

Dr. Johannes Zöttl, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.

Kein Verbot der Kosten-Preis-Schere im US-amerikanischen Kartellrecht

Anmerkungen zu dem Urteil des Supreme Court in der Rechtssache *linkLine*

Das US-amerikanische und das europäische Kartellrecht weichen zur Zeit in keinem Punkt so sehr voneinander ab wie in der Beurteilung der sog. Kosten-Preis-Schere („margin squeeze“). Während dieser Ansatz in der Europäischen Gemeinschaft bereits Grundlage mehrerer Bußgeldentscheidungen der Kommission war, hat ihm der U.S. Supreme Court im Verfahren *linkLine* im Februar 2009 eine schroffe Absage erteilt. Derzeit ist keine Konvergenz absehbar. Der folgende Beitrag stellt den Ablauf des *linkLine*-Verfahrens und sein Ergebnis dar und beleuchtet den Kontrast zwischen dem europäischen und dem US-amerikanischen Recht.

I. Einleitung

In keinem Punkt weichen US-amerikanisches und europäisches Kartellrecht derzeit so dramatisch voneinander ab wie in der Beurteilung der sog. Kosten-Preis-Schere bzw. des „margin squeeze“ (oder „price squeeze“). In Europa erfreut sich das Verbot der Kosten-Preis-Schere bei der Europäischen Kommission (unterstützt durch das Europäische Gericht erster Instanz) und nationalen Behörden zunehmender Beliebtheit. Demgegenüber hat der U.S. Supreme Court der Doktrin des „margin squeeze“ jüngst im Verfahren *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine Communications*¹ eine schroffe Absage erteilt:

„We hold that no such claim may be brought.“ [...] „Plaintiffs’ price-squeeze claim ... is ... nothing more than an amalgamation of a meritless claim at the retail level and a meritless claim at the wholesale level.“²

Mit diesem Urteil vom 25. 2. 2009 vertieft der Supreme Court die Kluft, die im Bereich der Missbrauchsverbote seit einigen Jahren zwischen dem Kartellrecht der USA und der Europäischen Gemeinschaft besteht. Insbesondere unterscheidet sich die Auffassung des Supreme Court von der Aufgabe eines kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes, wie sie in *linkLine* zum Ausdruck kommt (siehe unten III.), grundlegend von der Herangehensweise der EG-Kommission (siehe unten IV.).³ Zunächst ist jedoch das wettbewerbliche Problem vorzustellen, das *linkLine* zugrunde lag (nachstehend unter II.).

II. Das wettbewerbliche Problem

1. Die Ausgangslage

Bei „margin squeeze“-Fällen geht es um bestimmte Aspekte des Preisverhaltens vertikal integrierter Unternehmen. Solche Unternehmen sind auf einem vorgelagerten Markt (z. B. Rohstoff, Input, Vorleistung) und einem nachgelagerten Markt (z. B. Endprodukt) tätig. Es kann sich ergeben, dass das integrierte Unternehmen das Input nicht nur zur Deckung eigenen Bedarfs verwendet, sondern auch an dritte Unternehmen liefert.⁴ Diese Unternehmen verwenden das Input für eigene Angebote im Endkundenmarkt und sind daher sowohl

Kunden des sie mit Input beliefernden Unternehmens als auch dessen Konkurrenten im nachgelagerten Markt.

Es können kaufmännische Gründe sein, aus denen ein vertikal integriertes Unternehmen auf diese Weise „upstream“ Wettbewerber beliefert und damit „downstream“ Konkurrenzdruck überhaupt erst auslöst, jedenfalls aber verschärft. Die Situation kann sich für das integrierte Unternehmen auch aus einer Belieferungspflicht ergeben, die ihrerseits entweder regulatorisch (sektorspezifisch) oder kartellrechtlich begründet sein kann.

Solche Konstellationen sind im Bereich der Telekommunikation vielfach anzutreffen. Dort gibt es regelmäßig nur ein Unternehmen (den „incumbent“), das die Infrastruktur der vorgelagerten Marktebene(n) aufgebaut hat und diese kontrolliert. Vergleichbare Sachverhalte können grundsätzlich aber überall dort auftreten, wo Unternehmen vertikal integriert sind. So hatte eines der ersten Verfahren, in dem die EG-Kommission eine Kosten-Preis-Schere zu beurteilen hatte, die Preisspanne zwischen Gewerbe- und Haushaltszucker zum Gegenstand.⁵ In Deutschland hat das Bundeskartellamt unter dem Gesichtspunkt der Kosten-Preis-Schere (letztlich erfolglos) bestimmte Vorgänge im Mineralölmarkt aufgegriffen.⁶

2. Die relevante Behinderungsstrategie

Es kann für das vertikal integrierte Unternehmen kaufmännisch sinnvoll sein, andere Unternehmen zwar mit Input zu beliefern, die Lieferbeziehung aber so auszugestalten, dass sich das wettbewerbliche Risiko im nachgelagerten Markt reduziert. Dies gilt erst recht, wenn die Belieferung auf einem regulatorisch oder kartellrechtlich begründeten Kontrahierungszwang basiert.

1 *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine Commc’ns, Inc.*, No. 07-512, S. Ct. (2009) (slip op.) („*linkLine*“).

2 *linkLine* (Opinion of the Court) (Fn. 1), 1, 12.

3 Zu der Rechtslage in Deutschland *Henk-Merten*, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, 2004; zu dem mit dem PreisbekämpfungsgM im Dezember 2007 eingefügten § 20 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 GWB *Lübbert*, in: Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 2. Aufl. 2008, § 27 Rdnr. 31; *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, § 20 Rdnr. 84ff. Zu weiteren Entwicklungen auf Ebene der Mitgliedstaaten *Pera*, The Application Of Article 82 In Regulated Sectors: The Case Of Price Squeeze, in: Hawk (Hrsg.), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*, 2009, S. 33, 53 ff.; *Geradin/O’Donoghue*, The Concurrent Application Of Competition Law And Regulation: The Case Of Margin Squeeze Abuses In The Telecommunications Sector, GCLC Working Group Paper 04/05, S. 28 ff.

4 Nachfolgend wird aus Gründen der Anschaulichkeit von physischen Input- und Endprodukten gesprochen. Tatsächlich geht es vielfach um die Öffnung von Netzen bzw. Infrastrukturen und damit letztlich um Zugangsansprüche.

5 Entscheidung der EG-Kommission vom 18. 7. 1988 betreffend ein Verfahren nach Art. 86 des EWG-Vertrages, IV/30.178 – *Napier Brown/British Sugar*, ABl. EG 1988, Nr. L 284, S. 41, Tz. 66.

6 BKartA, Beschluss vom 9. 8. 2000, WuW/E DE-V 289 – *Freie Tankstellen*; aufgehoben durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. 2. 2002, WuW/E DE-R 929 – *Freie Tankstellen*.

