Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht 37

David Roth

Der „ebenso effiziente Wettbewerber“

Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmissbrauchs

Nomos

Stämpfli Verlag

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Josef Drexl LL.M. (UC Berkeley)
Direktor Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München

Band 37

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

David Roth

Der „ebenso effiziente Wettbewerber“

Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmissbrauchs

Nomos

Stämpfli Verlag

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abdruck der von der Rechtswissenschaftlichen Fakultat der Universität Zürich am 7. Dezember 2016 genehmigten Dissertation.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Zürich, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4292-9 (Print)
ISBN 978-3-8452-8555-9 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-1577-3 (Stämpfli Verlag, Bern)

1. Auflage 2017
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Vorwort

„Nicht nur der Wettbewerb kann als Entdeckungsverfahren
interpretiert werden, auch die Wissenschaft ist eines“ (*Ulrich Schwalbe*)

Die vorliegende Arbeit ist im Wesentlichen während eines Forschungsaufenthalts am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb in München von Sommer 2014 bis Anfang 2016 entstanden; ihre Fertigstellung erfolgte im ersten Halbjahr 2016 in Zürich. Sie wurde im Herbstsemester 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich als Dissertationsschrift abgenommen sowie mit dem Issekutz-Preis ausgezeichnet. Die Arbeit befindet sich hauptsächlich auf dem Stand von Juli 2016, einzelne Ergänzungen konnten indes noch vorgenommen werden.

Vielen möchte ich an dieser Stelle danken. Ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Andreas Heinemann für seine stete und uneingeschränkte Unterstützung des Dissertationsprojekts, womit er ausserordentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Herrn Prof. Dr. Reto Hilty danke ich für die herzliche Einladung nach München gleichermassen wie dem Max-Planck-Institut als Institution, an welchem ich eine ungemein anregende Atmosphäre mit optimalen Arbeitsbedingungen vorfinden durfte. Grosser Dank gilt auch Herrn Prof. Dr. Stefan Bechtold, welcher mein erster akademischer Lehrer war und mein Interesse an der Forschung geweckt sowie schliesslich das Zweitgutachten erstellt hat. Herrn Prof. Dr. Josef Drexl danke ich für die freundliche Aufnahme in die vorliegende Schriftenreihe.

Dank gebührt weiter dem Schweizerischen Nationalfonds, welcher den Münchener Aufenthalt umfänglich und grosszügig finanziert hat. Auch danke ich dem Max-Planck-Institut sowie der Max-Planck-Gesellschaft für die Übernahme der Druckkosten und die Finanzierung der unmittelbaren Open Access-Veröffentlichung.

Mein grösster Dank gilt aber meinen Eltern, welche mich auf meinem bisherigen Lebensweg jederzeit und bedingungslos unterstützt haben; ihnen ist die vorliegende Arbeit gewidmet.

Zürich, im Sommer 2017 *David Roth*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 19

Erster Teil: Grundlagen 25

I. Einleitung 25
II. Industrieökonomische Grundlagen 26
1. Begriffsklärung 26
2. Das Unternehmen und seine Kosten 27
A. Theorie der Firma 27
a) Deskriptive Erklärungsansätze 27
b) Technische Sicht des Unternehmens 28
c) Weitere Ansätze 29
aa) Prinzipal-Agent-Ansatz 30
bb) Transaktionskosten-Ansatz 31
cc) Theorie residualer Verfügungsrechte 32
B. Kostentheorie 32
a) Ökonomischer Kostenbegriff 32
b) Variable und fixe sowie totale Kosten 33
c) Verlorene und vermeidbare Kosten sowie Gemeinkosten 33
d) Durchschnittliche Kosten 34
e) Grenzkosten und inkrementelle Kosten 35
f) Kurzfristige und langfristige Kosten 36
3. Marktstrukturen und statische Preistheorie 38
A. Mikroökonomisches Grundmodell 38
a) Marktbegriff 38
b) Nachfrage und Angebot 38
c) Konsumenten- und Produzentenrente 39
d) Perfekter Wettbewerb 41
e) Monopol 42
aa) Begriffsklärung 42
bb) Ursachen von Monopolen 43
cc) Dominantes Unternehmen mit wettbewerblichem Rand 44

