Tetra Pak II .....	35
1. Die Kommission .....	35
2. Das EuG zu Tetra Pak II .....	36
3. Der EuGH zu Tetra Pak II .....	37
4. Generalanwalt Colomer zu Tetra Pak II .....	38
IV. Positionen in der Literatur .....	38
V. Stellungnahme .....	40
<b>C. Der Tatbestand des Mißbrauchs der Marktmacht gemäß Art. 82 Satz 1 EG-Vertrag .....</b>	<b>42</b>
<b>D. Mißbrauch, nur durch den Versuch, eine beherrschende Stellung auf einen nicht beherrschten Markt auszudehnen .....</b>	<b>43</b>
<b>E. Mißbrauch durch niedrige Preise .....</b>	<b>45</b>
I. Die verschiedenen Ansätze zur Feststellung der Kampfpreisunterbietung .....	47
1. Exkurs: Grundbegriffe der Kostentheorie .....	47
2. Reine Preis-Kosten-Relation / Areeda-Turner-Test .....	48
3. Zweigliedrige, marktstrukturelle Betrachtung .....	50
4. Möglichkeit der Wiedereinbringung der Verluste .....	51
5. Verdrängungsabsicht .....	52
6. Marktverhalten unter bestimmten Markt Voraussetzungen .....	53
7. Gesamtheitliche Betrachtung aller tatsächlichen Umstände .....	53
8. Vergleich mit einem Als-ob-Wettbewerbspreis .....	53
II. Praxis der Gemeinschaftsorgane .....	54
1. AKZO .....	54
2. Hilti .....	56
3. Tetra Pak II .....	57
4. Irish Sugar .....	59
5. Compagnie Maritime Belge .....	60
III. Stellungnahme .....	62

IV.	Anrechnung gemeinsamer Kosten bei der Feststellung von Niedrigpreisen .....	65
1.	Sonderregeln für Mehrproduktunternehmen?.....	66
2.	Die Entscheidung der Kommission zur Deutschen Post AG .....	67
<b>F.</b>	<b>Mißbrauch durch Quersubventionierung als Transfer in freie Märkte .....</b>	<b>68</b>
<b>G.</b>	<b>Mißbrauch durch hohe Preise .....</b>	<b>71</b>
I.	Quersubventionierung allein ist kein Indiz für mißbräuchlich hohe Preise .....	71
II.	Der Nachweis mißbräuchlich hoher Preise durch Gemeinschaftsorgane .....	72
III.	Erforderlichkeit der Kontrolle überhöhter Preise .....	73
IV.	Methoden zur Ermittlung der Preisüberhöhung .....	74
V.	Ergebnis zum Preishöhenmißbrauch für die einzelnen Fallgruppen .....	75
VI.	Einbeziehung von Ineffizienzen bei der Fallgruppe des Transfers in freie Märkte .....	76
<b>H.</b>	<b>Diskriminierungsmißbrauch .....</b>	<b>77</b>
I.	Über Art. 82 Satz 2 lit. c EG-Vertrag hinausgehende Diskriminierung, insbesondere Diskriminierung von Verbrauchern .....	78
II.	Besonderheiten der Feststellung mißbräuchlicher Diskriminierung .....	80
III.	Benachteiligung im Wettbewerb in Art. 82 Satz 2 lit. c EG-Vertrag .....	81
IV.	Behinderungsmißbrauch im Fall der Liberalisierung eines gesetzlichen Monopols .....	82
V.	Das zulässige Unterscheidungskriterium der Kosten der Leistung .....	83
VI.	Zulässige Differenzierung mangels Wettbewerb zwischen Abnehmern .....	84
1.	Kriterium der Marktstufe: „Funktionsrabatte“ .....	84
2.	Verschiedene Verwendungszwecke der Ware auf den nachgelagerten Märkten .....	85
VII.	Marktabgrenzung und Differenzierung .....	85
VIII.	Allgemein unzulässige Unterscheidungskriterien .....	88
1.	Kriterium der Staatsangehörigkeit der Marktgegenseite .....	88
2.	Das Kriterium der Treue .....	89
IX.	Weitere Unterscheidungskriterien, die in den untersuchten Fallgruppen häufiger vorkommen .....	90