Konkret kommen drei Strategien in Betracht. Das vertikal integrierte Unternehmen kann seine Preise im vorgelagerten Markt (Input/„upstream“) anheben. Damit verschlechtert es die Kostenstruktur und damit die Wettbewerbsfähigkeit seines im nachgelagerten Markt konkurrierenden Abnehmers. Oder es senkt seine Preise im nachgelagerten Markt (Endprodukt/„downstream“) ab, so dass der dort agierende Konkurrent seine Endkundenpreise nach unten anpassen muss und damit Gewinn verliert (oder die Preise stabil hält und damit Kunden verliert). Schließlich kann das vertikal integrierte Unternehmen diese Strategien auch verbinden und seine Abgabepreise für Wettbewerber erhöhen, seine Endkundenpreise absenken und hierdurch die Gewinnspanne des Konkurrenten soweit reduzieren, dass dieser nicht mehr profitabel wirtschaften kann.⁷ Diese Mischstrategie hat aus Sicht des integrierten Unternehmens den Vorteil, dass eine Behinderung des Wettbewerbers im nachgelagerten Markt auch dort gelingen kann, wo es seine Endkundenpreise nicht unter das Niveau der eigenen Kosten absenkt (also nicht mit Verlusten arbeiten muss).

Bei dieser Mischstrategie handelt es sich um einen „margin squeeze“, wie ihn der Supreme Court im Verfahren *linkLine* zu beurteilen hatte. Es ging um die Frage, ob ein Kartellrechtsverstoß vorliegt, wenn „[t]he defendant – a vertically integrated retail competitor with an alleged monopoly at the wholesale level but no antitrust duty to provide the wholesale input to competitors – engaged in a ‚price squeeze‘ by leaving insufficient margin between wholesale and retail prices to allow the plaintiff to compete“.⁸

Denn es stellt sich die Frage, ob der „margin squeeze“ durch ein vertikal integriertes Unternehmen kartellrechtlichen Restriktionen unterliegt, wenn das Unternehmen den vorgelagerten Markt beherrscht.⁹ Kartellrechtlich kann zugunsten solcher Preisstrategien zu berücksichtigen sein, dass sie strukturell auf einer Absenkung des Endkundenpreises aufsetzen und insofern den (Preis-)Wettbewerb im nachgelagerten Markt beleben. Ferner könnte ein Verbot des „margin squeeze“ den wirtschaftlichen Anreiz für den Aufbau und die Entwicklung von Infrastrukturen mindern. Jedoch ist der Marktbeherrscher bei Erfolg seiner Strategie (d.h. nach Ausscheiden des Wettbewerbers im nachgelagerten Markt) auch dort in seiner Preisfestsetzung wettbewerbsmäßig nicht kontrolliert; die Wettbewerbsbelebung kann also eine vorübergehende sein. Falls die Belieferung des Wettbewerbers durch einen Kontrahierungszwang begründet ist, kommt verschärfend hinzu, dass die Preispolitik des vertikal integrierten Unternehmens den wirtschaftlichen Erfolg, den die Belieferungspflicht erzielen soll, nicht konterkarieren darf. Weiterhin ist zu bedenken, dass der Konkurrent die im nachgelagerten Markt gewonnenen Ressourcen dazu nutzen kann, in den vorgelagerten Markt einzutreten und mit dem Marktbeherrscher dort in Wettbewerb zu treten; derartige Vorstöße setzen naturgemäß voraus, dass solche Unternehmen im nachgelagerten Markt profitabel arbeiten können.

3. Der Prüfungsmaßstab

Kartellrechtlicher Prüfungsmaßstab sind in der Europäischen Gemeinschaft das Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EG bzw. dessen mitgliedstaatlichen Entsprechungen.¹⁰ Die Parallelnorm im US-amerikanischen Kartellrecht ist Section 2 Sherman Act, der es, kurz zusammengefasst, verbietet, auf unrechtmäßige Weise die „monopolization“ eines Marktes

durchzuführen oder abzusichern.¹¹ Beide Vorschriften knüpfen an Marktmacht an. Unterhalb dieser Schwelle ist das vertikal integrierte Unternehmen in der einseitigen Findung seiner Preise frei.

Strukturell unterscheiden sich Art. 82 EG und Section 2 Sherman Act u.a. darin, dass sich das europarechtliche Missbrauchsverbot nur an den (oder die) Marktbeherrscher wendet, während sein amerikanisches Pendant bereits den „attempt of monopolization“ verbietet. Umgekehrt liegt die Schwelle der Marktbeherrschung i. S. v. Art. 82 EG tendenziell niedriger als für die „monopolization“ gem. Section 2 Sherman Act, bei dessen Anwendung nach der Rechtsprechung des Supreme Court zudem stets eine gewisse Zurückhaltung zu beherzigen ist: „The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‚business acumen‘ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.“¹²

Wendet man Art. 82 EG bzw. Section 2 Sherman Act auf die oben erwähnte Mischstrategie an, richtet sich der kartellrechtliche Vorwurf nicht einfach dagegen, dass die Preise des vertikal integrierten Unternehmens im vorgelagerten Markt „zu hoch“ sind (was einer Lieferverweigerung bzw. einem „refusal to deal“ gleichkommen und aus diesem Grund gegen Missbrauchsverbote verstoßen kann). Auch zielt der Vorwurf nicht isoliert darauf, dass die Preise des vertikal integrierten Unternehmens im nachgelagerten Markt „zu niedrig“ sind (was für sich genommen einen Verstoß gegen das Verbot der Untereinstandspreise bzw. des „predatory pricing“ begründen kann). Vielmehr erkennt das Verbot der Kosten-Preis-Schere bzw. die Doktrin des „margin squeeze“ einen eigenständigen Unwertgehalt darin, dass dem Wettbewerber in der nachgelagerten Wertschöpfungsstufe eine auskömmliche Marge (und damit die Überlebensfähigkeit) genommen wird. Maßgeblich ist insoweit die relative Preisbewegung auf voneinander unabhängigen Preiscurven und deren kumulierte Auswirkung auf die Wettbewerbskraft nicht vertikal integrierter Konkurrenten.

III. Verfahren und Entscheidung in der Rechtssache *linkLine*

1. Sachverhalt

Die Beklagte, Pacific Bell,¹³ ist der größte Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen in den westlichen Bun-

7 Zu Einzelheiten *O'Donoghue/Padilla*, The Law And Economics Of Article 82 EC, 2006, S. 304 ff.

8 Petition for a Writ of Certiorari, 2007 WL 3028933 (17. 10. 2007).

9 Zu der Frage, ob auch der nachgelagerte Markt beherrscht sein muss, *Geradin/O'Donoghue* (Fn. 3), S. 50 f. m. w. N.

10 Hierbei darf mitgliedstaatliches Recht nicht hinter die Anforderungen des Art. 82 EG zurückfallen, wohl aber weitergehende Anforderungen stellen; Art. 3 Abs. 2 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. EG 2003, Nr. L 1, S. 1.

11 Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. § 2: „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.“

12 *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S., 398 (2004), 407.

