

Ergebnisse

Der Massstab des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ oder auch „ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers“ („as efficient competitor“ respektive „equally efficient competitor“; „AEC“) hat für die Beurteilung des Preissetzungsverhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen grosse praktische Bedeutung erlangt. Er stellt im Rahmen des *more economic approach* (stärker wirtschaftlichen respektive wirtschaftlicheren Ansatzes) ein zentrales Kriterium für den Nachweis einer „aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung“ dar.

Die vorliegende Untersuchung beabsichtigte in erster Linie, die Funktionsweise des AEC-Tests sowie seine Eigenschaften und Beschränkungen als Beurteilungsmassstab offenzulegen. Sie konnte sich indes schwerlich darauf beschränken. Denn das Behinderungsmisbrauchsverbot ist geprägt von anhaltenden Kontroversen, welche zufolge des *more economic approach* freilich eher noch an Aktualität gewonnen haben. Sie betreffen namentlich die legitimierten Schutzziele – und damit dessen eigentliches Fundament. Deren Bestimmung war demzufolge ebenso angezeigt wie eine Untersuchung dahingehend, ob das Eingreifkriterium der aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung auch einer schutzzielkonformen Auslegung zugänglich ist. Andernfalls hätte letzterem nämlich die Anwendung versagt respektive ein zulässiges Eingreifkriterium ermittelt werden müssen, im Hinblick auf welches die Kompetenzen des AEC-Tests zu ermitteln gewesen wären.

Es wurden hauptsächlich die Behinderungsmisbrauchsverbote der Europäischen Union sowie der Schweiz untersucht; rechtsvergleichende Bezüge namentlich zur US-amerikanischen Rechtsordnung erwiesen sich aber gleichfalls als nützlich. Im Hinblick auf eine integrale Abhandlung war auch festzustellen, inwieweit den nachfolgend skizzierten Ergebnissen generelle Gültigkeit sowohl für das Unionsrecht als auch das schweizerische Missbrauchsverbot zukommt.

Beim unionsrechtlichen und schweizerischen Behinderungsmisbrauchsverbot verfügen sowohl der systemtheoretische Ansatz als auch der wohlfahrtstheoretische Ansatz im weiteren Sinne aus verfassungsrechtlicher Perspektive über Legitimation. Bei ersterem steht der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs sowie der wirtschaftlichen Handlungs-

freiheit im Vordergrund; letzterer verfolgt die Förderung der langfristigen Wohlfahrt durch Steigerung der dynamischen Effizienz. Einer vermehrten Berücksichtigung des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes im weiteren Sinne als Beurteilungsstandard steht aber zuweilen seine eingeschränkte technische Operationalität entgegen.¹⁸⁰⁶

Keine entscheidende Bedeutung kommt vor diesem Hintergrund betreffend die Zweckmässigkeit einer einheitlichen Auslegung des schweizerischen mit dem unionsrechtlichen Behinderungsmissbrauchsverbot der Frage zu, ob die unilaterale Konvergenzschaaffung als „autonomer Nachvollzug“ zu qualifizieren ist. Vielmehr erscheint es aus Gründen der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit – zumindest sofern keine anderslautende ständige Rechtsprechung besteht – angezeigt, dass das schweizerische Missbrauchsverbot den Mindeststandard von Art. 102 AEUV ebenfalls nicht unterschreitet. Eine strengere Auslegung des schweizerischen Kartellrechts kann sich hingegen als opportun erweisen, wenn sie mit einer (relativen) Besonderheit des schweizerischen Binnenmarktes begründet werden kann.¹⁸⁰⁷