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

B. Oligopol 45
a) Begriffsklärung 45
b) Spieltheoretische Ansätze 45
c) Marktmacht 47
aa) Begriffsklärung 47
bb) Ursachen von Marktmacht 47
C. Bestreitbarkeit von Märkten 48
4. Effizienz 49
A. Effizienzvielfalt 49
B. Allokative Effizienz 50
a) Begriffsklärung 50
b) Wohlfahrtstheorie 50
c) Marktstruktur und allokative Effizienz 51
C. Produktive Effizienz 53
a) Ökonomische Effizienz i.e.S. 53
aa) Begriffsklärung und Voraussetzungen 53
bb) Marktstruktur und ökonomische Effizienz i.e.S. 53
b) Gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz 54
aa) Begriffsklärung 54
bb) Grössen- und Verbundvorteile 55
c) Zum Verhältnis von allokativer und produktiver Effizienz 55
D. Dynamische Effizienz 57
a) Begriffsklärung 57
b) Marktstruktur und dynamische Effizienz 59
III. Rechtliche Rahmenbedingungen des Missbrauchsverbots 61
1. Schutzziele 61
A. Wettbewerb, Wettbewerbstheorien und -politik 61
B. Europäisches Union 63
a) Systemtheoretischer Ansatz 63
aa) Schutz des unverfälschten Wettbewerbs 64
bb) Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit 66
b) Wohlfahrtstheoretischer Ansatz 68
aa) Gesamtwohlfahrtsstandard 70
(1) Begriffsklärung 70
(2) Kurzfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.) 71

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Langfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.) 71
bb) consumer welfare-Standard 73
(1) Begriffsklärung 73
(2) Kurzfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.) 76
(3) Langfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.) 78
C. Schweiz 79
D. Synthese 82
E. Exkurs: Schutzziele der Wettbewerbsbehörden gemäss ICN UCWG-Report (2007) 85
a) ICN, UCWG und der Bericht 85
b) Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses 86
c) Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit 87
d) Förderung der „consumer welfare“ 88
2. Örtlicher Geltungs- und Anwendungsbereich 89
A. Europäische Union 89
a) Geltungs- und Anwendungsprinzipien 89
b) Zwischenstaatlichkeitsklausel 92
B. Schweiz 93
3. Persönlicher Geltungsbereich 94
A. Europäische Union 94
B. Schweiz 96
4. Missbräuchliches Verhalten 97
A. Europäische Union 97
a) Systematisierungsansätze 97
b) Schutzzielkonforme Auslegung 99
aa) Rechtsprechung 99
bb) Unzulänglichkeitsvorwurf 103
c) Reformbestrebungen 104
aa) more economic approach 104
bb) Normative Implikation 106
cc) Einzelfallbeurteilung anhand wohlfahrtsökonomischer Effekte 107
(1) Fehlerreduktion 107
(2) Rechtssicherheit 110

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Ergebnis 113
d) Prioritätenmitteilung 114
aa) Entstehungsgeschichte 114
bb) Inhalt 115
(1) Zweckbeteuerung und allgemeine Ausführungen 115
(2) Aufgreifkriterium 118
(3) Eingreifkriterium 119
cc) Rechtsnatur und Erlasskompetenz 128
dd) Rechtliche Wirkungen 132
ee) Tatsächliche Wirkungen 135
e) Rechtfertigung 137
aa) Zweischrittige Prüfung 137
bb) Systematisierung der Rechtfertigungsgründe 138
cc) Beweislast 139
dd) Effizienzrechtfertigung 142
(1) Voraussetzungskatalog 142
(2) Effizienzvorteile, negative Auswirkungen sowie Bilanzierung 143
(3) Tatsachen- und Prognosenbeweise sowie Beweismass 145
(4) Keine Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs 147
B. Schweiz 148
aa) Ausgangslage 148
bb) Harmonisierung der Rechtsanwendung 154
(1) Implikationen der Konvergenzschaffung 154
(2) Zweckmässigkeit der Harmonisierung 157
(3) Konsequenzen für das weitere Vorgehen 161

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Zweiter Teil: predatory pricing und der „ebenso effiziente Wettbewerber“ 162