13 Im Anschluss an das Urteil des Supreme Court wird im Folgenden nur von Pacific Bell und *linkLine* gesprochen. Tatsächlich waren auf Kläger- und Beklagenseite mehrere Parteien in den Rechtsstreit involviert.

desstaaten der USA. Große Teile der diesbezüglichen Infrastruktur stehen in ihrem Eigentum. Auf dieser Grundlage bietet das Unternehmen Endkunden u. a. DSL-Produkte an. Die Klägerin, linkLine, ist ein Internet Service Provider, der DSL-Kapazität bei Pacific Bell einkauft und DSL-Produkte an Endkunden vertreibt. Pacific Bell gehört dem Telekommunikationskonzern AT&T an. Ungeachtet seiner Marktstärke unterlag Pacific Bell/AT&T keiner kartellrechtlichen Verpflichtung, Wettbewerbern im Endkundenmarkt Zugang zu seiner DSL-Infrastruktur zu gewähren. Jedoch ergab sich eine diesbezügliche Auflage aus der sektorspezifischen Regulierung durch die Federal Communications Commission (FCC), die US-amerikanische Aufsichtsbehörde für die Telekommunikation. Pacific Bell/AT&T musste Wettbewerbern auf Großhandelsebene Zugang zu seiner DSL-Infrastruktur gewähren, und zwar zu Preisen, die seine eigenen Endkundenpreise nicht überschreiten durften.¹⁴

2. District Court

linkLine erhob im Jahr 2003 vor dem zuständigen Federal District Court eine Beschwerde gegen Pacific Bell auf Grundlage von Section 2 Sherman Act.¹⁵ Pacific Bell machte es linkLine durch einen „price squeeze“ unmöglich, im DSL-Endkundenmarkt zu konkurrieren. Weiterhin komme das Preisverhalten von Pacific Bell einer Lieferverweigerung („refusal to deal“) und einer Verhinderung des Zugangs zu einer „essential facility“ gleich. Pacific Bell verteidigte sich auf Grundlage des Urteils des Supreme Court im Verfahren *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*¹⁶, das kurz nach der Beschwerde linkLines erging. Dort hatte der Supreme Court entschieden, dass ein marktstarkes Unternehmen nur dann dazu verpflichtet sein kann, seinen Wettbewerbern in nachgelagerten Märkten ein auskömmliches Wirtschaften zu ermöglichen, wenn es einem kartellrechtlichen Kontrahierungszwang unterliegt.

Am 19. 10. 2004 verwarf der District Court unter Berufung auf *Trinko* die Argumente linkLines in Bezug auf „refusal to deal“ und „essential facilities“, nicht aber linkLines Angriff auf den angeblichen „price squeeze“ seitens Pacific Bells.¹⁷ Insoweit müsse linkLine seine Beschwerde nachbessern, was auch geschah.¹⁸ Pacific Bell verteidigte sich im Wesentlichen mit dem Argument, dass linkLine letztlich einen Verstoß gegen das Verbot der Untereinstandspreise behauptete, die diesbezüglichen (sehr engen) Voraussetzungen aber nicht dargelegt habe.¹⁹ Denn seit *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*²⁰ sieht der Supreme Court Untereinstandspreise durch Section 2 Sherman Act nur dann als verboten an, wenn erstens die fraglichen Preise unter den Kosten liegen („below an adequate measure of cost“). Zweitens muss es – anders als nach europäischem Recht, das diesen zusätzlichen Test nicht erfordert²¹ – wahrscheinlich sein, dass hierdurch verursachte Verluste nach Eintritt der beabsichtigten Wettbewerbsbeschränkungen wieder eingespielt werden können („dangerous probability of recouping the investment“). Der District Court schloss sich der Argumentation linkLines an.²²

3. Instanzenzug

Im Rechtszug bestätigte der Court of Appeal for the Ninth Circuit den District Court, gegen Pacific Bell.²³ Die Mehrheit der Richter berief sich u. a. auf das Urteil des 2nd Circuit in *United States v. Aluminium Co. of America (Alcoa)*.²⁴ Dort hatte Judge *Hand* im Jahr 1945 entschieden, dass ein „mar-

gin squeeze“ unter Umständen Section 2 Sherman Act verletzen kann. *Alcoa* wird in den USA als eines der wichtigsten Kartellrechtsjudize seit Erlass des Sherman Act verstanden, gilt dogmatisch aber als überholt.²⁵

Pacific Bell legte Rechtsmittel zum Supreme Court ein.²⁶ Dort ergab sich die pikante Situation, dass die beiden Kartellbehörden der USA (die Antitrust Division des US Department of Justice [DOJ] einerseits, die US Federal Trade Commission [FTC] andererseits) sich nicht zu einer einheitlichen Bewertung der Preispolitik Pacific Bells durchringen konnten. Das DOJ empfahl dem Supreme Court in einem „amicus curiae“-Schriftsatz, das Urteil des Ninth Circuit aufzuheben.²⁷ Es argumentierte u. a., der Ninth Circuit nehme vertikal integrierten Unternehmen jeden Anreiz, seine Preise im Endkundenmarkt zu senken, und schaffe umgekehrt Anreize für dort konkurrierende Unternehmen zur Erhebung von Klagen, die letztlich nur ihnen selbst und nicht dem freien Wettbewerb, vor allem aber nicht dem Endkunden dienen.

Die FTC gab prompt eine Pressemitteilung heraus, in der sie diese Position des DOJ öffentlich kritisierte.²⁸ Das Urteil des

14 Die FCC geht seit einigen Jahren von lebhaftem Wettbewerb für DSL aus, insbesondere durch Kabel und Satellit; FCC, *In re Appropriate Framework for Broadband Access to Internet over Wireline Facilities*, 20 FCC Rcd. 14853, 14879–14887 (2005). Die FCC hat daher ihre vormalige Praxis, unabhängigen DSL-Anbietern generell Zugangsansprüche zu gewähren, weitgehend aufgegeben. Der Supreme Court schloss sich in *linkLine* der Auffassung der FCC an; *linkLine*, S. 8, Fn. 2. Jedoch unterliegen bestimmte Unternehmenskäufe in den USA parallel zu der allgemeinen Fusionskontrolle auch der Aufsicht durch die FCC; Sections 214(a) und 310(d) Communications Act (15 U.S.C. §§ 18, 21(a)) sowie Sections 7 und 11 Clayton Act (47 U.S.C. §§ 214(a), 310(d)). In einem solchen Fusionskontrollverfahren hatte die FCC für AT&T eine Dritten Zugang gewährende Auflage ausgesprochen; FCC, *In re AT&T Inc. and BellSouth Corp.*, 22 FCC Rcd. 5662, 5814 (2007).

15 *linkLine Comms., Inc. v. SBC Ca., Inc.*, No. 03–5265 SVW, 2003 WL 25284389 (C.D. Cal., 24. 7. 2003).

16 540 U.S., 398 (2004), 407.

17 *linkLine Comms. v. SBC Ca., Inc.* No. CV 03–5265, 2004 U.S. Dist. LEXIS 30761 (C.D. Cal., 19. 10. 2004).

18 First Am. Compl., Tz. 25(A) (1), *linkLine Comms., Inc. v. SBC Cal., Inc.*, No. CV03–5265 SVW, 2004 WL 5503772 (C.D. Cal., 7. 12. 2004).

19 Mem. in Supp. of Def.'s Mot. to Strike Portions of Pl.'s First Am. Compl., to Dismiss the First. Am. Compl., or to Certify Oct. 20, 2004, Order for Interlocutory Appeal, *linkLine Comms., Inc. v. SBC Cal., Inc.*, No. CV03–5265 SVW, 2004 WL 5503772 (14. 1. 2005).

20 509 U.S. 209 (1993), 224.

