Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
PAOLO MENGOZZI
vom 24. Mai 2011 [1]

Rechtssache C-209/10

Post Danmark A/S
gegen
Konkurrenceådet

(Vorabentscheidungsersuchen des Højesteret [Dänemark])

„Art. 102 AEUV — Dänischer Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen — Missbrauch einer beherrschenden Stellung — Selektive Senkung der Preise für die Verteilung nicht adressierter Sendungen — Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen — Preise, die über den durchschnittlichen Zusatzkosten liegen — Verdrängung eines Konkurrenten — Absicht — Wirkung — Preisdiskriminierung — Verdrängungspreise“

I – Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen des Højesteret (Dänemark) betrifft die Auslegung von Art. 82 EG (der dem jetzigen Art. 102 AEUV entspricht).

2. Das vorlegende Gericht möchte im Wesentlichen wissen, ob ein Postunternehmen, im vorliegenden Fall die Post Danmark A/S (im Folgenden: Post Danmark), seine beherrschende Stellung auf dem dänischen Markt für die Verteilung nicht adressierter Sendungen (Werbedrucksachen) [2] dadurch missbraucht hat, dass es beim Abschluss von Verträgen mit drei Hauptkunden seines wichtigsten Konkurrenten, nämlich der Forbruger-Kontakt A/S (im Folgenden: FK), selektiv niedrige Preise angeboten hat, auch wenn diese Preise nachweislich nicht in der Absicht festgesetzt worden sein sollten, FK auszuschalten.

3. Für den Fall, dass dies allein für die Feststellung eines Missbrauchs in Form einer Verdrängungspreispolitik nicht genügen sollte, soll der Gerichtshof angeben, welche weiteren maßgeblichen Kriterien vom nationalen Gericht insofern zu berücksichtigen sind.

4. Bevor auf diese nicht leicht zu beantwortenden Fragen eingegangen werden wird, ist kurz der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zu rekapitulieren.

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Nach der Vorlageentscheidung werden als Werbedrucksachen u. a. Prospekte, Branchenverzeichnisse, Werbebroschüren sowie lokale und regionale Anzeigenblätter verteilt.

5. Post Danmark und FK sind die beiden größten Akteure auf dem dänischen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen. Dieser Markt ist vollständig liberalisiert; die dänischen Rechtsvorschriften über die Postdienste zur Umsetzung der Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität [3] gelten für ihn nicht.

6. Zum im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt, d. h. von 2003 bis 2004, hatte Post Danmark nach der Vorlageentscheidung aber ein Monopol für die Verteilung von Brief- und Paketsendungen bis zu einem bestimmten Gewicht, verbunden mit der Verpflichtung, bei adressierten Briefsendungen bis zu einem bestimmten Gewicht den Universaldienst zu erbringen [4]. Sie verfügte deshalb über ein das gesamte dänische Hoheitsgebiet abdeckende Zustellnetz, das zugleich für die liberalisierte Tätigkeit der Verteilung von Werbedrucksachen genutzt wurde.

7. FK ist eine Tochtergesellschaft einer dänischen Pressegruppe; ihr Kerngeschäft ist die Verteilung von Werbedrucksachen. Zum im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt hatte dieses Unternehmen vor allem durch den Erwerb von kleinen Akteuren des dänischen Marktes für die Verteilung von Werbedrucksachen ein Verteilungsnetz geschaffen, das nahezu das gesamte dänische Hoheitsgebiet abdeckte.

8. Hauptkunden von FK waren bis 2004 die drei Supermarktgruppen SuperBest, Spar und Coop.

9. Ende 2003 schloss Post Danmark mit diesen drei Gruppen Verträge über die Verteilung von deren Werbedrucksachen 2004.

10. Nach der Vorlageentscheidung entsprach der mit der Coop-Gruppe nach Verhandlungen sowohl mit von Post Danmark als auch mit FK geschlossene Vertrag, was sein Jahresvolumen angeht, mehr als dem dreifachen Volumen der Verteilung von Werbedrucksachen des Hauptkunden von Post Danmark. Die Coop-Gruppe ließ fünf Sendungen pro Haushalt verteilen, während keiner der vorherigen Kunden von Post Danmark mehr als eine Sendung pro Haushalt verteilen ließ; und es handelte sich um den ersten Vertrag von Post Danmark, nach dem Werbedrucksachen freitags und samstags zu verteilen waren. Der Preis, den Post Danmark der Coop-Gruppe anbot, lag unter demjenigen, den sie ihren übrigen Kunden anbot. Der Coop-Gruppe soll außerdem ein höherer Rabatt auf die Listenpreise gewährt worden sein als den übrigen Kunden von Post Danmark.

11. Im Übrigen stellt das vorlegende Gericht fest, dass die Kosten von Post Danmark für die Verteilung von Werbedrucksachen von 2003 bis 2004 um 0,13 DKK je Sendung gesunken seien und dass Post Danmark mit dem Preis, den sie der Coop-Gruppe angeboten habe, nicht ihre durchschnittlichen Gesamtkosten, sondern nur ihre durchschnittlichen Zusatzkosten decken könne.

12. FK wandte sich mit einer Beschwerde an den Konkurrencerådet (Wettbewerbsrat); das Unternehmen warf von Post Danmark vor, Verdrängungspreise und diskriminierende Treuepreise und -rabatte praktiziert und Quersubventionen vorgenommen zu haben; mit Entscheidung vom 29. September 2004 stellte der Konkurrencerådet fest, dass Post Danmark dadurch, dass sie den Kunden ihres wichtigsten Konkurrenten und ihren eigenen Kunden von 2003 bis 2004 unterschiedliche Preise angeboten habe und damit eine Hauptdiskriminierung (primary-line discrimination) über den Preis vorgenommen habe, u. a. gegen Art. 82 EG verstoßen habe.

3 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 (ABl. 1998, L 15, S. 14). Nach dem im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt ist diese Richtlinie durch die Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67 (ABl. L 52, S. 3) in wesentlichen Punkten geändert worden. Nach Art. 2 der Richtlinie 2008/6 hatte Dänemark diese Änderungen bis zum 31. Dezember 2010 in innerstaatliches Recht umzusetzen.

4 — Nach Art. 7 der Richtlinie 97/67/EG gewähren die Mitgliedstaaten für die Einrichtung und die Erbringung von Postdiensten keine ausschließlichen oder besonderen Rechte mehr. Die Finanzierung des Universaldienstes hat somit durch in diesem Artikel genannten anderen Verfahren oder andere, mit dem Vertrag in Einklang stehende Verfahren zu erfolgen.

13. Außerdem habe Post Danmark ihre beherrschende Stellung missbraucht, indem sie den Kunden von FK gezielte Rabatte gewährt und so eine Hauptdiskriminierung vorgenommen habe. Ebenso habe Post Danmark eine Nebendiskriminierung (secondary-line discrimination) über den Preis vorgenommen, indem sie Handelspartner, die sich in einer vergleichbaren Situation befunden hätten, unterschiedlich behandelt habe.

14. Zu der gerügten Verdrängungspreispolitik stellte der Konkurrencerådet allerdings fest, dass die Frage komplex sei und eine eingehendere Prüfung erfordere, so dass darüber später zu entscheiden sei. Zu den behaupteten Quersubventionen stellte der Konkurrencerådet schließlich fest, dass die Akten nicht den Schluss zuließen, dass bei von Post Danmark Kapital aus anderen Geschäftsfeldern transferiert worden sei.

15. Mit Entscheidung vom 24. November 2004 stellte der Konkurrencerådet fest, dass nicht nachgewiesen werden könne, dass es die Absicht von Post Danmark gewesen sei, den Wettbewerb auszuschalten. Deshalb könne nicht angenommen werden, dass dieses Unternehmen seine beherrschende Stellung auf dem dänischen Mark der Verteilung von Werbedrucksachen durch eine Verdrängungspreispolitik missbraucht habe.

16. Mit Entscheidung vom 1. Juli 2005 bestätigte der Konkurrenceankenævnet (Wettbewerbsbeschwerdeausschuss) die Entscheidungen des Konkurrencerådet vom 29. September und 24. November 2004.

17. Diese Entscheidung wurde rechtskräftig, soweit sie die Feststellung einer gegen Art. 82 EG verstoßenden Nebendiskriminierung über den Preis und das Fehlen des Nachweises einer Verdrängungspreispolitik von Post Danmark betrifft.

18. Hingegen legte Post Danmark gegen diese Entscheidung beim Østre Landsret Berufung ein, soweit darin die Entscheidung des Konkurrencerådet vom 29. September 2004 über den Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch die den Gruppen SuperBest, Spar und Coop angebotenen selektiv niedrigen Preise (Hauptdiskriminierung) bestätigt wurde.

19. Am 21. Dezember 2001 bestätigte der Østre Landsret die Entscheidungen der dänischen Wettbewerbsbehörden, soweit darin festgestellt wurde, dass Post Danmark ihre beherrschende Stellung auf dem dänischen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen dadurch missbraucht habe, dass sie 2003 und 2004 bei den ehemaligen Kunden von FK eine andere Preispolitik angewandt habe als bei ihren Stammkunden, ohne dass diese unterschiedliche Behandlung aus Kostengründen gerechtfertigt gewesen wäre. Dies sei auf einem Markt geschehen, auf dem Post Danmark aufgrund ihres Marktanteils und ihrer erheblichen strukturellen Vorteile eine ganz besondere Stellung eingenommen habe, in einer Situation, in der ihr einziger echter Konkurrent, FK, durch den Verlust von Großkunden besonders hart habe getroffen werden können.

20. Gegen dieses Urteil legte Post Danmark beim Højesteret Rechtsmittel ein; sie machte insbesondere geltend, dass selektiv niedrige Preise, die die durchschnittlichen Gesamtkosten nicht deckten, nur dann einen Verstoß gegen Art. 82 EG darstellen könnten, wenn die Absicht vorliege, den Wettbewerb auszuschalten.

21. Der Højesteret hat das Verfahren daher ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 82 EG dahin auszulegen, dass die selektive Preissenkung eines beherrschenden Postunternehmens, das der Beförderungspflicht unterliegt, auf ein Niveau, das niedriger als die durchschnittlichen Gesamtkosten, aber höher als die durchschnittlichen inkrementellen Kosten

dieses Unternehmens ist, einen auf die Ausschließung eines Wettbewerbers gerichteten Missbrauch darstellen kann, wenn davon auszugehen ist, dass die Preise nicht zum Zweck der Verdrängung eines Wettbewerbers auf dieses Niveau festgesetzt worden sind?

2. Wenn Frage 1 dahin zu beantworten ist, dass eine selektive Preissenkung unter den in Frage 1 genannten Voraussetzungen unter bestimmten Umständen auf die Ausschließung eines Wettbewerbers gerichteten Missbrauch darstellen kann: Welche Umstände hat das nationale Gericht in diesem Fall zu berücksichtigen?