1.	Das Unterscheidungskriterium der Tochtergesellschaft.....	90
2.	Öffentliche Belange als Differenzierungskriterien.....	91
3.	Unterscheidungskriterium „ohne Gewinnstreben“ beziehungsweise Gemeinnützigkeit.....	91
X.	Gleichbehandlung ungleicher Nachfrager.....	93
<b>I.</b>	<b>Ergebnisse.....</b>	<b>95</b>
<b>Kapitel 4 Art. 87 EG-Vertrag – Verbot staatlicher Beihilfen.....</b>		<b>97</b>
<b>A.</b>	<b>Beihilfen gleich welcher Art.....</b>	<b>97</b>
I.	Vorzugstarife und Verzicht auf Einnahmen.....	98
II.	Vorteilstransfers.....	98
1.	Geldwerter Vorteil ohne marktgerechte Gegenleistung.....	99
2.	Das Vorliegen einer Beihilfe bei der Anrechnung gemeinsamer Kosten eines Mehrproduktunternehmens.....	100
3.	Ergebnis.....	101
<b>B.</b>	<b>Wirtschaftliche Rechtfertigung.....</b>	<b>102</b>
I.	Die Anwendungsfälle.....	102
1.	Kosteneinsparungen.....	102
2.	Überkapazitäten.....	103
3.	Verschiedene Verwendungszwecke der Ware auf den nachgelagerten Märkten.....	103
4.	Marktabgrenzung und weitere Differenzierungskriterien.....	104
II.	Das Prinzip des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers.....	104
1.	Das Grundprinzip.....	104
2.	Die Anwendung des Prinzips des marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers auf Quersubventionen.....	106
III.	Wirtschaftliche Rechtfertigung durch die Finanzierung von sozialen oder wirtschaftspolitischen Aufgaben der Unternehmen.....	108
<b>C.</b>	<b>Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen.....</b>	<b>110</b>
I.	Staatlich und aus staatlichen Mitteln gewährt.....	111
II.	Belastung öffentlicher Haushalte.....	111
III.	Sonderfall der Erteilung von öffentlich-rechtlichen Sonderrechten.....	116

<b>D.</b>	<b>Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige .....</b>	<b>118</b>
I.	Bestimmung der Begünstigten .....	118
II.	Das Kriterium der Bestimmtheit der Beihilfe .....	119
1.	Individualisierbarkeit - enger Begriff .....	119
2.	Merkmal des Ausnahmecharakters .....	119
3.	Ersatz des Kriteriums der Bestimmtheit durch eine neue Anwendung des Merkmals der Wettbewerbsverzerrung .....	120
4.	Ex-ante Bestimmbarkeit der Begünstigten .....	121
5.	Zusammenfassung .....	122
6.	Feststellung der tatsächlich Begünstigten für den Fall des geographischen Ausgleichs .....	122
III.	Bewertung von Finanzströmen innerhalb eines Unternehmens .....	123
<b>E.</b>	<b>Wettbewerbsverfälschung.....</b>	<b>124</b>
<b>F.</b>	<b>Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels .....</b>	<b>125</b>
<b>G.</b>	<b>Rechtfertigung nach Art. 87 Abs. 2 oder 3 EG-Vertrag .....</b>	<b>126</b>
<b>H.</b>	<b>Ergebnis zur Anwendung des Beihilfenverbots gemäß Art. 87 EG-Vertrag auf Quersubventionen .....</b>	<b>127</b>
<b>Kapitel 5 Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag – Rechtfertigung der Verstöße gegen das EG-Wettbewerbsrecht durch Quersubventionen.....</b>		<b>129</b>
<b>A.</b>	<b>Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag .....</b>	<b>131</b>
I.	Der Kernbestand des Unternehmensbegriff des EG-Wettbewerbsrechts .....	132
II.	Abgrenzung nicht-wirtschaftlicher und hoheitlicher Tätigkeit von wirtschaftlicher Tätigkeit .....	132
1.	Nicht-wirtschaftliche Tätigkeit (des Staates und z.B. freier Wohlfahrtsträger).....	133
2.	Hoheitliche Tätigkeit der Mitgliedstaaten.....	135
III.	Einheitliches Kriterium für die Abgrenzung hoheitlicher und nicht wirtschaftlicher Tätigkeit .....	136
IV.	Stellungnahme.....	136
<b>B.</b>	<b>Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....</b>	<b>138</b>
I.	Definitionskompetenz und europarechtlicher Rahmen des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag.....	138