I. Einleitung 162
II. Statuierungen 163
1. Die „Geistigen Väter“ und der industrieökonomische Kontext 163
A. Ursprünge 163
a) predatory pricing 163
b) Mikroökonomische Fundierung 165
c) Posner zum Ersten 166
B. Areeda und Turner 167
a) Relevante Kostengattungen 167
b) AVC als Indikator für die MC 169
C. Reaktionen 170
a) Posner zum Zweiten 170
b) Baumol 171
c) Ein weiterer „dual cost approach“ 172
D. Posner zum Dritten 173
E. Exkurs: Rationalität und Erfolgsaussichten von predatory pricing 174
a) Strategisches Potenzial 174
b) Informationsasymmetrien 175
c) Graduelle Imperfektion der Marktbestreitbarkeit 176
2. Prioritätenmitteilung 176
A. Gegenstand 176
B. Begriffsklärungen: Die Kostenarten der Prioritätenmitteilung 177
3. Approximation 179
A. Der AEC als Person 179
B. Die Zuerkennung eines normativen Potenzials 181
III. Qualitäten und Restriktionen 182
1. Wohlfahrtstheoretische Implikationen 182
A. Die Wirkungen einer Preissenkung 182
a) Theoretischer, isolierter Effekt 182
b) Gesamtmarktbetrachtung 184

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

B. Abstellen auf ökonomischen Effizienz i.e.S. 185
a) Die Wohlfahrtswirkungen hoher ökonomischer Effizienz i.e.S. 185
b) Die tatsächliche ökonomische Effizienz i.e.S. marktbeherrschender Unternehmen 186
C. Effizienzrechtfertigung 189
a) Gegenstand 189
b) Qualifikation einer „Ineffizienzrechtfertigung“ 189
2. Hypothetizität und Gleichheit 191
A. Grundsatz 191
B. Relativierungen 192
a) Reflexion von Grössen- und Verbundvorteilen 192
b) Statik 195
aa) Grundsätzliche Kritik 195
bb) „Quasi-Regulierung“ mittels Kartellrecht 196
(1) Begriffsklärung 196
(2) Tendenzen 198
cc) Grundsatz der Gleichbehandlung 202
c) Heterogenität des Marktguts 203
d) Reaktion 205
aa) Bezugnahme auf die konkreten Bedingungen 205
bb) Der „reasonably“ effiziente Wettbewerber 206
(1) Über weite Strecken diffuser Einsatzbereich 206
(2) Einzelfallweise inhaltliche Konkretisierung 209
(3) Rechtsunsicherheit 210
3. Vergleichsparameter 212
A. Kostenbestimmung 212
a) Generierung der Kostendaten 212
aa) Möglichkeiten 212
bb) Verwertung 213
(1) Grundsätzliches 213
(2) Annäherungsweise Bestimmung der Opportunitätskosten im Rahmen der Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren 214
b) Zuordnungsfragen 215
aa) MC und Gemeinkosten 215

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) AVC und AFC 216
cc) AAC und LAIC 217
B. Preisbestimmung 218
a) Generierung der Preisdaten 218
b) Preisbegriff 219
aa) Problemaufriss 219
bb) Funktionaler Bestimmungsansatz 220
cc) Rückgriff auf die Preistheorie 221
(1) Funktionslehre 221
(2) Resultierende Multidimensionalität des Preises 222
dd) Begriffsbestimmung 222
c) Implikationen 223
aa) Qualitative Bestimmung der relevanten Preiselemente 223
bb) „Alternative" Berücksichtigung von Folgeeinnahmen im Rahmen der Effizienzrechtfertigung? 225
cc) Selektive Berücksichtigung aufgrund normativer Kriterien? 226
dd) Konsequenzen einer inkorrekten Bestimmung 228
ee) „Kurzfristiger Preis" als „Preisart"? 229
d) Bestimmung des „effektiven" Preises bei bedingten Einzelprodukte-Rabatten 230
aa) Gegenstand 230
bb) Nicht-bestreitbarer Teil 235
(1) Bedeutung 235
(2) Über weite Strecken unklare Bestimmung 237
cc) Relevante Menge und effektiver Preis 243
dd) Marktanteils- und Kosten-(effektiver) Preis-Vergleiche 248
C. Beurteilung der predatory pricing-Vergleichsmassstäbe 254
a) Ausgangspunkt 254
aa) Kosten-Preis-Verhältnis-Unabhängigkeit 254
bb) Strategische Intention 256