22. Schriftliche Erklärungen gemäß Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union haben Post Danmark, FK, die dänische, die italienische und die tschechische Regierung sowie die Europäische Kommission abgegeben. Diese Beteiligten sowie die EFTA-Überwachungsbehörde haben in der Sitzung vom 1. März 2011 auch mündlich verhandelt.

II – Würdigung

A – *Vorbemerkungen*

23. Post Danmark hat insbesondere in der mündlichen Verhandlung versucht, vor dem Gerichtshof bestimmte Feststellungen des vorlegenden Gerichts in Zweifel zu ziehen; ich halte deshalb den Hinweis für wichtig, dass in einem Verfahren nach Art. 234 EG, der auf einer klaren Aufgabentrennung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht, jede Beurteilung des Sachverhalts in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts fällt [5].

24. Im Ausgangsverfahren ist zunächst unstreitig, dass relevanter Markt der dänische Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen ist. Anders als Post Danmark in dem Verfahren vor dem Gerichtshof geltend macht, geht aus den Akten des Ausgangsverfahrens nicht hervor, dass auf der ersten Stufe die dänischen Wettbewerbsbehörden oder auf der zweiten die nationalen Gerichte, einschließlich des vorlegenden, festgestellt hätten, dass dieser Markt in zwei Sektoren zerfalle, nämlich denjenigen der Werktagssendungen und denjenigen der Sonntags- oder allgemeiner der Wochenendsendungen.

25. Auf das Vorbringen von Post Danmark A/S, es sei (alleiniges oder wichtigstes) Ziel der in Rede stehenden Preisgestaltungen gewesen, das Angebot für die Verteilung von Werbedrucksachen im Sektor der Wochenendsendungen, der bis dahin von FK dominiert gewesen sei, auszuweiten, ist meines Erachtens deshalb nicht weiter einzugehen.

26. Ebenso ist unstreitig, dass Post Danmark auf dem Markt, wie er von den nationalen Behörden und Gerichten abgegrenzt worden ist, eine „beherrschende Stellung“ im Sinne von Art. 82 EG innehatte. Im Übrigen wird in der Vorlageentscheidung ausdrücklich davon ausgegangen.

27. Nach der Vorlageentscheidung ergibt eine Gesamtwürdigung der Marktposition von Post Danmark, dass dieses Unternehmen eine beherrschende Stellung innehat. Diese Bewertung stützt sich allerdings hauptsächlich auf den wertmäßigen Marktanteil von Post Danmark von etwa 50 % [6] und auf deren Sondersituation, die durch ihr Zustellnetz bedingt ist, das das gesamte nationale Hoheitsgebiet abdeckt und wegen ihrer Universaldienstpflichten bei der Zustellung von Briefsendungen unabhängig von der Tätigkeit der Verteilung von Werbedrucksachen aufrechterhalten werden kann.

5 — Vgl. u. a. Urteile vom 14. Februar 2008, Varec (C-450/06, Slg. 2008, I-581, Randnr. 23), und vom 1. Juli 2008, MOTOE (C-49/07, Slg. 2008, I-4863, Randnr. 30).

6 — Im Einzelnen geht aus der von den dänischen Wettbewerbsbehörden herangezogenen, in der Vorlageentscheidung wiedergegebenen Tabelle hervor, dass der wertmäßige Marktanteil von Post Danmark von 47 % in den Jahren 2001 und 2002 auf 44 % im Jahr 2003 zurückging und schließlich auf 55 % im Jahr 2004 zunahm.

28. Zwar ist aus den Akten des Ausgangsverfahrens nicht ersichtlich, dass die relative Bedeutung dieses Marktanteils gegenüber demjenigen von FK[7] und die mögliche Kaufkraft bestimmter Kunden geprüft worden wären; im Rahmen der Verteilung der Zuständigkeiten zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof ist es aber, auch wenn er von Post Danmark darum ersucht wird, nicht Aufgabe des Gerichtshofs, einen oder mehrere Punkte, aufgrund deren die dänischen Behörden und Gerichte zu der Feststellung gelangt sind, dass dieses Unternehmen auf dem nationalen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen durchaus eine solche beherrschende Stellung innehatte, erneut zu prüfen.

29. Schließlich ist der Gegenstand der Vorlagefragen genau einzugrenzen.

30. Insoweit ist klarzustellen, dass sich der Gerichtshof nicht mit einem Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG durch eine Verdrängungspreispolitik zu befassen hat.

31. Wie nämlich aus den Akten des Ausgangsverfahrens hervorgeht, ist es den dänischen Behörden nicht gelungen, das Vorliegen eines Plans im Sinne von Randnr. 72 des Urteils AKZO/Kommission, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat[8], nachzuweisen, eine Feststellung, die von FK vor den nationalen Gerichten nicht in Zweifel gezogen worden ist.

32. Die Feststellung des Vorliegens einer Verdrängungspreispolitik im Sinne der Randnrn. 70 bis 72 des Urteils AKZO/Kommission hätte nämlich den Nachweis erfordert, dass Post Danmark eine solche Strategie verfolgt hat; wie das vorlegende Gericht ausführt, lagen zumindest die Preise, die Coop, einem der drei Kunden von FK, von Post Danmark angeboten wurden, über den durchschnittlichen Zusatzkosten des beherrschenden Unternehmens, wenn auch unter dessen durchschnittlichen Gesamtkosten[9].

33. Dass das vorlegende Gericht in der Vorlageentscheidung die Zusatzkosten von Post Danmark als für das Ausgangsverfahren maßgebliche Kosten angesehen hat und nicht wie im Urteil AKZO/Kommission die variablen Kosten, dürfte nach den Akten darauf zurückzuführen sein, dass ein und dasselbe Unternehmen gleichzeitig reservierte und nicht reservierte, aber auf jeden Fall mit Universaldienstpflichten belastete und rein kommerzielle Tätigkeiten auf dem liberalisierten Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen ausgeübt hat.

34. Bei einem beherrschenden Unternehmen, das mit einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (öffentliche Versorgung oder Universaldienst) betraut ist, erweist sich der Vergleich der Preise mit den variablen Kosten nämlich als unzweckmäßig. Zum einen könnten bei einem solchen Vergleich die Verluste zu hoch angesetzt werden, da die Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit der das Unternehmen betraut ist, bei dem Teil seiner Tätigkeit, die auf dem dem Wettbewerb offenstehenden Markt stattfindet, höhere Kosten verursacht als bei den Konkurrenten. Umgekehrt könnte ein Abstellen allein auf die variablen Kosten des beherrschenden Unternehmens dazu führen, dass dessen Kosten zu niedrig angesetzt werden, wenn es mit hohen Fixkosten (z. B. den Kosten der Nutzung seines Netzes) und niedrigen variablen Kosten operiert[10].

7 — Nach der Vorlageentscheidung betrug der Marktanteil von FK im Jahr 2001 15 % bis 25 %, im Jahr 2002 23 % bis 35 %, im Jahr 2003 35 % bis 45 % und im Jahr 2004 25 % bis 35 %.

8 — Urteil vom 3. Juli 1991 (C-62/86, Slg. 1991, I-3359). Nach dieser Randnummer dieses Urteils sind Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten – d. h. Fixkosten plus variable Kosten (die je nach den produzierten Mengen variieren) –, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, als missbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat. Dieser Ansatz ist u. a. in den Urteilen vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Randnr. 41), und vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission (C-202/07 P, Slg. 2009, I-2369, Randnr. 109), bestätigt worden.

9 — Wenn die Preise unter den durchschnittlichen Zusatzkosten gelegen hätten, hätte das Vorhandensein einer Verdrängungsstrategie nach dem Ansatz des Gerichtshofs in den Randnrn. 70 bis 72 des Urteils AKZO/Kommission nicht nachgewiesen werden müssen, da sie *per se* als Verdrängungspreise angesehen worden wären.

10 — Vgl. hierzu u. a. Mouy, N. „Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Les spécificités des approches communautaire et française: un point de vue d'un régulateur", *Concurrences*, 2-2005, Nr. 1476, S. 13.

35. Deshalb erscheint es zweckmäßig, auf ein anderes Kostenkriterium abzustellen, nämlich auf die Zusatzkosten; bei diesen werden die fixen und variablen Kosten der speziellen Tätigkeit berücksichtigt, die auf dem dem Wettbewerb offenstehenden Markt ausgeübt wird.

36. Insoweit orientiert sich das Abstellen auf das Kriterium der Zusatzkosten im Ausgangsverfahren, wie das vorlegende Gericht ausführt, an der Entscheidung der Kommission vom 20. März 2001 in einem Verfahren nach Art. 82 EG betreffend die Preispolitik der Deutschen Post AG auf dem deutschen Markt für Paketdienste für den Versandhandel [11], die eine relativ ähnliche Situation betraf [12].

37. In dieser Entscheidung hat die Kommission insbesondere festgestellt, dass die Deutsche Post AG ihre beherrschende Stellung missbraucht habe, indem sie die in Rede stehenden Dienste zu Preisen unterhalb der Zusatzkosten, also zu Verdrängungspreisen, angeboten habe; sie hat diese Kosten definiert als diejenigen, die nur bei Erbringung einer spezifischen Dienstleistung entstehen, von der Menge abhängig sind und bei Einstellung dieser Dienstleistung wegfallen; gemeinsame Fixkosten, die nicht durch die Erbringung einer einzelnen Dienstleistung bedingt sind, fallen demnach nicht unter die Zusatzkosten [13]. Nach dieser Entscheidung, die in diesem Punkt im Ausgangsverfahren für die dänischen Wettbewerbsbehörden eindeutig maßgeblich war, dürfen die Kosten einer einzelnen Dienstleistung auch nicht mit durch die Universaldienstpflichten bedingten gemeinsamen Fixkosten für die Vorhaltung der Kapazitäten des Vertriebsnetzes belastet werden. Bei den durchschnittlichen Zusatzkosten werden somit nur die durchschnittlichen fixen und variablen Kosten der dem Wettbewerb unterliegenden Dienstleistung erfasst [14].

38. Im Ausgangsverfahren ebenso wie in der Entscheidung Deutsche Post stellen die durchschnittlichen Zusatzkosten somit wie die durchschnittlichen variablen Kosten in den Randnrn. 71 und 72 des Urteils AKZO/Kommission die Schwelle dar, unterhalb deren der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angebotene Preis einen Verdrängungspreis darstellt.

39. Nach dem in diesen Randnummern des Urteils AKZO/Kommission enthaltenen Gedankengang, modifiziert im Licht der Entscheidung Deutsche Post, wäre ein Preis, der über den durchschnittlichen Zusatzkosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten liegt, auch dann als Verdrängungspreis anzusehen, wenn er im Rahmen eines Plans mit dem Ziel der Ausschaltung eines Konkurrenten festgesetzt würde.

40. Wie bereits ausgeführt, hat das vorlegende Gericht aber festgestellt, dass das Bestehen eines solchen Plans durch die dänischen Wettbewerbsbehörden nicht hat nachgewiesen werden können. Etwaige Verdrängungspraktiken von Post Danmark sind also nicht Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens.