II.	Zusammenhang der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse mit den besondere Aufgaben im Sinne von Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG-Vertrag .....	139
III.	Entscheidungen der EG-Organen zum allgemeinen wirtschaftlichen Interesse .....	140
1.	Bejahung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses durch den EuGH und das EuG.....	140
2.	Bejahung des allgemeinem wirtschaftlichen Interesses durch Generalanwälte .....	143
3.	Bejahung des allgemeinem wirtschaftlichen Interesses durch die Kommission.....	144
4.	Ablehnung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses durch den EuGH.....	144
5.	Resultat aus der Betrachtung dieser Fälle .....	145
IV.	Definitionen des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses in der Literatur.....	145
V.	Stellungnahme zur Bestimmung des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses .....	148
VI.	Ausschluß nicht-wirtschaftlicher Interessen?.....	148
1.	Bedeutung des Begriffs „wirtschaftlich“ .....	149
2.	EuG und EuGH .....	149
3.	Kommission .....	152
4.	Literatur.....	153
5.	Stellungnahme .....	154
VII.	Ausschluß wirtschaftlicher Interessen? .....	155
VIII.	Bedeutung des Begriffs „allgemein“.....	156
IX.	Ergebnis zum allgemeinen wirtschaftlichen Interesse.....	158
<b>C.</b>	<b>Die Betrauung.....</b>	<b>159</b>
<b>D.</b>	<b>Die Verhinderung der Aufgabenerfüllung / Verhältnismäßigkeitsprüfung.....</b>	<b>161</b>
I.	Objekt der Verhinderung der Aufgabenerfüllung.....	161
II.	Rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung.....	167
1.	Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung .....	167
2.	Kommission .....	168
3.	Literatur.....	169
III.	Stellungnahme.....	169
IV.	Konsequenz für die generelle Beurteilung von Quersubventionen.....	171
V.	Beweislast .....	171
<b>E.</b>	<b>Art. 86 Abs. 2 Satz 2 EG-Vertrag.....</b>	<b>172</b>
I.	Beeinträchtigung der Entwicklung des Handelsverkehrs .....	172
II.	Interesse der Gemeinschaft.....	174

<b>F.</b>	<b>Die Bedeutung des neuen Art. 16 EG-Vertrag .....</b>	<b>176</b>
I.	Entstehung des Art. 16 EG-Vertrag und Rezeption der Norm .....	176
II.	Tatsächlicher Einfluß des Art. 16 EG-Vertrag bei der Auslegung und Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag .....	178
III.	Stellungnahme .....	180
<b>G.</b>	<b>Schlußbetrachtung zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag .....</b>	<b>180</b>
<b>H.</b>	<b>Keine Befreiung von Formalitäten und Verfahren durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag .....</b>	<b>181</b>
<b>I.</b>	<b>Anwendung der Ergebnisse zu Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag auf die Beurteilung von Quersubventionen .....</b>	<b>182</b>
I.	Quersubventionen als Erfüllung einer besonderen Aufgabe .....	182
II.	Quersubventionen zur Finanzierung der Erfüllung einer besonderen Aufgabe .....	183
	<b>Kapitel 6 Ergebnisse .....</b>	<b>185</b>
<b>A.</b>	<b>Bevorzugung von Nachfragern innerhalb eines sachlichen Marktes (Fallgruppe I) .....</b>	<b>186</b>
I.	Festgestellte Verstöße gegen Art. 82 und 87 EG-Vertrag .....	186
II.	Möglichkeit der Rechtfertigung solcher Verstöße durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag .....	186
1.	Quersubventionen als Teil der Aufgabenerfüllung .....	186
2.	Quersubventionen zur Finanzierung der Erfüllung einer besonderen Aufgabe .....	187
<b>B.</b>	<b>Geographischer Binnenausgleich in einem sachlichen Markt (Fallgruppe II) .....</b>	<b>187</b>
I.	Festgestellte Verstöße gegen Art. 82 und 87 EG-Vertrag .....	187
II.	Möglichkeit der Rechtfertigung der Verstöße durch Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag .....	188
1.	Quersubventionen als Teil der Erfüllung einer besondere Aufgabe .....	188
2.	Quersubventionen zur Finanzierung der Erfüllung einer besonderen Aufgabe .....	188
<b>C.</b>	<b>Transfer staatlich geschützter Wettbewerbsvorteile in freie Märkte (Fallgruppe III) .....</b>	<b>189</b>
I.	Festgestellte Verstöße gegen Art. 82 EG-Vertrag .....	189
II.	Festgestellte Verstöße gegen Art. 87 EG-Vertrag .....	189



III.	Möglichkeit der Rechtfertigung der Verstöße durch	
	Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag.....	189
1.	Quersubventionen als Teil der Erfüllung einer besonderen Aufgabe .....	189
2.	Quersubventionen zur Finanzierung der Erfüllung einer besonderen Aufgabe .....	190