21 Zuletzt EuGH, Urteil vom 2. 4. 2009, Rs. C-202/07 P – *France Télékom/Kommission*, Tz. 111.

22 Order Granting in Part and Denying in Part Def.'s Mot. to Strike Portions of Pl.'s First Am. Compl., to Dismiss the First Am. Compl., or to Certify October 20, 2004, Order for Interlocutory Appeal, *linkLine Comms., Inc. v. SBC Cal., Inc.*, No. CV03–5265 SVW, 2004 WL 5503772 (4. 4. 2005).

23 *linkLine*, 503 F.3d 884.

24 148 F.2d 415 (2d Cir. 1945). Der Ninth Circuit, der auch für *linkLine* zuständig war, erkannte auf Grundlage von *Alcoa* Ansprüche an, die auf die „margin squeeze“-Doktrin gestützt wurden. Demgegenüber interpretierte der D.C. und der Eleventh Circuit die Doktrin so um, dass sie im praktischen Ergebnis wie das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis („predatory pricing“) anzuwenden war. Siehe *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine Comms.*, 503 F.3d 876, 887 (9th Cir. 2007); *Covad Communs. Co. v. Bell South Corp.*, 374 F.3d 1044, 1050 (11th Cir. 2004), *cert. denied*, 544 U.S. 904; *Covad Communs. Co. v. Bell Atlantic Corp.*, 398 F.3d 666, 673–674 (D.C. Cir. 2005).

25 Zu Hintergründen und Einzelheiten des Verfahrens *Weber Waller*, The Story Of *Alcoa*: The Enduring Questions Of Market Power, Conduct, And Remedy In Monopolization Cases, Antitrust Stories 2007.

26 Petition for a Writ of Certiorari, *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine Comms., Inc.*, 2007 WL 3028933 (No. 07–512) (17. 10. 2007).

27 Brief for the United States as Amicus Curiae, *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine Comms., Inc.*, 2008 WL 2155265 (No. 07–512) (22. 5. 2008).

28 Statement of the Federal Trade Commission Declining To Join the U.S. Department of Justice Recommendation That the United States Supreme Court Review the Decision of the Court of Appeals for the Ninth Circuit in *linkLine Comms. v. Pacific Bell Telephone Company* (Nr. 07/

Ninth Circuit stehe auf dem Boden von *Alcoa* und *Town of Concord v. Boston Edison Co.*²⁹ In *Town of Concord* hat sich Richter *Breyer* ausführlich mit den positiven und negativen Wettbewerbswirkungen eines „margin squeeze“ befasst, letztlich aber (nur deswegen) gegen die Doktrin entschieden, weil dem Verfahren ein Sachverhalt aus der Elektrizitätswirtschaft zugrunde lag, in dem beide betroffenen Märkte staatlich reguliert waren. Insgesamt gebe es, so die FTC, keine Rechtfertigung „for turning back 60 years of case law that embraces price-squeeze claims under Section 2 of the Sherman Act“.³⁰

Neben dem DOJ machten zahlreiche weitere Parteien „amicus curiae“-Eingaben. Insbesondere nahm eine Gruppe von Professoren zugunsten von Pacific Bell Stellung³¹ und verwies u. a. darauf, dass es die „price squeeze“-Doktrin im US-amerikanischen Recht bereits gebe, nur eben nicht auf dem Boden von Section 2 Sherman Act, sondern in der sektorspezifischen Aufsicht etwa der FCC. Dort sei sie gut aufgehoben, wohingegen Gerichten nicht die Funktion einer „rate-setting regulatory agency, the rate-setting proceedings of which often last for several years“³², zugemutet werden dürfe.

Der Supreme Court nahm das Verfahren am 23. 6. 2008 zur Entscheidung an.³³ linkLine und Pacific Bell griffen ihre Argumente der Vorinstanz auf, mit einer bemerkenswerten Ausnahme. linkLine verfolgte seine auf die „margin squeeze“-Doktrin gestützte Argumentation nicht weiter, sondern wollte die diesbezüglichen Wertungen im Rahmen eines Anspruches weiterverfolgen, der letztlich auf eine Verletzung des Verbots von Verkäufen unter Selbstkosten („predatory pricing“) gestützt war. Am 8. 12. 2008 fand die mündliche Anhörung statt. Dort streifte der Supreme Court kursorisch und inhaltlich verfehlt die europäische Rechtslage.³⁴ Am 25. 2. 2009 entschied der Gerichtshof gegen linkLine.

4. Entscheidung des Supreme Court

Der Supreme Court erinnert zunächst an den Grundsatz, dass es nicht gegen Section 2 Sherman Act verstößt, wenn ein Unternehmen ein Monopol inne hat. Genau so wenig liege ein Kartellrechtsverstoß vor, wenn ein Monopolist aufgrund seiner Marktmacht Monopolpreise einfordere. Daher stehe marktstarken Unternehmen die Wahl ihrer Geschäftspartner frei, wie sie auch über Preise und Bedingungen frei befinden könnten. Nur in äußersten Ausnahmefällen komme ein Verstoß gegen Section 2 Sherman Act in Betracht, und zwar dort, wo sich „upstream“ ein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang ergebe, wie auch dort, wo der Marktbeherrscher „downstream“ kartellrechtlich gehindert sei, seine Konkurrenten im Preiswettbewerb zu unterbieten.

Auf Pacific Bell treffe beides nicht zu. Im vorgelagerten Markt sei die Preisgestaltung Pacific Bells nach den Kriterien zu prüfen, wie sie für jede andere Lieferbeziehung auch gälten. Danach könnten überhöhte Preise zwar dem Abbruch einer Lieferbeziehung gleichkommen und unter diesem Gesichtspunkt gegen Section 2 Sherman Act verstoßen. Nach den Voraussetzungen, die der Supreme Court in *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*³⁵ hierfür aufgestellt habe, unterliege Pacific Bell jedoch keinem Kontrahierungszwang in diesem Sinn. Ein Belieferungsanspruch setzt nach *Aspen* zuallererst voraus, dass die Geschäftsbeziehung ursprünglich freiwillig eingegangen wurde. Bereits in *Trinko* hatte der Supreme Court eine „Freiwilligkeit“ in diesem Sinn für Sachverhalte ausgeschlossen, in denen die Aufnahme der Belieferung regulatorisch veranlasst war. Hierauf

hatte sich auch Pacific Bell berufen. Die Achillesferse jener Verteidigungslinie war nun aber, dass Pacific Bell nur in einem der beiden betroffenen Märkte (Input) reguliert, im Endkundenmarkt aber frei war. Dessen ungeachtet stellte der Supreme Court in *linkLine* kategorisch fest: „[I]f a firm has no antitrust duty to deal with its competitors at wholesale, it certainly has no duty to deal under terms and conditions that the rivals find commercially advantageous.“³⁶

Im nachgelagerten Markt könne die Preispolitik Pacific Bells nur dann gegen Section 2 Sherman Act verstoßen, wenn sie die für „predatory pricing“ seit *Brooke Group* geltenden Voraussetzungen erfülle.³⁷ Dies habe linkLine nicht dargelegt (und könne es wohl auch nicht darlegen³⁸).