11 — ABl. L 125, S. 27 (im Folgenden: Entscheidung Deutsche Post).

12 — Vgl. insoweit auch die Feststellungen des Gerichts zu dieser Entscheidung in Randnr. 249 des Urteils vom 30. Januar 2007, France Télécom/Kommission (T-340/03, Slg. 2007, II-107). Das beim Gerichtshof gegen dieses Urteil eingelegte Rechtsmittel (entschieden mit Urteil vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission, C-202/07 P) betraf diesen Punkt nicht.

13 — Entscheidung Deutsche Post (Randnrn. 6 und 9 sowie Fn. 8). In der Rechtssache, in der das Urteil des Gerichts vom 12 September 2007, Ufex u. a./Kommission (T-60/05, Slg. 2007, II-3397, Randnr. 161), ergangen ist, hat die Kommission auch festgestellt, dass sie zur Feststellung eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung durch die französische Post auf dem Markt der Eilkurierdienste hätte prüfen müssen, ob die Tarife, die dieses Unternehmen ihrem auf diesem Markt tätigen Tochterunternehmen für die geleisteten Infrastrukturdienste in Rechnung gestellt habe, zumindest den Zusatzkosten für die Leistung dieser Dienste entsprächen, also die Kosten ermitteln müssen, die ausschließlich mit der Leistung eines bestimmten Dienstes verbunden sind und die nicht mehr anfallen, sobald dieser Dienst nicht mehr geleistet wird. Darum geht es auch in Art. 14 der Richtlinie 67/97, wenn von den Mitgliedstaaten verlangt wird, dass sie die mit dem Universaldienst betrauten Postbetreiber verpflichten, Kostenrechnungssysteme anzuwenden, bei denen die Kosten, die einem bestimmten Dienst oder Produkt unmittelbar zuzuordnen sind, und die gemeinsamen Kosten nach den in diesem Artikel festgelegten Modalitäten zugeordnet werden, auch wenn in diesem Artikel der Ausdruck „Zusatzkosten“ nicht verwendet wird.

14 — Entscheidung Deutsche Post (Randnrn. 9 und 10).

41. Die vorstehenden Ausführungen erleichtern aber das Verständnis der Vorlagefragen. Das vorlegende Gericht möchte letztlich wissen, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen bei einer selektiven Senkung der Preise, die keinen verdrängenden Charakter hat, ein Missbrauch durch Verdrängung oder Ausschluss eines Konkurrenten eines beherrschenden Unternehmens wie von Post Danmark festgestellt werden kann.

42. Diese Präzisierung veranlasst mich zu zwei weiteren Bemerkungen.

43. Zum einen betreffen die Vorlagefragen nicht die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch eine Preisdiskriminierung der Kunden von Post Danmark mit Auswirkungen auf den Markt oder die Märkte dieser Kunden (Nebendiskriminierung oder „secondary-line discrimination").

44. Aus der Vorlageentscheidung und den Akten des Ausgangsverfahrens geht nämlich hervor, dass die Feststellung der dänischen Wettbewerbsbehörden, dass Post Danmark im Sinne insbesondere von Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG Handelspartnern, die sich in einer vergleichbaren Situation befunden haben, unterschiedliche Preise angeboten hat, von diesem Unternehmen vor den nationalen Gerichten nicht angegriffen worden ist.

45. Das vorlegende Gericht befasst sich ausschließlich mit der selektiven Senkung der Preise durch Post Danmark, die zu einer Verdrängung oder einem Ausschluss von FK vom dänischen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen (Hauptdiskriminierung oder primary-line discrimination) geführt haben soll oder hätte führen können, wenn die dänischen Wettbewerbsbehörden nicht eingeschritten wären.

46. Die von den dänischen Behörden und Gerichten vorgenommene Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebendiskriminierung ist meines Erachtens sinnvoll; sie hat im Übrigen bei einem Teil der Lehre Zustimmung gefunden [15]. In Art. 82 EG sind zwar nicht alle Formen der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung aufgezählt, die nach dieser Bestimmung verboten sind [16]; die genannte Unterscheidung trägt meines Erachtens aber zur Klärung des Verhältnisses zwischen den verschiedenen Arten von Preisdiskriminierungen bei, nämlich denjenigen, die unter Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG fallen und deren wettbewerbswidrige Wirkungen sich auf dem oder den Märkten der „Handelspartner" entfalten, „wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden" – was dem Fall der sogenannten Nebendiskriminierung entspricht, da diese Handelspartner begriffsnotwendig nicht die Konkurrenten des seine beherrschende Stellung missbrauchenden Unternehmens darstellen können –, und diejenigen, die auf dem Markt erfolgen, auf dem das beherrschende Unternehmen und seine Konkurrenten agieren; das sind andere Fallgruppen, wie z. B. die in Art. 82 Abs. 2 Buchst. b EG genannte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher; die Diskriminierung führt in diesen Fällen dazu, dass diese Konkurrenten verdrängt oder ganz ausgeschlossen werden.

47. Zum anderen ist in der ersten Vorlagefrage von dem Fall einer selektiven Senkung der Preise die Rede, bei der diese zwischen den durchschnittlichen Zusatzkosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten des beherrschenden Unternehmens liegen sollen; das vorlegende Gericht beschränkt diese Frage also offenbar auf die Preispolitik von Post Danmark gegenüber Coop, ohne also diejenige gegenüber den beiden anderen in der Vorlageentscheidung genannten Kunden von FK, nämlich Spar und SuperBest, zu berücksichtigen, denen Post Danmark unstreitig Preise anbot, die *über* ihren durchschnittlichen Gesamtkosten lagen.

15 — Vgl. u. a. Temple Lang, J., und O'Donoghue, R., „Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC", *Fordham International Law Journal*, Nr. 83, 2002, S. 86; Geradin, D., und Petit, N., „Price Discrimination under EC Competition Law: Another Antitrust Doctrine in Search of Limiting Principles?", *Journal of Competition Law and Economics*, Nr. 3, 2006, S. 487 ff.

16 — Vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 21. Februar 1973, Europemballage und Continental Can/Kommission (6/72, Slg. 1973, 215, Randnr. 26), vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission (C-395/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365, Randnr. 112), vom 15. März 2007, British Airways/Kommission (C-95/04 P, Slg. 2007, I-2331, Randnr. 57), vom 14. Oktober 2010, Deutsche Telekom/Kommission (C-280/08 P, Slg. 2010, I-9555, Randnr. 173), und vom 17 Februar 2011, TeliaSonera (C-52/09, Slg. 2011, I-527, Randnr. 26).

48. Es ist nicht ganz klar, wie diese Unterlassung zu verstehen ist. Zum einen könnte sie dahin zu verstehen sein, dass das vorlegende Gericht der Behauptung, dass die Preise, die Post Danmark Spar und SuperBest angeboten habe, zu einer Verdrängung von FK vom Markt hätten führen können, nicht gefolgt ist und damit über diese Frage entschieden hat. Sie könnte aber auch einfach bedeuten, dass das vorlegende Gericht die Auffassung vertreten hat, dass, wenn es Aufschluss über die Auslegung von Art. 82 EG im Fall der Coop von Post Danmark angebotenen Preis erhalten hat, aus der Antwort des Gerichtshofs die Schlussfolgerungen für die Rechtmäßigkeit der Preispolitik von Post Danmark gegenüber Spar und SuperBest selbst ziehen könne und müsse.

49. Auf jeden Fall ist es meines Erachtens, um dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort geben zu können, erforderlich, bei der Prüfung der Frage, ob und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen bei einer selektiven Senkung der Preise, die keinen verdrängenden Charakter hat, ein Missbrauch durch Verdrängung oder Ausschluss eines Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens festgestellt werden kann, die Preispolitik von Post Danmark gegenüber Spar und SuperBest nicht außer Acht zu lassen.

B – *Zur selektiven Senkung der Preise und zur Verdrängungswirkung*

50. Zu der in der vorstehenden Nummer genannten Frage vertreten die Beteiligten, die beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht haben, unterschiedliche Auffassungen.

51. Post Danmark und die tschechische Regierung vertreten im Wesentlichen die Auffassung, dass eine Verdrängungspreispolitik nur festgestellt werden könne, wenn ein Preis festgesetzt werde, der unter den entsprechenden Kosten liege. Im vorliegenden Fall könne ein Preis, der über den durchschnittlichen Zusatzkosten liege, nur dann zur Verdrängung eines Konkurrenten führen, wenn eine entsprechende Strategie vorliege; nach Auffassung der tschechischen Regierung kann sich eine solche Strategie aus einer wirtschaftlichen Analyse ergeben; nach Auffassung von Post Danmark muss sich eine solche Strategie ausschließlich oder hauptsächlich aus Beweisen für die Absicht der Ausschaltung des Wettbewerbs ergeben. Da im Ausgangsverfahren nicht aus den Akten hervorgehe, dass Post Danmark eine solche Strategie verfolgt hätte, liege kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG vor.

52. FK, die dänische und die italienische Regierung, die EFTA-Überwachungsbehörde sowie in gewisser Weise die Kommission – insbesondere nach den von ihr in der mündlichen Verhandlung gegebenen Klarstellungen – sind hingegen entgegengesetzter Meinung. Diese Beteiligten vertreten im Wesentlichen die Auffassung, dass eine selektive Preispolitik eines beherrschenden Unternehmens gegenüber den Kunden seines einzigen wirklichen Konkurrenten *unabhängig von den Kosten* dazu führe oder mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen könne, dass dieser verdrängt werde, wenn eine solche Politik nicht durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt sei, insbesondere durch Skaleneffekte. Dies sei im Ausgangsverfahren auch der Fall.

53. Der Streit zwischen diesen Beteiligten drehte sich zu einem großen Teil um die Auslegung der Tragweite einer Reihe von Urteilen des Gerichtshofs und des Gerichts, in denen sich diese Gerichte mit selektiven Preispolitiken beherrschender Unternehmen befasst haben sollen. Diese Urteile sollen jeweils die in den beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen vertretenen Auffassungen stützen.

54. Bevor diese Urteile untersucht werden, ist festzustellen, dass nach der Rechtsprechung Art. 82 EG, indem er die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, soweit dadurch der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden kann, die Verhaltensweisen erfasst, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des Unternehmens, das wegen seiner beherrschenden Stellung über wirtschaftliche Macht verfügt, bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch

bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Unternehmen abweichen [17].

55. Da demnach Art. 82 EG nicht nur Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch solche, die sie durch die Beeinträchtigung einer Struktur wirksamen Wettbewerbs schädigen, trägt das Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, eine besondere Verantwortung dafür, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt [18].

56. So ist das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung, auch wenn es natürlich durch das Bestreben, das unmittelbare Wohlergehen der Verbraucher zu gewährleisten, gerechtfertigt werden kann, auch durch die Notwendigkeit gerechtfertigt, die Wettbewerbsstruktur des Marktes zu schützen oder aufrechtzuerhalten, wobei bei diesem Ziel in gewisser Weise davon ausgegangen wird, dass seine Verfolgung dem Verbraucher zugutekommt.