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Fiktionskriterium 256
(1) Tatsächliche Bestimmungs- und Nachweiserschwernisse 256
(2) Folgerung 257
b) Above-cost predatory pricing 258
aa) Gegenstand 258
bb) Rechtsprechung 260
c) Below-cost predatory pricing 265
aa) Vorbemerkungen 265
bb) Vergleich mit kurzfristiger Kostenart 265
(1) Gegenstand und Rechtsprechung 265
(2) Unterschreitung des „kurzfristigen Preises“ als Kriterium zur Intentionsfiktion? 272
(3) Nochmals zur angezeigten Vergleichs-Preisart 276
(4) Konsequenz hinsichtlich des Kriteriums zur Intentionsfiktion 278
cc) Vergleich mit langfristiger Kostenart 278
(1) Gegenstand und Rechtsprechung 278
(2) Adaptionen des LAIC-Massstabs und deren Konsequenzen 284
(3) Nachweis der unternehmerischen Motivation im Sinne einer „Verdrängungsabsicht“ 288
(4) Zu den Dissonanzen zwischen „Verdrängungsabsicht“ und „Objektivität“ des Missbrauchsbegriffs sowie zur Bedeutung des recoupment 299
D. Temporale Aspekte 312
a) Untersuchungszeitraum 312
b) Berechnungsansätze 313
aa) „Period by period“ 313
bb) Gesamtbetrachtung 317
(1) Übersicht 317
(2) Ertragswertmethode 318
c) Ex ante- vs. ex post-Perspektive 323
E. Exkurs: Judiciary self-restraint 325
a) Motivation 325

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Schweiz 325
c) Europäische Union 327
IV. Der „'ebenso effiziente Wettbewerber'-Test" 334
1. Identifikation 334
A. Begriffsklärung 334
a) Problemaufriss 334
b) Definition 335
B. Abgrenzungen 336
a) Bilanzierung der Wohlfahrtseffekte 336
b) Unternehmerische Motivation 338
2. Funktionaler Anwendungsbereich 339
A. Ausgangspunkt 339
a) Test-Motivation, -Vielfalt und -Imperfektionen 339
b) theory of harm: Begriffsannäherung sowie generelle Anforderungen 343
c) Divergierende Nachweiserfordernisse 345
aa) Anforderungen an das weitere Vorgehen 345
bb) Abstrakte Beurteilung und Handlungsempfehlung 346
B. Der AEC-Test anlässlich des Nachweises einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung 348
a) Prüfungsstruktur 348
b) Aller Wahrscheinlichkeit nach relevante Marktverschliessung 349
aa) Strukturelle Voraussetzungen 349
bb) Unternehmerisches Preissetzungsverhalten 352
(1) Anforderungen 352
(2) Eignung des AEC-Tests 357
c) Zusätzliche Anhaltspunkte 358
aa) Strategische Intention 358
bb) Übrige Kriterien 359
C. Der AEC-Test anlässlich des Nachweises einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung 360
a) Desintegration 360
b) Verschliessung desselben Marktes 361
aa) (Kampf-)Preisunterbietungen 361
(1) Gegenstand 361
(2) Preisdiskriminierungen 363

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Rabattsysteme 367
(1) Ausgangslage 367
(2) Mengenrabatte 368
(3) Zum Nachweis von Mengenrabatten 371
(4) Treue- oder Ausschliesslichkeitsrabatte 373
(5) Würdigung 376
(6) Rabatte der dritten Kategorie 380
c) Verschliessung benachbarter Märkte 382
aa) Koppelungen und Bündelungen 382
(1) Gegenstand 382
(2) Bündel- oder Paketrabatte 383
bb) Preis-Kosten-Scheren 386
(1) Zur Anwendbarkeit von Kosten-Preis-Vergleichen 386
(2) „Stand-alone abuse“ 388
(3) Missbräuchlichkeitsnachweis 389
D. Der AEC-Test als „safe harbour“? 391