Eine „aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung“ im Sinne der Prioritätenmitteilung der Kommission liegt vor, wenn der Zugang zu Lieferquellen oder Abnehmern auf einem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt oder einem Segment desselben Marktes beeinträchtigt wird, besagte Beeinträchtigung bei gegebenen strukturellen Voraussetzungen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung als erheblich in sachlicher, räumlicher respektive zeitlicher Hinsicht qualifiziert sowie zusätzliche Anhaltspunkte vorliegen. Ein „Verbrauchernachteil“ ist mutmasslicher Effekt, nicht hingegen Tatbestandsmerkmal. Dieserart erscheint das Eingreifkriterium der Kommission als grundsätzlich schutzzielkonform und weitgehend mit der Rechtsprechung der Unionsgerichte vereinbar.¹⁸⁰⁸

Bei einem AEC-Test wird der von einem Unternehmen gesetzte Preis mit den Kosten eines AEC verglichen. Dem AEC-Test nach hier verwendeter Terminologie ist demzufolge weder ein Rechtfertigungsschritt inhärent noch erfolgt eine integrale Berücksichtigung der strategischen Intention.¹⁸⁰⁹ Vergleichsparameter sind (lediglich) die Grössen „Kosten“ sowie

¹⁸⁰⁶ S. 57 ff.

¹⁸⁰⁷ S. 154 ff.

¹⁸⁰⁸ S. 119 ff. u. 348 ff.

¹⁸⁰⁹ S. 179 f., 334 ff.

„Preis“. Während die Industrieökonomik in der Theorie klar abgegrenzte Kostenbegriffe zur Verfügung stellt, erweist sich die einzelfallweise Generierung und Verwertung der für die Bestimmung der Kostenarten notwendigen Kostendaten als mit einigen Unwegsamkeiten behaftet; darüber hinaus stellen sich schwierige Zuordnungsfragen.¹⁸¹⁰ Die Preisbestimmung hat bisher weniger Beachtung erhalten, steht der Kostenbestimmung indes in Bedeutung und Komplexität in nichts nach. Mittels Rückgriff auf die betriebswirtschaftliche Preistheorie lassen sich statische und dynamische Preiselemente identifizieren, wobei namentlich letztere regelmässig über eine strategische Komponente verfügen, welche im konkreten Einzelfall eine normative Beurteilung im Hinblick auf die Zulässigkeit ihrer Berücksichtigung notwendig machen; es ergeben sich dabei weite Ermessensspielräume.¹⁸¹¹ Darüber hinaus kommt bei Kosten-Preis-Vergleichen den temporalen Aspekten (Bestimmung des Untersuchungszeitraums, Festlegung des Berechnungsansatzes, Wahl der Betrachtungsperspektive) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.¹⁸¹² Diese tatsächlichen Vorbehalte sind generell zu berücksichtigen, zumal sie signifikante Auswirkungen auf das Testergebnis haben können.

Die industrieökonomische Literatur erörtert den AEC als Beurteilungsmaßstab für *predatory pricing* als strategische Unterbietung der kurzfristig gewinnmaximierenden Kostenhöhe, wovon verschiedene Ausgestaltungen des preisbezogenen behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens erfasst werden können. Als hilfsweises Nachweiskriterium zur Intentionsfiktion kann auf das konkrete Preissetzungsverhalten abgestellt werden. Eine Nichtdeckung der kurzfristigen Kosten vermag bei einer vollständigen Preisbestimmung *predatory pricing* genüglich nachzuweisen; diese Kostenhöhe überschreitende Preissetzungen können hingegen kurzfristig gewinnmaximierend sein, weswegen der konkrete Nachweis einer strategischen Intention einzelfallweise zu erfolgen hat.¹⁸¹³

Der AEC-Test taugt lediglich sehr beschränkt zum Nachweis der strukturellen Voraussetzungen für eine aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung. Hingegen eignet er sich geradezu prototypisch zur Beurteilung der sachlichen Erheblichkeit, wobei grundsätzlich auf die LAIC-Kostenhöhe abzustellen ist; im Hinblick auf die räumli-