57. Im Bereich der Preisgestaltung hat diese besondere Verantwortung, die das beherrschende Unternehmen trägt, den Gerichtshof zwar zu der Feststellung veranlasst, dass nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden kann [19]; dies bedeutet aber, dass ein solcher Wettbewerb von bestimmten Ausnahmen abgesehen grundsätzlich zulässig, ja sogar erwünscht ist. Denn da Preiswettbewerb im Allgemeinen nützlich ist, kann er Unternehmen, die auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehaben, grundsätzlich nicht verboten werden.

58. Bei der Feststellung, ob die Preispolitik eines Unternehmens, das auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung innehat, eine missbräuchliche Ausnutzung einer solchen Stellung im Sinne von Art. 82 EG darstellt, sind aber sämtliche Umstände zu berücksichtigen; es muss insbesondere untersucht werden, ob diese Preispolitik darauf abzielt, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken [20].

59. Wie einige Beteiligte zu Recht ausgeführt haben, gibt es in der Rechtsprechung eine Reihe von Rechtssachen, in denen die Unionsgerichte festgestellt haben, dass eine selektive Senkung der Preise durch ein oder mehrere Unternehmen in beherrschender Stellung einen Verstoß gegen das Verbot des Art. 82 EG darstellt.

60. Die erste dieser Rechtssachen ist diejenige, in der das Urteil AKZO/Kommission ergangen ist.

61. Zu den Preispolitiken, die die Kommission AKZO auf dem Gemeinschaftsmarkt der organischen Peroxide [21] vorwarf, zählten, wie bereits ausgeführt, nicht nur die ungewöhnlich niedrigen (Verdrängungs-)Preise, die dieses Unternehmen den Kunden eines seiner Konkurrenten (ECS) gewährte und die in den Randnrn. 98 bis 109 des Urteils des Gerichtshofs untersucht werden, sondern auch, dass dieses Unternehmen den Kunden seines Konkurrenten selektiv wesentlich niedrigere Preise anbot als seinen eigenen Kunden [22]; diese Preispolitik ist vom Gerichtshof in den Randnrn. 110 bis 121 dieses Urteils untersucht worden.

17 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Februar 1979, Hoffman-La Roche/Kommission (85/76, Slg. 1979, 461, Randnr. 91), vom 9. November 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission (322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 70), AKZO/Kommission (Randnr. 69), British Airways/Kommission (Randnr. 66), vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission (Randnr. 104), Deutsche Telekom/Kommission (Randnr. 174) und TeliaSonera (Randnr. 27).

18 — Vgl. u. a. Urteile vom 2. April 2009, France Télécom/Kommission (Randnr. 105), Deutsche Telekom/Kommission (Randnr. 176) und in diesem Sinne Urteil TeliaSonera (Randnr. 24).

19 — Vgl. u. a. Urteil AKZO/Kommission (Randnr. 70).

20 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission (Randnr. 73), Deutsche Telekom (Randnr. 175) und TeliaSonera (Randnr. 28).

21 — Entscheidung 85/609/EWG der Kommission vom 14. Dezember 1985 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 des EWG-Vertrags (IV/30.698 – ECS/AKZO) (ABl. L 374, S. 1).

22 — Urteil AKZO/Kommission (Randnrn. 9 und 111).

62. Der Gerichtshof hat zunächst die Feststellung der Kommission bestätigt, dass die AKZO Chemie BV auf dem in Rede stehenden Markt eine beherrschende Stellung innehatte, sowohl wegen des Marktanteils dieses Unternehmens von etwa 50 % als auch wegen anderer Faktoren [23]; er hat dann den selektiven Charakter der Preise geprüft, die den sogenannten „großen unabhängigen Mühlen“ unter den Kunden von ECS angeboten wurden, und hat hierzu zunächst festgestellt, dass AKZO nicht bestreite, Kunden vergleichbarer Größe unterschiedliche Preise berechnet zu haben, und außerdem nichts dafür vorgetragen habe, dass diese Unterschiede mit der Qualität der Produkte oder mit besonderen Produktionskosten zusammengehangen hätten [24]. Die Preise, die das Unternehmen von seinen eigenen Kunden verlangt habe, hätten über seinen durchschnittlichen Gesamtkosten gelegen, während die Preise, die es den Kunden seines Konkurrenten angeboten habe, unter diesen Durchschnittskosten gelegen hätten [25]. Der Gerichtshof hat daraus in Randnr. 115 des Urteils gefolgert, dass AKZO auf diese Weise die Verluste aus den Verkäufen an die Kunden von ECS wenigstens teilweise durch die Gewinne aus den Verkäufen an die „großen unabhängigen Mühlen“, die zu ihrer eigenen Kundschaft gehört hätten, habe ausgleichen können, was zeige, dass AKZO nicht die Absicht gehabt habe, eine allgemeine Politik günstiger Preise zu betreiben, sondern eine Strategie zu befolgen, die geeignet gewesen sei, ihrem Konkurrenten zu schaden. Der Gerichtshof hat in diesem Punkt also die Entscheidung der Kommission, mit der festgestellt wurde, dass AKZO ihre beherrschende Stellung missbraucht habe, bestätigt.

63. An dieser Stelle sei zu diesen Randnummern des Urteils AKZO/Kommission nur zweierlei bemerkt.

64. Als Erstes hat der Gerichtshof den missbräuchlichen Charakter der Selektivität der von AKZO angebotenen Preise im Hinblick auf die Bezugsgröße der Kosten des beherrschenden Unternehmens, nämlich der durchschnittlichen Gesamtkosten, bestätigt.

65. Dieses Kriterium ist für das beherrschende Unternehmen recht streng. Indem der Gerichtshof auf die durchschnittlichen Gesamtkosten, d. h. die fixen und die variablen Kosten, des Unternehmens abstellt, bejaht er nämlich die Selektivität, obwohl der Verkauf einer zusätzlichen Einheit an die eigenen Kunden des beherrschenden Unternehmens die variablen Kosten der hergestellten Einheit und zumindest einen Teil der auf diese Einheit entfallenden Fixkosten deckt. So ist zwar nachvollziehbar, dass die Ungleichbehandlung der Kunden des beherrschenden Unternehmens und der Kunden des Konkurrenten, dem die günstigen Angebote gemacht worden sind, bei der Preisgestaltung in der Tat eine Diskriminierung darstellen kann, wodurch diese Kunden im Sinne von Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG im Wettbewerb benachteiligt werden („secondary-line discrimination“); zweifelhafter ist aber, ob dieses Verhalten allein zur Verdrängung eines zumindest gleich effizienten Konkurrenten führen kann; dieser könnte dem beherrschenden Unternehmen seine Stammkunden, die Opfer der Diskriminierung sind, nämlich ohne Weiteres ganz oder zum Teil abspenstig machen, es sei denn, diese Kunden sind seitens des beherrschenden Unternehmens besonderen Zwängen ausgesetzt, die sie zu stark an dieses binden.

66. Auch wenn der Gerichtshof solche Überlegungen in den einschlägigen Randnummern des Urteils AKZO/Kommission nicht angestellt hat, ist festzustellen, zum einen, dass mit den selektiven Preisangeboten von AKZO eine ganze Reihe von missbräuchlichen Verhaltensweisen dieses Unternehmens einhergingen, u. a. eine Verdrängungspreispolitik, und zum anderen, dass der Gerichtshof aus der selektiven Preispolitik von AKZO nicht auf eine Wirkung der Verdrängung des Konkurrenten geschlossen hat, sondern nur auf eine entsprechende Absicht. Im allgemeinen

23 — Ebd. (Randnrn. 59 bis 61). Nach einer eingehenden Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Kommission ist Generalanwalt Lenz hingegen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kommission nicht dargetan habe, dass die AKZO Chemie BV auf dem in Rede stehenden Markt über eine beherrschende Stellung verfügt hätte (vgl. Nrn. 62 bis 124 der Schlussanträge vom 19. April 1989 in der Rechtssache AKZO/Kommission).

24 — Ebd. (Randnr. 113).

25 — Ebd. (Randnr. 114).

Zusammenhang des Urteils AKZO/Kommission betrachtet lässt sich den Randnrn. 113 bis 115 dieses Urteils entnehmen, dass die Prüfung der Selektivität der von AKZO vorgenommenen Preissenkung im Rahmen des Nachweises des Vorliegens eines Plans oder einer Strategie der Verdrängung dieses Unternehmens erfolgte.

67. Als Zweites ist festzustellen, dass der strenge Maßstab, den der Gerichtshof im Urteil AKZO/Kommission an die selektive Senkung der Preise durch ein beherrschendes Unternehmen anlegt, offenbar darauf zurückzuführen ist, dass eine solche Preispolitik im Gegensatz zu allgemein niedrigen Preisen zu Lasten der eigenen Kunden dieses Unternehmens geht, und zwar ohne wirtschaftliche Rechtfertigung. Der Gerichtshof geht also offenbar davon aus, dass mit einer solchen selektiven Preispolitik nicht das Ziel verfolgt wird, durch die niedrigen Preise den Kunden und – zumindest mittelbar – den Verbrauchern einen Vorteil zu verschaffen (was hingegen bei selektiv niedrigen Preisen oder gar Verdrängungspreisen im Allgemeinen zumindest kurzfristig der Fall ist), sondern nur bestimmte Kunden der Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens abzuwerben, ohne jeglichen Nutzen für die Verbraucher oder für die Wettbewerbsstruktur des Marktes.

68. Zwar stellt der Gerichtshof im Urteil AKZO/Kommission bei den Angeboten von selektiv niedrigen Preisen durch das beherrschende Unternehmen wie bereits ausgeführt auf dessen Kosten ab; in nachfolgenden Rechtssachen hat der Unionsrichter dieses Kriterium aber nicht angewandt.

69. Das trifft auf die Rechtssachen Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission [26] und Irish Sugar/Kommission [27] zu. [28]

70. In der ersten dieser beiden Rechtssachen warf die Kommission der Linienkonferenz Cewal, zu der u. a. die Compagnie maritime belge transports gehörte und die auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von 90 % hatte, u. a. vor, ihre Preise unter Verstoß gegen Art. 86 EWG in Abweichung vom geltenden Frachttarif geändert zu haben, um für Schiffe, die am selben Tag oder in zeitlicher Nähe dazu ausliefen, gemeinsame Preise anbieten zu können, die den Preisen des außerhalb der Konferenz stehenden Hauptkonkurrenten (G & C) entsprachen oder niedriger lagen (sogenannter „Kampfschiffeinsatz“) [29].

71. Das Gericht hat die Auffassung der Kommission bestätigt.

26 — Urteil des Gerichts vom 8. Oktober 1996 (T-24/93 bis T-26/93 und T-28/93, Slg. 1996, II-1201) und angeführtes Urteil des Gerichtshofs.