Daher habe Pacific Bell Section 2 Sherman Act nicht verletzt. Der Gerichtshof kommt zu diesem merkwürdigen Ergebnis scheinbar deswegen, weil *Trinko* und *Brooke Group* den Anwendungsbereich von Section 2 Sherman Act insoweit denkbar eng ziehen. Wichtiger ist aber, dass der Supreme Court den „margin squeeze“ Pacific Bells ausschließlich in das Prüfraster dieser beiden Urteile einordnet. Aus Sicht des Gerichtshofs liegt entweder im vorgelagerten Markt ein Verstoß gegen eine Lieferpflicht („duty to deal“, *Trinko*) oder im nachgelagerten Markt ein Verkauf unter Einstandspreis („predatory pricing“, *Brooke Group*) vor – tertium non datur: „Two wrong claims do not make one that is right.“³⁹ [...] „If both the wholesale price and the retail price are independently lawful, there is no basis for imposing antitrust liability simply because a vertically integrated firm’s wholesale price happens to be greater than or equal to its retail price.“⁴⁰

512, 23. 5. 2008). Der Dissens spiegelt die grundlegenden Auffassungsunterschiede wider, die unter der *Bush*-Administration zwischen FTC und DOJ über Auslegung und Anwendung von Section 2 Sherman Act bestanden; siehe insbesondere DOJ, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 Of The Sherman Act (September 2008, „Section 2 Report“) einerseits und das Statement Of Commissioners *Harbour, Leibowitz and Rosch* On The Issuance Of The Section 2 Report By The Department Of Justice (8. 9. 2008, „FTC Statement“), S. 1, andererseits: Die Richtlinien des DOJ seien ein „blueprint for radically weakened enforcement.“

29 915 F.2d 17 (1st Cir. 1990).

30 Siehe Fn. 28.

31 Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of the Petitioners, No. 07–512, 2007 WL 4125499 (3. 9. 2008).

32 Siehe Fn. 31, S. 5.

33 *Pacific Bell Tel. Co. v. linkLine Communs., Inc.*, 128 S.Ct. 2957 (12. 6. 2008).

34 Dieses bemerkenswerte Rechtsgespräch lautet wörtlich (Alderson Transkript, S. 44 ff.): „MR. BRUNELL [American Antitrust Institute, „amicus curiae“]: ... indeed, our brief cites an eminent professor, *John Vickers* at Oxford, an economist who supports a traditional Alcoa-type claim ... Professor *Vickers* – JUSTICE SOUTER: Does he support – MR. BRUNELL: Pardon me? JUSTICE SOUTER: I thought somebody else was – does he support recognition of that claim in the circumstances in which there was regulatory involvement like the FCC here? MR. BRUNELL: I believe he does, Your Honor. I believe the European Commission also recognizes such a claim in the presence of regulation. ... JUSTICE BREYER: ... I’m quite surprised that *Vickers* has written that ... or that the British Commission has held that. I would be very interested to know the citation of that. Because he may have done. I don’t read everything. MR. BRUNELL: The European Commission – JUSTICE BREYER: I’m not saying the European Commission. They have done all kinds of things. I am saying the – (Laughter.) JUSTICE BREYER: I am saying the British Monopolies or Restricted Practices Commission of which *Vickers* was the head. I agree with you that he is very knowledgeable, but I would be surprised if he had written contrary to what I just said in that example.“

35 472 U. S. 585, 608–611 (1985).

36 linkLine (Fn. 1), S. 9.

37 linkLine (Fn. 1), S. 11.

38 linkLine (Fn. 1), S. 17.

39 linkLine (Fn. 1), S. 17.

40 linkLine (Fn. 1), S. 15.

IV. Vergleich mit europäischem Recht

1. Rechtslage gem. Art. 82 EG

Missbräuchlich i. S. d. Art. 82 EG ist eine Verhaltensweise dann, wenn sie die Struktur eines Marktes beeinflussen kann, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des ihn beherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist, und die Aufrechterhaltung des Restwettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindert, die „von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger“⁴¹ abweichen.

Danach liegt eine gegen Art. 82 EG verstoßende Kosten-Preis-Schere vor, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen, das über eine beherrschende Stellung auf dem Markt eines Vorprodukts verfügt, die Preise, zu denen es das Vorprodukt an Dritte verkauft, „so hoch ansetzt, dass die Dritten über keine ausreichende Verarbeitungsmarge verfügen, um auf dem Markt des Verarbeitungserzeugnisses wettbewerbsfähig zu bleiben“.⁴² Eine Marge ist in diesem Sinn nicht „ausreichend“, wenn „die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken“.⁴³

Diese Überlegungen waren in jüngerer Zeit Grundlage zweier Bußgeldentscheidungen der EG-Kommission, über deren Rechtmäßigkeit die europäischen Gerichte noch abschließend zu befinden haben: im Mai 2003 gegen Deutsche Telekom (in Höhe von € 12,6 Mio.)⁴⁴ und im Juli 2007 gegen den spanischen Telekommunikationskonzern Telefónica (in Höhe von € 151,9 Mio.)⁴⁵

Deutsche Telekom war regulatorisch verpflichtet, Wettbewerbern Zugang zu ihren Ortsnetzen (der sog. Teilnehmeranschlussleitung) zu gewähren, hatte nach Auffassung der EG-Kommission aber von solchen Wettbewerbern höhere Entgelte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung erhoben als für den Zugang auf der Endkundenebene. Den Wettbewerbern sei daher kein hinreichender Spielraum verblieben, um in Wettbewerb zu Deutsche Telekom um Endkunden treten zu können. Das EuG bestätigte die EG-Kommission;⁴⁶ Deutsche Telekom hat Rechtsmittel zum EuGH eingelegt.⁴⁷ Auch die Entscheidung gegen Telefónica hatte Vorgänge im Telekommunikationssektor zum Gegenstand. Nach Auffassung der EG-Kommission hatte Telefónica im Bereich des Breitbandinternetzuganges über Festnetz (ADSL) eine marktbeherrschende Stellung inne, war insoweit reguliert und hatte ihre Marktmacht dadurch missbraucht, dass sie von Wettbewerbern für den Zugang zu ihrem Netz höhere Preise forderte als von eigenen Endkunden. Telefónica hat gegen die Entscheidung Klage zum EuG erhoben,⁴⁸ über die in der Sache noch nicht entschieden ist.

2. Die Divergenz zu *linkLine*

Die den Verfahren *Deutsche Telekom* und *Telefónica* zugrunde liegenden Sachverhalte unterscheiden sich in Einzelheiten erheblich und weisen zudem telekommunikationsrechtliche Besonderheiten auf, die hier nicht darzustellen sind.⁴⁹ Mit Blick auf *linkLine* ist es jedoch wichtig, einige zentrale Überlegungen der EG-Kommission und des EuG

festzuhalten, vorbehaltlich des weiteren Verfahrensgangs in Luxemburg.

Erstens liegt nach europäischem Recht in der Kosten-Preis-Schere ein selbstständiger Unwertgehalt, der sich nicht isoliert auf die jeweilige Höhe der Groß- bzw. Einzelhandelspreise bezieht, sondern auf die sich hieraus für den Wettbewerber im nachgelagerten Markt konkret ergebende Gewinnspanne. Demgegenüber kann es nach *linkLine* insoweit keine Wettbewerbsgefährdung geben, gegen welche die Verbote der Lieferverweigerung und des Untereinstandspreises nicht bereits ausreichenden Schutz bieten.