Ergebnisse 394

Literaturverzeichnis 399

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abbildungsverzeichnis

Grafik 1:	Marktgleichgewicht und aggregierte Wohlfahrt	40
Grafik 2:	Preissetzung im Monopol	43
Grafik 3:	Wohlfahrtsverlust im Monopol und Oligopol	52
Grafik 4:	Zusätzlicher Wohlfahrtsverlust infolge X-Ineffizienz im Monopol	57
Grafik 5:	Fehler erster und zweiter Ordnung	109
Grafik 6:	Preissetzung unterhalb des Gleichgewichtspreis	183
Grafik 7:	Bestimmung des effektiven Preises	234

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Abkürzungsverzeichnis

AAC	average avoidable cost, durchschnittliche vermeidbare Kosten
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs.	Absatz
AC	average cost, Durchschnittskosten
AEC	as/equally efficient competitor/rival, ebenso effizienter/leistungsfähiger Wettbewerber
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Allg. Einl.	Allgemeine Einleitung
a.M.	andere(r) Meinung
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
amtl.	amtlich(es)
Anm.	Anmerkung
Antitrust Bull.	Antitrust Bulletin
Antitrust L.J.	Antitrust Law Journal
Art.	Artikel
ATC	average total cost, durchschnittliche Vollkosten
AUC	additional upstream cost, Kosten der Veräusserung eines Vorprodukts
Aufl.	Auflage
AVC	average variable cost, durchschnittliche variable Kosten
BBl.	Bundesblatt
Bem.	Bemerkungen
betr.	betreffend
Bsp.	Beispiel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BSK	Basler Kommentar
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
BV	Schweizerische Bundesverfassung
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cam. J. Econ.	Cambridge Journal of Economics
CEPS	Centre for European Policy Studies
CEPS SP	Centre for European Policy Studies Special Report
CMLR	Common Market Law Review
CO	Code des obligations
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Comp Law	Competition Law Journal
Comp. L. Rev.	Competition Law Review
CPI	Competition Policy International
CPI Antitrust Chron.	Competition Policy International Antitrust Chronicle
CPN	Competition Policy Newsletter
CR	Commentaire romand
C & R	Revista de Concorrência & Regulação
Darst.	Darstellung(en)
ders.	derselbe
DG Comp	Directorate General for Competition, Generaldirektion „Wettbewerb“
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe(n)
E./Erw.	Erwägung
EAGCP	Economic Advisory Group on Competition Policy
ECJ	European Competition Journal
ECLR	European Competition Law Review
Econ. J.	Economic Journal
EC/EG	European Community/Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl.	englische(n)
et al.	et alii/aliae, und andere
EuG	Gericht der Europäischen Union (Gericht Erster Instanz)
EuGH	(Europäischer) Gerichtshof
Eu.-K. DP	Europa-Kolleg Hamburg Diskussionspapier
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende (Seite respektive Ziffer)
FC	fixed cost, Fixkosten
ff.	fortfolgende (Seiten respektive Ziffern)

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

FIC	fixed incremental cost, fixe inkrementelle Kosten
Fn.	Fussnote
Fordham Int'l L.J.	Fordham International Law Journal
F&E	Forschung und Entwicklung
GA/GAin	Generalanwalt/Generalanwältin
GCLC	Global Competition Law Centre, College of Europe
GCP	Online Magazine for Global Competition Policy
GD Wettbewerb	Generaldirektion „Wettbewerb", Directorate General for Competition
Geo. L.F.P.	Georgetown Law Faculty Publications and Other Works
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
gl.M.	gleicher Meinung
GR	Grundrechte
GREDEG	Le Groupe de Recherche en Droit, Economie et Gestion
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GWB	Deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Harv. JL & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HBS	Harvard Business School
Hervorh. (d.)	Hervorhebung(en) (durch)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
ibid.	ibidem, ebendort
IC	incremental cost, inkrementelle Kosten
i.c.	in casu, vorliegend, gegenständlich
ICN	International Competition Network
IDEI	Institut d'économie industrielle
i.d.S.	in diesem Sinne
i.e.S./i.w.S.	im engeren/weiteren Sinne
i.f.	in fine, am Ende
i.i.	in initio, am Anfang
Ind. L.J.	Indiana Law Journal
insb.	insbesondere
Int. J. Ind. Organ.	International Journal of Industrial Organization
IPRG	Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts
JbNSt	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