27 — Urteile des Gerichts vom 7. Oktober 1999 (T-228/97, Slg. 1999, II-2969) und des Gerichtshofs vom 10. Juli 2001 (C-497/99 P, Slg. 2001, I-5333).

28 — Übrigens hat auch die Kommission in ihrer Entscheidung 88/138/EWG vom 22. Dezember 1987 betreffend ein Verfahren nach Artikel 86 EWG-Vertrag (IV/30.787 und 31.488 – Eurofix-Bauco/Hilti) (ABl. 1988, L 65, S. 19) nicht auf die Kosten abgestellt. In dieser Sache ging es um eine Reihe von diskriminierenden und selektiven Verhaltensweisen von Hilti, mit denen die Kunden davon abgehalten werden sollten, bei Konkurrenten Bolzen für die von diesem Unternehmen hergestellten Bolzenschussgeräte zu kaufen, ein Markt, auf dem dieses Unternehmen einen Marktanteil von etwa 70 % bis 80 % hatte. Zu den von der Kommission als missbräuchlich eingestuften Verhaltensweisen zählten u. a. Preisnachlässe, die bestimmten Hauptkunden von Konkurrenten von Hilti, die mit den Bolzenschussgeräten kompatible Bolzen herstellten, gewährt wurden, eigenen Kunden, die ähnliche oder gleichwertige Mengen kauften, aber nicht. In dieser Entscheidung hat die Kommission festgestellt, dass die Sonderangebote keine direkte Abwehrreaktion gegenüber Konkurrenten gewesen seien, sondern die im Voraus festgelegte Politik dieses Unternehmens widergespiegelt hätten, zu versuchen, deren Zutritt zum Markt für mit ihren eigenen Geräten kompatible Bolzen zu behindern (Randnr. 80 der Entscheidung). Sie hat hierzu weiter ausgeführt: „Der Missbrauch im vorliegenden Fall hängt nicht von der Frage ab, ob die Preise unter den Gestehungskosten lagen (wie auch immer diese definiert werden …). Er hängt vielmehr davon ab, dass Hilti aufgrund ihrer Marktbeherrschung in der Lage war, Kunden ihrer Konkurrenten diskriminierende Sonderpreise anzubieten mit dem Ziel, das Geschäft der Konkurrenten zu schädigen, während gegenüber ihren eigenen gleichwertigen Kunden höhere Preise beibehalten wurden“ (Randnr. 81 der Entscheidung). In der gegen diese Entscheidung erhobenen Nichtigkeitsklage (Urteil des Gerichts vom 12. Dezember 1991, Hilti/Kommission, T-30/89, Slg. 1991, II-1439) argumentierte Hilti zu einem Teil sehr allgemein und nicht speziell im Hinblick auf die selektiven Preisnachlässe; das Gericht wies dieses Vorbringen in Randnr. 100 seines Urteils zurück; zu einem anderen Teil räumte Hilti bestimmte ihr von der Kommission vorgeworfene Verhaltensweisen ein, was das Gericht einfach nur festzustellen hatte (vgl. Randnr. 101 dieses Urteils). Das beim Gerichtshof eingelegte Rechtsmittel (Urteil vom 2. März 1994, Hilti/Kommission, C-53/92 P, Slg. 1994, I-667) betraf nicht die Feststellungen in diesen Randnummern des Urteils des Gerichts.

29 — Entscheidung 93/82/EWG vom 23. Dezember 1992 in einem Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/32.448 und IV/32.450: CEWAL, COWAC, UKWAL) und Artikel 86 EWG-Vertrag (IV/32.448 und IV/32.450: CEWAL) (ABl. 1993, L 34, S. 20).

72. Es hat zunächst festgestellt, dass die klagenden Unternehmen die drei Tatbestandsmerkmale der – von einer Verdrängungspreispolitik zu unterscheidenden – „Kampfschiff"-Preispolitik nicht in Abrede stellten, nämlich a) Bestimmung derjenigen Schiffe der Mitglieder der Konferenz zu „Kampfschiffen", deren Abfahrtzeiten den Abfahrtzeiten von Schiffen von G & C am Nächsten gelegen hätten, ohne dass die vorgesehenen Fahrpläne hätten geändert zu werden brauchen; b) gemeinsame Festsetzung der Kampfpreise, die von den üblichen Tarifen der Cewal-Mitglieder in der Weise abwichen, dass sie gleich hoch oder aber niedriger als die von G & C angebotenen Preise gewesen seien; c) Übernahme der sich hieraus ergebenden Einnahmeverluste durch die Cewal-Mitglieder [30].

73. Das Gericht hat dann das Vorbringen der Klägerinnen, mit dem das Vorliegen einer missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung in Zweifel gezogen werden sollte, untersucht; es hat aufgrund des Akteninhalts festgestellt, dass die Kommission rechtlich zutreffend festgestellt habe, dass mit der angewandten Preispolitik der einzige Konkurrent der Cewal auf dem relevanten Markt habe verdrängt werden sollen [31]. Folglich könnten sich die Klägerinnen, da mit der Preispolitik der einzige Konkurrent habe verdrängt werden sollen, auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie sich u. a. darauf beschränkt hätten, sich an einem vom Konkurrenten ausgelösten Preiskrieg zu beteiligen oder einer Erwartung ihrer Kunden zu entsprechen. Selbst wenn diese Umstände erwiesen gewesen wären, hätten sie die von den Cewal-Mitgliedern ergriffenen Gegenmaßnahmen nicht angemessen und verhältnismäßig machen können [32].

74. Schließlich hat das Gericht das Vorbringen der Klägerinnen zurückgewiesen, die in Rede stehende Preispolitik sei wegen der Zunahme des Marktanteils von G & C wirkungslos gewesen, so dass auch keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliegen könne. Insoweit hat das Gericht festgestellt, dass es, wenn ein oder mehrere Unternehmen in beherrschender Stellung tatsächlich eine Praxis anwendeten, deren Ziel die Verdrängung eines Konkurrenten sei, für eine Verneinung der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne des Art. 86 EG nicht genüge, dass das erhoffte Ergebnis nicht erreicht worden sei, und ergänzt: „Im Übrigen besagt die Tatsache, dass der Marktanteil [von G & C] zugenommen hat, entgegen der Auffassung der Klägerinnen nicht, dass die Praxis wirkungslos gewesen wäre, da möglicherweise die Zunahme des Marktanteils [von G & C] ohne diese Praxis höher ausgefallen wäre" [33].

75. Gegen das Urteil wurden beim Gerichtshof Rechtsmittel eingelegt; der Gerichtshof hat das Urteil des Gerichts aufgehoben, soweit es die gegen die Rechtsmittelführerinnen festgesetzten Geldbußen betraf [34].

76. Was hingegen die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung angeht, hat der Gerichtshof die Feststellungen des Gerichts bestätigt, allerdings mit Zurückhaltung.

77. Der Gerichtshof hat zum einen festgestellt, dass der sachliche Anwendungsbereich der besonderen Verantwortung, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung trage, anhand der spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln sei, die eine Situation geschwächten Wettbewerbs erkennen ließen, und zum anderen, dass der Seeverkehrsmarkt ein sehr spezialisierter und spezifischer Sektor sei, der unionsrechtlich u. a. dadurch gekennzeichnet sei, dass den Linienkonferenzen die Genehmigung erteilt werden könne, die Preise festzulegen [35]; er hat sodann festgestellt: „Nimmt eine Linienkonferenz in beherrschender Stellung eine selektive Senkung der Preise vor, um sie gezielt

30 — Angeführtes Urteil des Gerichts (Randnrn. 139 und 141).

31 — Ebd. (Randnr. 147).

32 — Ebd. (Randnr. 148).

33 — Ebd. (Randnr. 149).

34 — Vgl. angeführtes Urteil des Gerichtshofs (Randnrn. 146 und 147 sowie Nr. 1 des Tenors).

35 — Ebd. (Randnrn. 114 bis 116).

denen eines Konkurrenten anzugleichen, so profitiert sie davon … in doppelter Weise. Zum einen beseitigt sie das hauptsächliche oder sogar einzige Mittel, mit dem das Konkurrenzunternehmen zu ihr in Wettbewerb treten kann. Zum anderen kann sie von den Nutzern für Dienste, die nicht von dieser Konkurrenz bedroht sind, weiterhin höhere Preise verlangen.“ [36]

78. In den Randnrn. 118 bis 120 seines Urteils hat der Gerichtshof hierzu weiter ausgeführt:„118 Vorliegend bedarf es weder einer allgemeinen Stellungnahme zu der Frage, unter welchen Umständen eine Linienkonferenz berechtigt ist, von Fall zu Fall unter ihrem angekündigten Tarif liegende Preise zu verlangen, um gegen einen Konkurrenten vorzugehen, der interessantere Preise bietet …

119 Es genügt der Hinweis, dass es hier um das Verhalten einer Linienkonferenz geht, die mehr als 90 % der Anteile am fraglichen Markt besitzt und nur einen einzigen Konkurrenten hat. Die Rechtsmittelführerinnen haben im Übrigen nie ernsthaft bestritten und in der mündlichen Verhandlung sogar eingeräumt, dass das ihnen zur Last gelegte Verhalten dazu diente, G & C vom Markt zu verdrängen.

120 Daher ist davon auszugehen, dass das Gericht keinen Rechtsfehler begangen hat, als es die Vorwürfe der Kommission für berechtigt erklärte, dass mit dem gegen G & C praktizierten Einsatz von ‚Kampfschiffen‘ eine beherrschende Stellung missbraucht worden sei. Zudem ist festzustellen, dass es sich vorliegend keineswegs um eine neue Definition einer missbräuchlichen Praxis handelt.“

79. In der zweiten Rechtssache, der Rechtssache Irish Sugar/Kommission, ging es insbesondere um eine Reihe von Verhaltensweisen dieses Unternehmens auf dem Einzelhandelszuckermarkt in Irland, auf dem es einen Marktanteil von über 88 % hatte, die von der Kommission als missbräuchlich eingestuft wurden [37]. Die Kommission warf Irish Sugar insbesondere vor, bestimmten Einzelhändlern mit Sitz im Grenzgebiet zu Nordirland ohne objektive wirtschaftliche Rechtfertigung Sonderrabatte gewährt zu haben, um dem Wettbewerb durch Zuckereinfuhren aus Nordirland oder Wiedereinfuhren eigenen Zuckers zu begegnen. Unter Verweis auf ihre ECS/AKZO Chemie betreffende Entscheidung vertrat die Kommission die Auffassung, dass diese selektiven Grenzrabatte einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellten [38].

80. Das Gericht hatte über den missbräuchlichen Charakter solcher Grenzrabatte zu entscheiden; es hat zunächst festgestellt, dass die von Irish Sugar angewandten Preise keine Verdrängungspreise im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs seien [39]. Es hat weiter festgestellt, dass sich aus den Akten ergebe, dass Irish Sugar sich nicht nur bewusst entschieden habe, bestimmten Einzelhändlern selektiv Sonderrabatte einzuräumen, sondern dass sie auch die Rechtswidrigkeit dieses Gebarens erahnt habe [40].