Zweitens wird das Verhältnis der sektorspezifischen Regulierung zu dem allgemeinen Kartellrecht in Europa überwiegend so verstanden, dass die Regulierung neben das Kartellrecht tritt, es grundsätzlich aber nicht verdrängt.⁵⁰ Daher steht die Tatsache, dass bestimmte Preise der staatlichen Regulierung unterliegen, der Anwendung von Art. 82 EG auf solche Preise nicht entgegen, sofern Preisbildungsspiel-

41 EuGH, Urteil vom 13. 2. 1979, Rs. 85/76 – *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461, Tz. 91.

42 So eine vielzitierte Formulierung des EuG in seinem Urteil vom 30. 11. 2000, Rs. T-5/97 – *Industrie des Poudres Sphériques*, Slg. 2000, II-3755, Tz. 178. Dort griff das EuG aber nur die Kriterien der Klägerin auf, ohne diese selbst aus Art. 82 EG abzuleiten, und verneinte deren Vorliegen, weil die Preise für den Rohstoff und für das Folgeprodukt aus seiner Sicht nicht missbräuchlich waren, Tz. 179. Es ist jedoch fraglich, ob das EuG bereits in *IPS* in dem Delta zwischen Groß- und Einzelhandelspreis einen selbstständigen Anknüpfungspunkt für einen Missbrauchsvorwurf gesehen hat; vgl. *Buigues/Klotz*, Margin Squeeze In Regulated Industries: The CFI Judgement In The Deutsche Telekom Case, CGP, Juli 2008, S. 5. Tatsächlich dürfte das EuG erst in *Deutsche Telekom* auf die Linie eingeschwenkt sein, dass eine verbotene Kosten-Preis-Schere auch dann vorliegt, wenn die Endkundenpreise für sich genommen nicht missbräuchlich sind; siehe EuG, Urteil vom 10. 4. 2008, Rs. T-271/03 – *Deutsche Telekom AG/Kommission*, Slg. 2008, II-477, Tz. 167; a. A. *González Díaz/Padilla*, The LinkLine Judgement – A European Perspective, GCP April 2009, S. 8 f.

43 Entscheidung der EG-Kommission vom 21. 5. 2003 in einem Verfahren nach Art. 82 EG-Vertrag, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*, ABl. EG 2003, Nr. L 263, S. 9, Tz. 107. Die maßgebliche Kostenbenchmark hat die EG-Kommission bereits in ihrer Entscheidung vom 19. 10. 1988, 88/518/EEC – *Napier Brown/British Sugar*, ABl. EG 1988, Nr. L 284, Tz. 66, in den bei dem beherrschenden Unternehmen im nachgelagerten Markt anfallenden Selbstkosten erblickt. Ähnlich stellen die Erläuterungen zu den Prioritäten der EG-Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen (ABl. EG 2009, Nr. C 45, S. 7, „Prioritäten Behinderungsmissbrauch“) auf die Kosten (und zwar die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten) der im nachgelagerten Markt tätigen Einheit des integrierten marktbeherrschenden Unternehmens ab, Tz. 80. Auf die Kosten eines nicht integrierten nachgelagerten Wettbewerbers komme es nur in Ausnahmefällen an, ebda., Fn. 55. Dieser Ansatz begünstigt tendenziell den Marktbeherrscher, weil seine Kosten aufgrund der vertikalen Integration typischerweise unter den Kosten jener Wettbewerber liegen, die nur im nachgelagerten Markt tätig sind; hierzu *Clerckx/de Muyter*, Price Squeeze Abuse In The EU Telecommunications Sector: A Reasonably Or Equally Efficient Test? GCP April 2009, S. 2 ff.

44 EG-Kommission, *Deutsche Telekom AG* (Fn. 43).

45 Entscheidung der EG-Kommission vom 2. 7. 2007 betreffend ein Verfahren nach Art. 82 EG-Vertrag, COMP/38.784 – *Wanadoo España/Telefónica*, Zusammenfassung in ABl. EG 2008, Nr. C 83, S. 6. Der nachstehend zitierte Volltext ist auf den Internetseiten der EG-Kommission abrufbar.

46 EuG, *Deutsche Telekom AG* (Fn. 42).

47 ABl. EG 2008, Nr. C 223, S. 31.

48 ABl. EG 2007, Nr. C 269, S. 55.

49 Im Übrigen wird verwiesen auf *Henk-Merten* (Fn. 3), S. 31 ff.; *Pera* (Fn. 3), S. 42 ff.; *Genevaz*, Margin Squeeze After *Deutsche Telekom*, GCP May 2008, S. 5 ff.; jeweils m. w. N.

50 Vgl. *Topel*, Das Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht nach dem europäischen Rechtsrahmen in der Telekommunikation und dem TKG, ZWeR 2006, 27; *Metzger*, Energiepreise auf dem Prüfstand: Zur Entgeltkontrolle nach Energie-, Kartell- und Vertragsrecht, ZHR 172 (2008), 458; *Geradin/O'Donoghue* (Fn. 3), S. 52 ff.

räume fortbestehen.⁵¹ Demgegenüber verweist der Supreme Court den geschädigten Wettbewerber auf den Gang zu der sektorspezifischen Regulierungsbehörde.⁵²

Drittens wendet die EG-Kommission das Verbot der Kosten-Preis-Schere unabhängig davon an, ob der Marktbeherrscher kartellrechtlich einem Belieferungszwang unterliegt.⁵³ Jedenfalls für regulierte Industrien steht die EG-Kommission auf dem Standpunkt, dass das Für und Wider eines Zugangsanspruches bereits im regulatorischen Verfahren abgewogen und bei Anwendung von Art. 82 EG nicht mehr zu prüfen sei.⁵⁴ Anders der Supreme Court: Legt die Regulierungsbehörde einem Unternehmen eine Lieferpflicht auf, ist es Sache der Regulierung, den Inhalt dieser Pflicht an geänderte Verhältnisse anzupassen und Verstöße angemessen zu sanktionieren. Mit anderen Worten: Während in Europa die Tatsache der Regulierung den Nachweis eines Verstoßes gegen das Verbot der Kosten-Preis-Schere erleichtert, schließt sie in den USA eine Anwendung der „margin squeeze“-Doktrin aus.

Viertens ist es für einen Verstoß gegen Art. 82 EG nicht erforderlich, dass die Kosten-Preis-Schere den Wettbewerb im nachgelagerten Markt konkret beeinträchtigt. Jedenfalls dort, wo das Input des vertikal integrierten Unternehmens für seine Wettbewerber im nachgelagerten Markt unabdingbar ist, indiziert eine unter den Kosten liegende Marge die Wettbewerbsbeschränkung.⁵⁵ Derartigen Überlegungen entzieht der Supreme Court den Boden, indem er kartellrechtlich begründeten Eingriffen in die Preisbildungsfreiheit grundsätzlich wettbewerbsdämpfende Folgen beimisst.⁵⁶

Seine rigide Ablehnung der „margin squeeze“-Doktrin erspart es dem Supreme Court, sich mit den so zahllosen wie diffizilen methodologischen Folgefragen, die in den Verfahren *Deutsche Telekom* und *Telefónica* eine große Rolle spielen,⁵⁷ auseinandersetzen zu müssen. Auch insoweit ist die Haltung des Supreme Court in *linkLine* von jener Furcht vor einem Regulierungsversagen in Gestalt sog. „type 1 mistakes“ geleitet, die für das US-amerikanische Kartellrecht nicht selten kennzeichnend ist.⁵⁸ Aus Sicht des Supreme Court müssen kartellrechtliche Eingriffe in die Preisbildungsfreiheit auf eng definierte Ausnahmefälle beschränkt sein, weil Section 2 Sherman Act andernfalls das Gegenteil dessen hervorbringe, wofür die Vorschrift geschaffen sei, nämlich eine Abkühlung des Preis- und Innovationswettbewerbs und damit eine Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfaht.⁵⁹ Für diese Haltung sind aber auch zwei institutionelle Überlegungen mitverantwortlich, die in Europa so nicht zum Tragen kommen.