1810 S. 32 ff. u. 212 ff.

1811 S. 218 ff.

1812 S. 312 ff.

1813 S. 163 ff., 254 ff. u. 36 ff.

che und zeitliche Erheblichkeit ist der AEC-Test gleichfalls bedeutsam. Während der AEC-Test untauglich ist, eine direkte Verdrängungsabsicht nachzuweisen, kann er bei einer qualifizierten Kostenunterbietung Beleg für ein *sacrifice* sein. Beim weiteren Nachweis von zusätzlichen Anhaltspunkten für eine aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung kommt dem AEC-Test wiederum eine bloss untergeordnete Bedeutung zu.¹⁸¹⁴

Die Rechtsprechung hat den AEC-Test bisher anlässlich des Nachweises einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung sowohl bei generellen als auch diskriminierenden (Kampf-)Preisunterbietungen sowie bei Preis-Kosten-Scheren angewandt. Auf Einzelprodukte gewährte Treue- oder Ausschliesslichkeitsrabatte sowie Rabatte der dritten Kategorie konnten zumindest bis jüngst unbeachtlich eines AEC-Tests als potenziell wettbewerbsschädigend qualifiziert werden; dasselbe gilt augenscheinlich betreffend Bündel- oder Paketrabatten.¹⁸¹⁵

Ein AEC ist eine hypothetische Person und verfügt über dieselbe ökonomische Effizienz i.e.S. (im engeren Sinne; oder auch unternehmensinterne produktive Effizienz) wie das inkriminierte Unternehmen: Er besitzt die gleichen Produktions- und Kostenstrukturen und produziert mithin bei statischer Betrachtung ein bestimmtes Outputniveau zu denselben Kosten.¹⁸¹⁶ Die ökonomische Effizienz i.e.S. eines marktbeherrschenden Unternehmens wird massgeblich durch die Ausnutzung von marktinhärenten Größen- sowie Verbundvorteilen geprägt. Konkurrenten sind deswegen regelmässig ineffizient, sofern sie dasselbe Outputniveau nicht erreichen respektive Komplementaritäten in der Produktion oder Netzwerkeffekte nicht zu nutzen vermögen. Hierbei können bei einer dynamischen Betrachtung im Übrigen Lerneffekte eintreten. Man sollte allerdings infolgedessen nicht vorschnell der Versuchung erliegen, im Sinne einer quasi-regulativen *ex post*-Aufsicht regelmässig eine normative Vermessung des konkreten Marktes sowie seiner erwartungsgemässen Entwicklung vornehmen zu wollen und im Behinderungsmissbrauchsverbot hiernach auf einen „reasonably efficient competitor“ (REC) abstellen, welcher (noch) nicht über dieselbe ökonomische Effizienz i.e.S. wie das inkriminierte Unternehmen verfügt: Dessen inhaltliche Konkretisierung kann nämlich nur einzelfallweise erfolgen, was der Rechtssicherheit in den meisten Fällen

¹⁸¹⁴ S. 348 ff.

¹⁸¹⁵ S. 360 ff.

¹⁸¹⁶ S. 53 u. 179 f.

Ergebnisse

äusserst abträglich ist; dynamische Effizienzen lassen sich schwerlich quantifizieren, und eine dergestaltige Rechtsanwendung wäre folglich fehleranfällig.¹⁸¹⁷

Schliesslich kann im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden, dass der Marktbeherrschter selbst ökonomisch ineffizient i.e.S. (geworden) ist. In diesen – indes augenscheinlich raren – Fällen sollte eine „Ineffizienzrechtfertigung“ zugelassen werden: Das inkriminierte Unternehmen führt dabei den Nachweis, dass seine *prima facie* missbräuchliche Unterkosten-Preissetzung aus Sicht der allokativen Effizienz positiv zu beurteilen ist sowie keine marktverschliessende Wirkung zeitigt, weil der Marktpreis weiterhin einer genügenden Anzahl effizienteren Unternehmen erlaubt, zumindest zu den eigenen Grenzkosten zu produzieren.¹⁸¹⁸

1817 S. 191 ff.

1818 S. 50 ff., 137 ff. u. 186 ff.