81. Das Gericht hat dieses Gebaren deshalb als eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 Buchst. c EG eingestuft [41]; es hat dabei sämtliche Argumente, die Irish Sugar vorbrachte, um die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens nachzuweisen, zurückgewiesen [42]. Das Gericht hat insbesondere das Vorbringen von Irish Sugar zurückgewiesen, es sei ihre Absicht gewesen sei, sich gegen den Wettbewerb aufgrund von Niedrigpreiseinfuhren (aber nicht unter den Gestehungskosten) aus Großbritannien und Nordirland zu wehren; das Gericht hat

36 — Ebd. (Randnr. 117).

37 — Entscheidung 97/624/EG der Kommission vom 14. Mai 1997 in einem Verfahren nach Artikel 86 EG-Vertrag (IV/34.621, 35.059/F-3 – Irish Sugar plc), ABl. L 258, S. 1.

38 — Ebd. (Randnrn. 133 bis 135).

39 — Angeführtes Urteil (Randnr. 182).

40 — Ebd. (Randnr. 183).

41 — Ebd.

42 — Ebd. (Randnrn. 184 bis 192).

hierzu festgestellt, dass die wirtschaftliche Fähigkeit von Irish Sugar, in dem Gebiet entlang der Grenze zu Nordirland Rabatte einzuräumen, nach deren eigenem Vorbringen von der Stabilität ihrer Preise in den anderen Gebieten abgehangen habe, was auf das Eingeständnis hinauslaufe, dass sie diese Rabatte durch die Verkäufe im übrigen irischen Staatsgebiet finanziert habe.

82. Das Gericht hat daraus gefolgert, dass Irish Sugar mit diesem Verhalten die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt verhindert und dessen Strukturen zu Lasten sowohl ihrer Kunden als auch der Verbraucher verfälscht habe; diese hätten nämlich außerhalb des Gebiets entlang der Grenze zu Nordirland nicht von den Preissenkungen profitieren können, die eine Folge der Zuckereinfuhren aus Nordirland gewesen seien [43]. Der Schutz der Wettbewerbsstellung eines Unternehmens in beherrschender Stellung könne nämlich nur dann rechtmäßig sein, wenn er auf Kriterien wirtschaftlicher Effizienz beruhe und von Interesse für die Verbraucher sei, was nicht der Fall sei [44].

83. Hervorzuheben ist auch, dass das Gericht die Behauptung von Irish Sugar zurückgewiesen hat, die Kommission habe sich zum Nachweis der Missbräuchlichkeit der Einräumung der Grenzrabatte auf die Verdrängung eins Konkurrenten berufen. Das Gericht hat festgestellt, dass dies nicht die Auffassung der Kommission gewesen sei und insbesondere ergänzt: „Da die Gewährung von Grenzrabatten bezweckte, die Konkurrenzangeboten ausgesetzten Kunden an sich zu binden, ohne doch sämtlichen Kunden der Klägerin den Einfluss des Wettbewerbs auf die Verkaufspreise ihrer Produkte zugutekommen zu lassen, belegt die Verdrängung eines Kunden aufgrund eines solchen Gebarens erst recht dessen Missbräuchlichkeit im Sinne von Artikel 86 des Vertrages.“ [45]

84. Im Rahmen des gegen dieses Urteil eingelegten Rechtsmittels wandte sich die Irish Sugar plc lediglich gegen die Feststellungen des Gerichts zum Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Der Gerichtshof hatte also nicht über die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts zu den missbräuchlichen Verhaltensweisen des Unternehmens zu befinden.

85. Was lässt sich aus diesen Rechtssachen ableiten?

86. Erstens gehören diese beiden Rechtssachen wie bereits ausgeführt zu einer ganzen Reihe von Urteilen, bei denen eine selektive Senkung der Preise durch ein beherrschendes Unternehmen als Verstoß gegen Art. 82 EG eingestuft worden ist, ohne dass diese Preise im Verhältnis zu den Kosten des Unternehmens gesehen worden wären, und aus denen hervorgeht, dass die Preise nicht unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten festgesetzt wurden.

87. Zweitens ist festzustellen, dass, während der Gerichtshof in der Rechtssache AKZO/Kommission aus den selektiven Preisnachlässen für die Kunden des wichtigsten Konkurrenten von AKZO auf das Vorliegen einer Verdrängungsabsicht dieses Unternehmens geschlossen hat, der Unionsrichter in den Rechtssachen Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission und Irish Sugar/Kommission anders vorgegangen ist. Er hat nämlich festgestellt, dass die streitigen Preispolitiken die Umsetzung der Absicht der Verdrängung des Konkurrenten darstellen; deren Vorliegen ist nicht aus der selektiven Preispolitik, sondern aus internen Dokumenten der betreffenden beherrschenden Unternehmen oder anderen Schriftstücken der Akten abgeleitet worden.

88. Insoweit ist festzustellen, dass die Tatsache, dass in diesen beiden letzten Rechtssachen die in Rede stehenden Verhaltensweisen nicht den erhofften Erfolg hatten, dass sie also nicht zur Verdrängung des Konkurrenten geführt haben, nicht als entscheidend angesehen worden ist, um das Vorliegen eines Missbrauchs einer beherrschenden Stellung auszuschließen. Dieser Feststellung kommt im Urteil des

43 — Ebd. (Randnr. 188).
44 — Ebd. (Randnr. 189).
45 — Ebd. (Randnr. 191).

Gerichts in der Rechtssache Compagnie maritime belge transports u. a. eine besondere Bedeutung zu, da aus diesem Urteil hervorgeht, dass der Marktanteil des wichtigsten oder einzigen Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens in dem Zeitraum, in dem die streitigen Preispolitiken angewandt wurden, zugenommen hatten [46].

89. Diese Feststellung bedeutet offenbar, dass die in Rede stehenden Preispolitiken aufgrund ihres Inhalts und nicht aufgrund ihrer Wirkung wettbewerbswidrig sind. Außerhalb ihres Zusammenhangs betrachtet könnte sie aber unvereinbar sein mit dem Grundsatz, dass beherrschende Unternehmen im Prinzip durchaus das Recht haben, Preiswettbewerb zu machen [47].

90. Der vom Unionsrichter in den Rechtssachen, in denen die Urteile vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, und vom 10. Juli 2001, Irish Sugar/Kommission, ergangen sind, verfolgte Ansatz könnte meines Erachtens durch drei Gesichtspunkte zu erklären sein, die eher tatsächlicher Natur sind und den Sachverhalten, die den Urteilen des Gerichtshofs und des Gerichts zugrunde lagen, gemein sind.

91. Zunächst ist die Verdrängungsabsicht des beherrschenden Unternehmens in den genannten Rechtssachen wie bereits ausgeführt nicht aus der selektiven Preispolitik, sondern aus anderen Umständen abgeleitet worden. Die selektive Preispolitik ist also nur als Umsetzung dieser Absicht angesehen worden.

92. Sodann ist festzustellen, dass die betreffenden beherrschenden Unternehmen eine wirtschaftliche Machtstellung innehatten, die derjenigen eines Monopols nahekam; ihr Marktanteil reichte nämlich jeweils an 90 % heran. Wegen der „überragenden beherrschenden Stellung“, auf die im Übrigen Generalanwalt Fennelly in seinen Schlussanträgen in den Rechtssachen, in denen das Urteil des Gerichtshofs vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u. a. [48], ergangen ist, hingewiesen hat, bestanden daher hohe Marktzugangsschranken.

93. Schließlich waren die selektiven Preispolitiken Bestandteil einer ganzen Reihe von missbräuchlichen Verhaltensweisen, die nicht alle ausschließlich die Preisgestaltung betrafen; deren Zusammenwirken mag auch eine gewisse Rolle gespielt haben.

94. Meines Erachtens sind die genannten Rechtssachen Irish Sugar/Kommission und Compagnie maritime belge transports u. a. für die Beantwortung der Vorlagefragen deshalb nur von untergeordneter Bedeutung, zumal im Ausgangsverfahren unstreitig ist, dass weder die dänischen Wettbewerbsbehörden noch die dänischen Gerichte irgendeine Verdrängungsabsicht haben nachweisen können und in keiner Weise aus den Akten hervorgeht, dass sich Post Danmark in einer Position der „überragenden herrschenden Stellung“ befände. Was insbesondere die Rechtssache Irish Sugar/Kommission angeht, auf die die Kommission teilweise ihre Ausführungen in der mündlichen Verhandlung gestützt hat, ist im Übrigen zum einen festzustellen, dass es um einen Fall ging, in dem das beherrschende Unternehmen durch das Angebot von selektiven Preisnachlässen an seine Vertriebsunternehmen, die der Konkurrenz durch andere Zuckerhersteller ausgesetzt waren, versuchte, seine Kundschaft zu behalten, und nicht, wie im Ausgangsverfahren, die Kundschaft seines wichtigsten oder einzigen Konkurrenten anzulocken, und zum anderen, dass mit den in Rede stehenden Preisnachlässen der Einfluss der Preispolitik der in erster Linie auf einem angrenzenden

46 — In Randnr. 126 dieses Urteils weist das Gericht auf die Behauptung der Klägerinnen hin, dass der Marktanteil von C & G im fraglichen Zeitraum von 2 % auf 25 % gewachsen sei. Diese Behauptung wird in den anderen Randnummern des Urteils nicht entkräftet (vgl. hierzu insbesondere Randnr. 149 dieses Urteils).

47 — Siehe hierzu Nr. 57 der vorliegenden Schlussanträge.

48 — Schlussanträge vom 29. Oktober 1998 (Randnrn. 135 bis 137). Der Gerichtshof hat auch jüngst auf diese Eigenschaft der Marktmacht von Cewal in der Rechtssache Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission (vgl. Urteil TeliaSonera, Randnr. 81) hingewiesen.

nationalen Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer auf diejenige der auf einem anderen nationalen Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmer eingedämmt werden sollte, ein Verhalten, das als Hindernis für die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes eingestuft werden konnte und auch eingestuft worden ist [49].

95. Meines Erachtens ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs dahin auszulegen, dass, wenn die recht außergewöhnlichen Umstände der Rechtssachen, in denen die Urteile vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u. a./Kommission, und vom 10. Juli 2001, Irish Sugar/Kommission, ergangen sind, nicht vorliegen, insbesondere wenn eine Absicht des beherrschenden Unternehmens, den Konkurrenten oder die Konkurrenten zu verdrängen, nur aus dem Angebot selektiver Preise abgeleitet werden kann, eine selektive Senkung der Preise im Hinblick auf die Kosten des beherrschenden Unternehmens zu prüfen ist, nach dem Vorbild des Kriteriums, auf das in den Randnrn. 114 und 115 des Urteils AKZO/Kommission abgestellt worden ist.