JCLE	Journal of Competition Law & Economics
JECL&P	Journal of European Competition Law & Practice
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
jew.	jeweils
J. Law Econ.	Journal of Law & Economics
J. Polit. Econ.	Journal of Political Economy
JZ	JuristenZeitung
KG	Schweizerisches Kartellgesetz
LAIC/LRAIC	long run average incremental cost
LIC	long run incremental cost
Lisbon Conf. Comp. L&E	Lisbon Conference on Competition Law and Economics
lit.	litera
Lit.	Literatur
LS	Leitsatz
Marb. Vwl. Beitr.	Marburger Volkswirtschaftliche Beiträge, Marburg Papers on Economics
MC	marginal cost, Grenzkosten
m.E.	meines Erachtens
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
MR-Int	Medien und Recht International
MSchG	Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben
m.(w.)Hinw./Verw.	mit (weiteren) Hinweisen/Verweisen
N	Randnote
NGA	Non-governmental advisor
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development, Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OFCOM	Independent regulator and competition authority for the UK communications industries
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PdW	Perspektiven der Wirtschaftspolitik
Polit. Sci. Q.	Political Science Quaterly
Pra	Praxis des Bundesgerichts

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Prepr. MPI Bonn	Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods
q	quantity, Outputniveau
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
REMM	Resourceful, Evaluative, Maximising Man
REC	reasonably efficient competitor/rival, hinreichend/angemessen/durchschnittlich effizienter/leistungsfähiger Wettbewerber
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep.	Report
resp.	respektive
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
RJE	RAND Journal of Economics
Rn./Rz.	Randnote/-ziffer
RP	Research Paper(s)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
R&D	Research and Development, Forschung und Entwicklung
S.	Satz/Seite
s./s.a.	siehe/siehe auch
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SMC	short run marginal cost, kurzfristige Grenzkosten
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Rechtssammlung
SSRN	Social Science Research Network
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
Supp.	Supplement, Zusatzausgabe
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TC	total cost, Vollkosten
teilw.	teilweise
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Tz.	Teilziffer(n)
u.	und
u. a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

UCWG	Unilateral Conduct Working Group/Arbeitsgruppe für einseitiges Wettbewerbsverhalten
U. Iowa LS RP	University of Iowa Legal Studies Research Paper
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UK	United Kingdom, Vereinigtes Königreich
U.S.	United States (of America), Vereinigte Staaten
Utah L. Rev.	Utah Law Review
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb
Urt. v.	Urteil vom
v.	von/versus, gegen
VC	variable cost, variable Kosten
verb.	verbundene(n)
Verf.	Verfasser
Verf. v.	Verfügung vom
Vgl.	Vergleich(e)
Vol.	Volume, Band
Vwl. DP Univ. Kassel	Volkswirtschaftliche Diskussionsbeiträge der Universität Kassel
Voraufl.	Vorauflage
Vorbem.	Vorbemerkung
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
weiterf.	weiterführend/weiterführende/weiterführenden
WEKO	Schweizerische Wettbewerbskommission
World Comp.	World Competition
WP	Working Paper
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitierte(n)
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erster Teil: Grundlagen

I. Einleitung

Die Untersuchung gibt im vorliegenden ersten Teil einen Überblick über die industrieökonomischen Grundlagen sowie die rechtlichen Rahmenbedingungen des unionsrechtlichen und schweizerischen Missbrauchsverbots.