Zum einen hält der Supreme Court die Zivilgerichte mit der Anwendung der „margin squeeze“-Doktrin für überfordert. Denn sie müssten nicht nur die Preisbewegungen auf zwei Handelsebenen erfassen und bewerten; der Maßstab dieser Bewertung sei auch unklar. Für das Verbot des Untereinstandspreises gebe es einen „safe harbor“ (die Einstandskosten), innerhalb dessen sich die Preisfestsetzung offensichtlich in Einklang mit Section 2 Sherman Act befinde. Für „margin squeeze“-Fälle existiere ein solcher „safe harbor“ nicht. Es könne ihn auch nicht geben, weil sich der kartellrechtliche Vorwurf auf die relative Bewegung verschiedener Preiskurven beziehe.⁶⁰ Derartige Überlegungen finden in der EG, wo Missbrauchsverfahren zumeist von Behörden geführt werden, wenig Widerhall.

Zum anderen sehen EG-Kommission und EuG im Telekommunikationsbereich eine Aufgabe des Kartellrechts

darin, für „Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer“⁶¹ zu sorgen. Dieser Gedanke ist seinerseits der Tatsache geschuldet, dass die europäischen Telekommunikationsmärkte – gegen erheblichen Widerstand – liberalisiert werden mussten, bevor sich kartellrechtliche Fragen des Marktmachtmissbrauches überhaupt stellen konnten. Dass die Marktmacht jener Unternehmen, die in Europa Adressat eines „margin squeeze“-Vorwurfs sein können, regelmäßig auf ehemals gesetzliche abgesicherte Monopolstellungen und über öffentliche Gelder finanzierte Infrastrukturen zurückgeht, ist ein Wertungsgesichtspunkt, der für ein US-amerikanisches Gericht naturgemäß keine Rolle spielt.

V. Schluss

linkLine ist das letzte große Kartellrechtsurteil des Supreme Court während der *Bush*-Administration. Es fügt sich in das Gesamtbild jener Jahre. Der Gerichtshof hat über kartellrechtlich begründete Ansprüche im vergangenen Jahrzehnt stets zugunsten des Beklagten entschieden.⁶² Nach derzeiti-

51 Hierzu die Presseerklärung der EG-Kommission vom 21. 5. 2003 (IP/03/717) zu ihrer Entscheidung gegen *Deutsche Telekom*, deutlich in der englischen Fassung: „The regulatory framework is not the only tool available. The conditions of local loop unbundling, such as pricing, are also subject to scrutiny under the EU competition rules.“ Dies soll im Übrigen sogar dann gelten, wenn die Sektorregulierungsbehörde geprüft (und verneint) hatte, ob eine Kosten-Preis-Schere vorliegt; vgl. EuG, *Deutsche Telekom* (Fn. 42), Tz. 115 ff.

52 Siehe das zustimmende Sondervotum von Richter *Breyer*: „When a regulatory structure exists to deter and remedy anticompetitive harm, the costs of antitrust enforcement are likely to be greater than the benefits“; *linkLine* (Fn. 1), *Breyer, J.*, concurring, S. 2. Und in Bezug auf die Tatsache, dass die Großhandels-, nicht aber die Einzelhandelspreise AT&Ts reguliert waren: „[R]espondents could have gone to the regulators and asked for petitioners’ wholesale prices to be lowered in light of the alleged price squeeze“; *linkLine* (Fn. 1), S. 2.

53 Kartellrechtlich wäre der Zugangsanspruch nach den Kriterien des EuGH in *Bronner* zu prüfen; EuGH, Urteil vom 26. 11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791.

54 EG-Kommission, *Telefónica* (Fn. 45), Tz. 309; Prioritäten Behindernsmisbrauch, Tz. 82.

55 EuG, *Deutsche Telekom* (Fn. 42), Tz. 237.

56 *linkLine* (Fn. 1), S. 11. Ähnlich z.B. *Brown Shoe Co. v. U.S.*, 370 U.S. 294, 320: „[T]he legislative history illuminates congressional concern with the protection of competition, not competitors.“

57 Hierzu oben Fn. 43 sowie *Buigues/Klotz* (Fn. 42), S. 6 ff.; *Geradin/O’Donoghue* (Fn. 3), S. 35 ff.; *Amory/Verheyden*, Comments On The CFI’s Recent Ruling In *Deutsche Telekom v. European Commission*, GCP Mai 2008, S. 5 ff.; *Genevaz* (Fn. 49), S. 15 ff.

58 Ausführlich *Kolasky*, What Is Competition? A Comparison Of US And EC Perspectives, [2004] Antitrust Bulletin, S. 29; aus deutscher Sicht BKartA, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Wettbewerbsrecht, 2007, S. 4 f.

59 *linkLine* (Fn. 1), S. 11.

60 *linkLine* (Fn. 1), S. 12 ff.

61 EuG, Urteil vom 22. 5. 2003, Rs. C-462/99 – *Connect Austria/Telekom-Control-Kommission*, Slg. 2003, I-5197, Tz. 83.

62 Die Beklagten haben vor dem Supreme Court seit *FTC v. Titor Title Insurance Co.*, 504 U.S. 621 (1992) kein Verfahren verloren, siehe *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*, 127 S. Ct. 2705 (2007); *Credit Suisse Securities v. Billing*, 127 S. Ct. 2383 (2007); *Twombly v. Bell Atl.*, 127 S. Ct. 1955 (2007); *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simons Hardwood Lumber Co., Inc.*, 127 S. Ct. 1069 (2007); *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink*, 547 U.S. 28 (2006); *Texaco Inc. v. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006); *Volvo v. Reeder Simco GSM*, 546 U.S. 164 (2006); *Empagran v. F. Hoffman-LaRoche*, 542 U.S. 155 (2004); *U.S.P.S. v. Flamingo Ind.*, 540 U.S. 736 (2004); *Verizon v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004); *California Dental Assn. v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999); *NYNEX Corp. v. Discon, Inc.*, 525 U.S. 128 (1998); *State Oil v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997); *Brown v. Pro Football, Inc.*, 518 U.S. 231 (1996); *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993); *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); *Prof. Real Estate Investors v. Columbia Pictures Indus.*, 508 U.S. 49 (1993); *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 U.S. 447 (1993).