96. So ausgelegt ergibt sich ein in sich stimmiges Bild der Rechtsprechung. Außerdem bedeutet diese Auslegung für Unternehmen in beherrschender Stellung mehr Rechtssicherheit, wenn sie Preise selektiv senken. Im Übrigen könnte es, da das beherrschende Unternehmen zwar seine eigenen Kosten und Preise, aber nicht diejenigen seiner Konkurrenten kennt, mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit unvereinbar sein, wenn von den Wettbewerbsbehörden und Gerichten die Kostenstruktur seiner Konkurrenten berücksichtigen würde; denn das beherrschende Unternehmen wäre dann, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit seines eigenen Verhaltens zu beurteilen [50].

97. Insoweit ist meines Erachtens unabhängig von dem Wirtschaftszweig, in dem das beherrschende Unternehmen tätig ist, festzustellen, dass, wenn ein solches Unternehmen seinen Stammkunden und den Kunden seines Konkurrenten unterschiedliche Preise anbietet, die aber alle über seinen durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, dies trotz des selektiven und diskriminierenden Charakters dieser Preispolitik grundsätzlich nicht zur Verdrängung dieses genauso effizienten Konkurrenten führen kann.

98. Dieser wird nämlich grundsätzlich stets in der Lage sein, auf einen solchen Preiswettbewerb zu reagieren, da die Verkäufe zu solchen Preisen die durchschnittlichen variablen und fixen Kosten decken. Diese Geschäfte sind also rentabel; es ist grundsätzlich nicht vorstellbar, dass dieser Konkurrent vom Markt verdrängt werden könnte. Etwas anderes könnte gelten, wenn die Preise des Konkurrenten trotz allem über den durchschnittlichen Gesamtkosten des beherrschenden Unternehmens liegen. In diesem Fall hätten wir es aber wahrscheinlich mit einem Konkurrenten zu tun, der weniger effizient ist als das beherrschende Unternehmen. Seine Verdrängung wäre also das normale Ergebnis des Leistungswettbewerbs, an dem auch die beherrschenden Unternehmen trotz der von ihnen getragenen besonderen Verantwortung teilnehmen können müssen.

99. Das Verhalten des beherrschenden Unternehmens kann zwar immer noch als Verstoß gegen Art. 82 Abs. 2 Buchst. c EG angesehen werden, insofern dadurch bestimmte Kunden des beherrschenden Unternehmens im Wettbewerb benachteiligt werden könnten (secondary-line discrimination). Es dürfte aber im Prinzip nicht zur Verdrängung des Konkurrenten dieses Unternehmens führen.

100. Nach den Ausführungen in den vorstehenden Nrn. 96 bis 98, bezogen auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, müsste das vorlegende Gericht meines Erachtens zu dem Ergebnis gelangen, dass die Preise, die Post Danmark Spar und SuperBest – zwei der drei Kunden von FK, deren Situation in der Vorlageentscheidung und den schriftlichen Erklärungen der Beteiligten erwähnt worden ist – angeboten hat, im Prinzip nicht zur Verdrängung von FK führen konnten, da wie bereits ausgeführt unstreitig ist, dass diese Preise über den durchschnittlichen Gesamtkosten von Post Danmark lagen. Im Übrigen hat das vorlegende Gericht dem Gerichtshof die Kostenstruktur von FK nicht mitgeteilt.

49 — Vgl. Urteil des Gerichts Irish Sugar/Kommission (Randnr. 185).

50 — Vgl. in diesem Sinne Urteil TeliaSonera (Randnrn. 44 und 45).

101. Es bleibt zu prüfen, ob ein beherrschendes Unternehmen wie Post Danmark seinen Konkurrenten missbräuchlich verdrängen kann, wenn es bei einem wichtigen Kunden dieses Konkurrenten eine selektive Senkung der Preise vornimmt und diese Preise über seinen durchschnittlichen Zusatzkosten, aber unter seinen durchschnittlichen Gesamtkosten liegen.

102. Zunächst scheidet ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung meines Erachtens nicht allein deshalb aus, weil die in Rede stehenden Preise nur einem Kunden des wichtigsten oder einzigen Konkurrenten angeboten werden. Ein solcher Kunde kann nämlich durchaus ein erhebliches Einkaufsvolumen und einen erheblichen Marktanteil repräsentieren, wie es im Übrigen im Ausgangsverfahren bei Coop offenbar der Fall ist.

103. Sodann könnte man dazu neigen, den Ansatz des Gerichtshofs in den Randnrn. 113 bis 115 des Urteils AKZO/Kommission analog anzuwenden, wie die Kommission im Übrigen in der mündlichen Verhandlung vorgeschlagen hat.

104. Nach diesem Ansatz könnte das beherrschende Unternehmen, indem es dem Kunden seines Konkurrenten Preise anbietet, die unter seinen durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, und gleichzeitig seinen Stammkunden Preise anbietet, die über diesen Kosten liegen, die „Verluste“ aus den Verkäufen an den Kunden des Konkurrenten wenigstens teilweise durch die Gewinne aus den Verkäufen an ihre Stammkunden kompensieren, was ohne wirtschaftliche Rechtfertigung eine Verdrängungspolitik darstellen würde.

105. Im Ausgangsverfahren würde das vorlegende Gericht demnach höchstwahrscheinlich einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung durch Post Danmark auf dem nationalen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen feststellen, da die dänischen Wettbewerbsbehörden, ohne dass dies vom vorlegenden Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen in Frage gestellt worden wäre, festgestellt haben, dass Post Danmark nicht den Nachweis erbracht habe, dass das selektive Angebot, das sie Coop, einem der Hauptkunden von FK, gemacht habe, durch Skaleneffekte gerechtfertigt gewesen wäre.

106. Auch wenn es an der Feststellung einer missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch Post Danmark nicht unbedingt etwas ändern mag, habe ich Bedenken, vorzuschlagen, streng nach dem Ansatz der Randnrn. 113 bis 115 des Urteils AKZO/Kommission vorzugehen, wie dies insbesondere von der Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgeschlagen worden ist.

107. Durch eine solche Vorgehensweise würde nämlich meines Erachtens die Problematik des Anbietens von selektiv niedrigen Preisen durch ein beherrschendes Unternehmen, das gleichzeitig auf einem – teilweise reservierten – Markt tätig ist, auf dem es mit einer Universaldienstaufgabe betraut ist, und auf einem dem Wettbewerb völlig offenstehenden Markt, wo keiner der Wirtschaftsteilnehmer mit Universaldienstpflichten belastet ist, zumindest allzu sehr vereinfacht.

108. Erstens ist, wenn die dem Hauptkunden des Konkurrenten angebotenen Preise über den durchschnittlichen Zusatzkosten des beherrschenden Unternehmens liegen, meines Erachtens nicht davon auszugehen, dass mit „Verlust“ verkauft wird, sondern davon, dass wir es mit Geschäften zu tun haben, bei denen die Erlöse nicht maximiert werden. Solche Geschäfte bleiben nämlich grundsätzlich rentabel, da die mit ihnen erzielten Erlöse die Kosten der speziellen Tätigkeit auf dem dem Wettbewerb offenstehenden Markt, im vorliegenden Fall der Tätigkeit der Verteilung von Werbedrucksachen, decken.

109. Die Möglichkeit für das beherrschende Unternehmen, solche Preise anzubieten, hängt also meines Erachtens nicht von einem Ausgleich der – maximierten – Erlöse aus den Verkäufen an Stammkunden auf dem dem Wettbewerb offenstehenden Markt und den – nicht maximierten – Erlösen aus Verkäufen an den Hauptkunden seines Konkurrenten auf demselben Markt ab. Das beherrschende Unternehmen ist nämlich, um den Preis, den es dem Kunden seines Konkurrenten anbietet, aufrechtzuerhalten, im Prinzip nicht auf einen solchen Ausgleich angewiesen.

110. Im Übrigen sind die Stammkunden des beherrschenden Unternehmens, die Opfer der Preisdiskriminierung sind, auf einem Markt, auf dem sie keinerlei Zwang unterliegen, grundsätzlich durchaus in der Lage, einen Konkurrenten zu finden, der ihnen gleichwertige Leistungen zu einem niedrigeren Preis anbieten kann als das beherrschende Unternehmen [51].

111. Soweit die Zusatzkosten die Fixkosten, die den auf den beiden Märkten, auf denen das beherrschende Unternehmen präsent ist, ausgeübten Tätigkeiten gemein sind, nicht oder unzureichend berücksichtigen, insbesondere die Fixkosten, die die Vorhaltung der Kapazitäten des Verteilungsnetzes des beherrschenden Unternehmens betreffen, das wie im Ausgangsverfahren sowohl für die teilweise reservierte Tätigkeit, bei der Universaldienstpflichten zu erfüllen sind, genutzt wird als auch für die Tätigkeit der Verteilung von Werbedrucksachen, könnte dieses Unternehmen hingegen zweitens, selbst wenn es einen Preis anbieten würde, der über seinen durchschnittlichen Zusatzkosten liegt, die Kosten der Kapazitäten des Verteilungsnetzes, auf die das beherrschende Unternehmen für seine Tätigkeit der Verteilung von Werbedrucksachen zurückgreift, letztlich auf die Kunden der teilweise reservierten Tätigkeit abwälzen, die es auf dem Markt ausübt, auf dem es eine Universaldienstaufgabe hat.

112. Mit anderen Worten: Wenn auf die durchschnittlichen Zusatzkosten abgestellt wird, könnte das beherrschende Unternehmen einfach einen Preis anbieten, der etwas über diesen Kosten liegt, – und so vermeiden, dass dieser Preis automatisch als Verdrängungspreis eingestuft wird – und die gemeinsamen Fixkosten zum Teil oder ganz der teilweise reservierten Tätigkeit auf dem Markt zurechnen, auf dem es eine Universaldienstaufgabe hat, einer Tätigkeit, die also den auf dem dem Wettbewerb offenstehenden Markt angebotenen Preis subventioniert. Eine solche Preispolitik könnte, unabhängig davon, ob sie selektiv ist oder nicht, langfristig dazu führen, dass die Konkurrenten auf dem liberalisierten Markt ausgeschaltet werden, im Ausgangsverfahren also diejenigen, die auf dem dänischen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen tätig sind und natürlich keine solche Quersubventionierung vornehmen können [52].

113. Auch wenn ein beherrschendes Unternehmen wie Post Danmark einen selektiven Preis anbietet, der über seinen durchschnittlichen Zusatzkosten liegt, ist anders als Post Danmark und die tschechische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen geltend machen, meines Erachtens nicht ausgeschlossen, dass ein solches Preisniveau zur Verdrängung des Konkurrenten dieses Unternehmens führen kann; denn dieser Preis wird möglicherweise durch Erlöse des beherrschenden Unternehmens aus der teilweise reservierten Tätigkeit auf dem Markt, auf dem es Universaldienstpflichten zu erfüllen hat, subventioniert.

51 — Im vorliegenden Fall hat Post Danmark insbesondere in der mündlichen Verhandlung wiederholt, dass die vorzeitige Beendigung eines Vertrags über die Verteilung von Werbedrucksachen durch einen ihrer Kunden keine Vertragsstrafe auslöse und nur eine Kündigungsfrist von einem Monat voraussetze. Diese Situation würde sich also ganz klar von derjenigen der Rechtssache, in der das Urteil Compagnie maritime belge transports u. a. (Randnr. 117) ergangen ist, unterscheiden, in der der Gerichtshof dem Umstand besondere Bedeutung beigemessen hat, dass das beherrschende Unternehmen den Kunden seines Konkurrenten niedrige Preise anbot, während es von den Nutzern für Dienste, die nicht von dieser Konkurrenz bedroht waren, weiterhin höhere Preise verlangen konnte.

52 — Vgl. allgemein u. a. Thouvenin, V., „Coûts incrémentaux: Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public. Éléments de définition des coûts incrémentaux dans le contexte d'une stratégie de prédation: point de vue d'un économiste", *Concurrences*, a. a. O. (Fn. 10), S. 11.

114. Um festzustellen, ob dies der Fall ist, sind meines Erachtens die isolierten Produktionskosten („stand-alone cost“) [53] der von dem beherrschenden Unternehmen auf dem Markt, auf dem es Universaldienstpflichten zu erfüllen hat, erbrachten Dienstleistungen zu ermitteln und zu prüfen, ob die durch diese Dienstleistungen erzielten Erlöse diese Kosten übersteigen. Wenn ja liegen wahrscheinlich Quersubventionen zugunsten der Verkäufe auf dem dem Wettbewerb offenstehenden Markt vor, bei denen ein Preis angeboten wird, der unter den durchschnittlichen Gesamtkosten liegt. Beim Rückgriff auf solche Quersubventionen bestünde langfristig ein reales Risiko der Verdrängung des Konkurrenten; dieser würde deshalb meines Erachtens das vorbeugende Einschreiten der Wettbewerbsbehörden rechtfertigen, zumal ein Unternehmen in beherrschender Stellung im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Wettbewerbsstruktur des Marktes eine besondere Verantwortung trägt.

115. Je nach der Dauer dieser Verhaltensweise ließe sich dieses Risiko insbesondere an der Abnahme des Marktanteils des Konkurrenten ablesen.

116. Wie in Nr. 14 der vorliegenden Schlussanträge ausgeführt konnten die dänischen Wettbewerbsbehörden im Ausgangsverfahren bei von Post Danmark aber offenbar keine rechtswidrigen Quersubventionen zugunsten des Geschäftsfelds der Verteilung von Postwurfsendungen feststellen. Das vorlegende Gericht sollte dies aber nachprüfen.

117. An dieser Stelle stellt sich noch die Frage, ob ein Preisangebot, wie es Post Danmark einem der Hauptkunden ihres einzigen oder wichtigsten Konkurrenten auf dem Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen gemacht hat, verhältnismäßig ist. Diese Frage hat zwei Aspekte.

118. Zum einen ist fraglich, ob das beherrschende Unternehmen wegen seiner besonderen Verantwortung nicht verpflichtet war, es zu unterlassen, selektiv einen Preis anzubieten, der über seinen durchschnittlichen Zusatzkosten lag, und so gegenüber seinen Stammkunden eine nichtdiskriminierende Preispolitik anzuwenden. Zum anderen ist fraglich, warum ein beherrschendes Unternehmen wie Post Danmark bei den den Kunden seines Konkurrenten angebotenen Preisen Unterschiede macht.

119. Was den ersten Aspekt angeht, könnte durch die Verpflichtung eines beherrschenden Unternehmens, seinen Stammkunden und den Kunden seines Konkurrenten dieselben Preise anzubieten, d. h. im vorliegenden Fall einen einheitlichen Preis, der über den durchschnittlichen Zusatzkosten liegt, zwar eine sogenannte Nebendiskriminierung (oder „secondary-line discrimination“) der Handelspartner dieses Unternehmens untereinander verhindert werden; dies hätte meines Erachtens aber keine positive Auswirkung auf eine mögliche Verdrängungswirkung dieses Verhaltens im Hinblick auf den Konkurrenten dieses Unternehmens. Zwar mag ein einheitlicher Preis nicht so lange aufrechterhalten werden können wie ein selektiver; der Preis, den das beherrschende Unternehmen dem betreffenden Kunden des Konkurrenten anbietet, bleibt aber derselbe, unabhängig davon, ob er selektiv oder einheitlich angeboten wird.

120. Was den zweiten Aspekt angeht, kann ich unter der Annahme, dass die Kunden des Konkurrenten, denen unterschiedliche Preise angeboten wurden, sich in vergleichbaren Situationen befanden, nicht recht nachvollziehen, warum ein beherrschendes Unternehmen wie Post Danmark ausgerechnet bei diesen Preisen Unterschiede macht, indem sie zwei Angebote (Spar und SuperBest) macht, die ihre durchschnittlichen Gesamtkosten decken, während dies bei dem anderen (Coop) nicht der Fall ist, obwohl im ersten Fall die angebotenen Preise, die wie bereits ausgeführt nicht zu einer Verdrängung des Konkurrenten führen können, immer noch unter den Preisen dieses Konkurrenten

53 — Vgl. hierzu u. a. die Arbeiten von Faulhaber, G. R., „Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises“, *American Economic Review*, 1975, Nr. 5, S. 966, und „Cross-Subsidy Analysis with more than two services“, *Journal of Competition Law and Economics*, 2005, Nr. 3, S. 441, der folgende Definition gibt: „the stand-alone cost of any service or group of services of an enterprise is the cost of providing that service (at the existing or ‚test‘ demand level) or group of services by themselves, without any other service that is provided by the enterprise“. Vgl. auch Thouvenin, V., a. a. O. (Fn. 52), S. 11.

liegen. So hätte selbst ein Preis, wie er Spar und SuperBest angeboten worden ist, für einen Kunden wie Coop hinreichend attraktiv sein können, da er nach wie vor offenbar unter dem von FK angebotenen gelegen hätte; er hätte aber nicht zu der bereits erörterten Verdrängung des Konkurrenten führen können. Ob eine solche Verdrängungswirkung tatsächlich festzustellen sein wird, wird aber vor allem davon abhängen, ob es dem beherrschenden Unternehmen möglich ist, die Coop angebotenen Preise durch seine teilweise reservierten Tätigkeiten in dem Bereich, in dem es mit einer Universaldienstaufgabe betraut ist, zu subventionieren.

121. Abschließend ist festzustellen, dass der Ansatz, für den ich mich in den vorstehenden Ausführungen ausgesprochen habe und der darin besteht, eher auf die – zumindest potenzielle – Verdrängungswirkung abzustellen als – wie im Urteil AKZO/Kommission – auf die Verdrängungsabsicht, mir auch im Hinblick auf die Umstände des Ausgangsverfahrens als der geeignetere erscheint. Anders als in dem Fall, der dem Urteil AKZO/Kommission zugrunde lag, hat es das vorlegende Gericht nämlich nicht mit einer ganzen Reihe von missbräuchlichen Verhaltensweisen ein und desselben Unternehmens zu tun, bei denen bei mehreren die eindeutige Absicht der Ausschaltung des Konkurrenten vorlag, was meines Erachtens erklären kann, warum der Gerichtshof sich bei der Prüfung der selektiven Preispolitik der AKZO Chemie BV darauf beschränken konnte, daraus auf die Absicht dieses Unternehmens zu schließen, seinem Konkurrenten zu schaden.

122. Ein Abstellen auf die Verdrängungsabsicht und nicht auf die Verdrängungswirkung liefe auf die Annahme hinaus, dass jede selektive Preispolitik einen Verdrängungsmissbrauch darstellt, wenn die vom beherrschenden Unternehmen angebotenen Preise unter seinen durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, es sei denn, diese Politik ist wirtschaftlich gerechtfertigt. Wie ich in den vorstehenden Ausführungen gezeigt habe, ist eine solche Annahme aber weder wirtschaftlich und rechtlich begründet noch zweckmäßig. Sie wird nicht automatisch durch eine Ungleichbehandlung bei der Preisgestaltung von Stammkunden des beherrschenden Unternehmens und dem oder den Kunden des Konkurrenten dieses Unternehmens begründet.

123. Nach alledem ist Art. 82 EG meines Erachtens dahin auszulegen, dass das Verhalten eines beherrschenden Unternehmens, das darin besteht, dass dieses Unternehmen dem Hauptkunden seines wichtigsten oder einzigen Konkurrenten auf dem für den Wettbewerb völlig offenen nationalen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen selektiv einen niedrigeren Preis anbietet, der zwar über seinen durchschnittlichen Zusatzkosten, aber unter seinen durchschnittlichen Gesamtkosten liegt, eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellt, wenn das selektive Preisangebot möglicherweise durch Erlöse aus der teilweise reservierten Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens auf dem Markt der Postdienste subventioniert wird, auf dem dieses Unternehmen bei seiner Tätigkeit Universaldienstpflichten zu erfüllen hat, so dass dieser Konkurrent dadurch verdrängt wird. Insoweit ist zur Feststellung des Vorhandenseins rechtswidriger Quersubventionen zugunsten der Tätigkeit der Verteilung von Werbedrucksachen des beherrschenden Unternehmens zu prüfen, ob die mit den von diesem Unternehmen auf dem Markt der Postdienste, auf dem es Universaldienstpflichten zu erfüllen hat, erbrachten Dienstleistungen erzielten Erlöse die isolierten Produktionskosten dieser Dienstleistungen übersteigen. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist.

III – Ergebnis

124. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die Vorlagefragen des Højesteret wie folgt zu antworten:

Art. 82 EG ist dahin auszulegen, dass das Verhalten eines beherrschenden Unternehmens, das darin besteht, dass dieses Unternehmen dem Hauptkunden seines wichtigsten oder einzigen Konkurrenten auf dem für den Wettbewerb völlig offenen nationalen Markt für die Verteilung von Werbedrucksachen selektiv einen niedrigeren Preis anbietet, der zwar über seinen durchschnittlichen

Zusatzkosten, aber unter seinen durchschnittlichen Gesamtkosten liegt, eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellt, wenn das selektive Preisangebot möglicherweise durch Erlöse aus der teilweise reservierten Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens auf dem Markt der Postdienste subventioniert wird, auf dem dieses Unternehmen bei seiner Tätigkeit Universaldienstpflichten zu erfüllen hat, so dass dieser Konkurrent dadurch verdrängt wird.

Insoweit ist zur Feststellung des Vorhandenseins rechtswidriger Quersubventionen zugunsten der Tätigkeit der Verteilung von Werbedrucksachen des beherrschenden Unternehmens zu prüfen, ob die mit den von diesem Unternehmen auf dem Markt der Postdienste, auf dem es Universaldienstpflichten zu erfüllen hat, erbrachten Dienstleistungen erzielten Erlöse die isolierten Produktionskosten dieser Dienstleistungen übersteigen.

Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im Ausgangsverfahren erfüllt sind.