gem Stand ist eine Konvergenz in der Divergenz nicht zu erkennen. *linkLine* lässt nur wenig Spielraum für eine zukünftige Anwendung der „margin squeeze“-Doktrin.⁶³ In dieser Hinsicht mag die kryptische Anmerkung von Richter *Breyer* in seinem zustimmenden Sondervotum von Interesse sein, die Doktrin habe ihr natürliches Zuhause in Verfahren mit „the Government as plaintiff“⁶⁴. Dies hat in DOJ und FTC (unter neuer Führung) dem Vernehmen nach zu einer Neubesinnung auf die Doktrin geführt.⁶⁵ Jedoch dürfte es aus transatlantischer Perspektive in Fällen der Kosten-Preis-Schere nur wenig praktischen Anreiz für Behörden (und Gerichte) geben, sich wechselseitig anzunähern. Die fraglichen Sachverhalte sind typischerweise national begrenzt. Daher ruhen die Hoffnungen derzeit insbesondere auf dem International Competition Network, das die Frage der Kosten-Preis-Schere auf seine Tagesordnung gesetzt hat. Bei derzeitiger Rechtslage könnten die Bewertungen aber transatlantisch nicht unterschiedlicher sein: *carte blanche* in den USA, Bußgeld in der Europäischen Gemeinschaft.



Dr. Johannes Zöttl

Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Jones Day in Frankfurt/Main. Er ist Vice Chairman des Unilateral Conduct Committee der Antitrust Section der American Bar Association. Sein Tätigkeitsschwerpunkt ist das deutsche und europäische Kartellrecht.

- 63 Hierzu etwa *Barnett/Gaskins/Graubert*, Price Squeeze Claims Succumb To Need For „Clear Rules“, GCP, April 2008, S. 5 ff.
 64 *linkLine* (Fn. 1), *Breyer, J.*, concurring, S. 1.
 65 *Jon Leibowitz*, einer der Autoren des FTC Statements in *linkLine* (Fn. 28 oben), wurde im März 2009 von Präsident *Obama* zu dem neuen Leiter (Chairman) der FTC ernannt. Auch die Leitung der Antitrust Division des DOJ wurde neu besetzt. Es war eine der ersten Amtshandlungen der neuen Assistant Attorney General (*Christine Varney*), den „Section 2 Report“ (Fn. 28) zurückzuziehen, und zwar erklärtermaßen zu dem Zweck, „to let everyone know that the Antitrust Division will be aggressively pursuing cases where monopolists try to use their dominance in the marketplace to stifle competition and harm consumers“ (Pressemitteilung des DOJ, Nr. AT09/459 vom 11. 5. 2009).

Dr. Ulrich Ernst, Wiss. Assistent, Krakau, und Dr. Roman Guski, Wiss. Assistent, Heidelberg

Grenzüberschreitende Mobiliarsicherung in Europa: das deutsch-polnische Beispiel

Der grenzüberschreitende Einsatz von Kreditsicherheiten birgt mangels europaweiter Regelvereinheitlichung nach wie vor rechtliche Unwägbarkeiten – von den Entstehungsvoraussetzungen bis hin zu Wirksamkeitsrisiken der Inhaltskontrolle. Der folgende Beitrag widmet sich mit rechtsvergleichendem Blick auf Deutschland und Polen den praktisch wichtigsten Mobiliarsicherungsmitteln und ihrer Behandlung durch das in der EU weitgehend vereinheitlichte Kollisionsrecht.

I. Einleitung

Das Vertrauen zwischen Polen und Deutschland mag in der jüngeren politischen Vergangenheit nicht stets das wünschenswerte Ausmaß erreicht haben. Einige Eckdaten zu den Wirtschaftsbeziehungen zwischen den beiden Ländern ergeben ein anderes Bild: Das Handelsvolumen ist von knapp 50 Milliarden Euro¹ im Jahr 2006 auf 54,5 Milliarden Euro in 2007 gestiegen.² Deutschland ist für Polen wichtigster Handelspartner überhaupt; umgekehrt ist Polen für Deutschland größter Außenhandelspartner im mittelöstlichen Europa. Bedeutende Exportwaren von Polen nach Deutschland sind – das mag überraschen – Kfz-Teile und Motoren.³ Um das Vertrauen zwischen den Privatrechtsobjekten beider Länder ist es also offenbar recht gut bestellt, da erfolgreiches Wirtschaften ohne Vertrauen nicht gelingt. Letzteres gilt beim Sach- oder Geldkredit in besonderem Maße: Erhält der Vertragspartner die Gelegenheit, die geschuldete Gegenleistung erst noch zu erwirtschaften, steigt das Risiko der Nichterfüllung – in der Finanzkrise ist es naturgemäß besonders groß.

Weil Kreditsicherheiten solche Ausfallrisiken reduzieren, haben sie enorme praktische Bedeutung, auch im internatio-

nen Handelsverkehr.⁴ Sicherheiten ersetzen zwar nicht das persönliche Vertrauen in die Erfüllungsbereitschaft des Schuldners, denn der Sicherungsnehmer ist insbesondere darauf angewiesen, dass jener nichts unternimmt, was bestehende Sicherungsrechte vereitelt. Sie machen aber immerhin das Ausfallrisiko steuerbar, weil sie das schuldnerische Verhalten mit Blick auf die drohende Verwertung binden und sich dadurch der Überwachungsaufwand verringert.⁵ Neben Grundpfandrechten, persönlichen Sicherheiten und schuldrechtlichen Vorsorgemaßnahmen spielen dingliche Rechte an Forderungen und beweglichen Sachen eine zentrale Rolle. Freilich hängt die Funktionstauglichkeit von Kreditsicherheiten unmittelbar von deren rechtsdogmatischer Erschließung ab: Eine „unsichere Sicherung“ hat kaum wirtschaftlichen Wert. Dabei gehen westeuropäische Investoren oft arglos von der Insolvenzfestigkeit ihrer Sicherheiten im mittel- und osteuropäischen Raum aus⁶ – umgekehrt wird das nicht anders sein.

In den EU-Mitgliedstaaten vernimmt man ein „vieltimiges Gewirr verschiedenartiger, konzeptionell und dogma-

- 1 Im Jahr 2007 standen deutschen Ausfuhren im Wert von 31 Milliarden Euro polnische Ausfuhren in Höhe von 23 Milliarden Euro gegenüber.
 2 Quelle: Statistische Erfassung durch das Wirtschaftsministerium in Polen, März 2008, abrufbar auf der Internetseite der polnischen Botschaft unter www.berlin.polemb.net/files/gospodarka/publikacje/Waren-um-saetze_2007.pdf.
 3 Hinzu gekommen ist in Polen die Flachbildschirmproduktion von 18 Mio. Stück in 2007. Quelle: Jahrespressekonferenz der Botschaft der Republik Polen in Deutschland am 23. 4. 2008.
 4 Zu den Funktionen von Kreditsicherheiten im Einzelnen *Guski*, Sittenwidrigkeit und Gläubigerbenachteiligung, 2007, S. 249 ff.
 5 *Drukarczyk/Duttler/Rieger*, Mobiliarsicherheiten: Arten, Verbreitung, Wirksamkeit, 1985, S. 30.
 6 *Thurner*, ZInsO 1998, 66, 68; vgl. aber schon die Probleme im deutsch-österreichischen Verhältnis: *Martiny*, IPRax 1995, 168.