Zunächst werden aus ökonomischer Sicht die verschiedenen Erklärungsansätze für das Unternehmen und die im Rahmen des Produktionsprozesses anfallenden Kostenarten aufgezeigt. Darauf werden die zentralen, auf Märkten anzutreffenden Strukturen dargestellt, und wie ein Unternehmen unter diesen Bedingungen in der Theorie den Preis für ein angebotenes Gut setzt. Endlich folgt die Darstellung der relevanten ökonomischen Kostenbegriffe. In diesem Rahmen wird auch aufgezeigt, welchen Einfluss die jeweiligen Marktstrukturen auf die nachfolgend bedeutsamen Effizienzkonzepte haben können. Die Darstellung folgt dabei insgesamt keiner „klassischen" lehrbuchartigen Struktur[1], sondern ist bestrebt, die für den weiteren Gang der Untersuchung relevanten Begriffe konzise zu erörtern. Sie verzichtet auf rigorose Herleitungen. Sie ist bemüht, unter Verwendung konsistenter Terminologie den diesbezüglich allgemein anerkannten Kernbestand der Industrieökonomik für den weiteren Gang der Untersuchung aufzubereiten.

Mit dieser Fokussierung geht namentlich eine Beschränkung der Untersuchung dahingehend einher, dass die ohne Weiteres beachtlichen Erkenntnisse der Verhaltensökonomik keine besondere Darstellung erfahren sowie auch in der Folge zumindest nicht systematisch berücksichtigt werden. Ergänzend zu den punktuellen Hinweisen in der Untersuchung wird

1 Hierfür sei auf die in der Untersuchung zitierten Standardwerke verwiesen, insb. *Tirole*, The Theory of Industrial Organization; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik; sowie auch *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

betreffend die Implikationen des *Behavioral Antitrust* auf die einschlägige Literatur verwiesen.[2]

Im Anschluss an das industrieökonomische Kapitel folgt eine Beurteilung der wettbewerbstheoretischen Schutzziele aus verfassungsrechtlicher Perspektive:[3] Die idealtypischen Grundpositionen des system- und wohlfahrtstheoretischen Ansatzes werden auf ihre Legitimität *de lege lata* untersucht. Nach einer Darstellung der Geltungs- und Anwendungsbereiche des unionsrechtlichen und schweizerischen Missbrauchsverbots folgen Ausführungen zur Beurteilung missbräuchlichen Verhaltens unter besonderer Berücksichtigung der Reformbemühungen im Rahmen eines *more economic approach*. Es wird in diesem Zusammenhang namentlich auf die von der europäischen Kommission verabschiedete Prioritätenmitteilung Bezug genommen. Die Untersuchung erarbeitet damit die notwendigen rechtlichen Grundlagen, um im anschliessenden zweiten Teil die Beurteilung behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens von marktbeherrschenden Unternehmen anhand des Beurteilungsmassstabs eines *as efficient competitor* bewerten zu können.[4]

II. Industrieökonomische Grundlagen

1. Begriffsklärung

Die Industrieökonomik (industrial organization) beschäftigt sich mit der Funktionsweise von Märkten und Industrien, wobei sie einen Schwerpunkt auf die Betrachtung der Frage legt, wie Unternehmen sich gegenseitig konkurrieren. Es herrscht eine gewisse Uneinigkeit darüber, ob die In-

---

2 Allg. Darst. finden sich u.a. bei *Heinemann*, Chapter 11: Behavioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), 211 ff.; *Tor*, 21. The Market, The Firm, and Behavioral Antitrust, in: Zamir/Teichman (Hrsg.), 539 ff.; *ders*., Understanding Behavioral Antitrust, 92 Tex. L. Rev. 573 (2013); *Reeves/Stucke*, 86 Ind. L.J. 1527 (2011); kritisch *Van den Bergh*, 9 JCLE 203 (2013); *Wright/Stone*, 33 Cardozo L. Rev. 1517 (2012); eine Analyse von Rabattsystemen unter einer verhaltenswissenschaftlichen Perspektive findet sich etwa bei *Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 187 ff.

3 Es handelt sich hierbei um eine im Rahmen der Diskussion bisweilen (zu) wenig berücksichtigte Perspektive, vgl. *Dreher*, WuW 2008, 23 ff., 24 f.; gerade die Bestimmung besagter Schutzziele ist primär eine genuin juristische Aufgabe.

4 S. 162 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dustrieökonomie eine Teildisziplin der Mikroökonomik ist oder ein selbständiger Forschungsbereich. Die Selbständigkeit wird teilweise mit dem Hinweis begründet, dass sich die Mikroökonomik typischerweise mit den extremen Fällen des Monopols und des perfekten Wettbewerbs auseinandersetze, während der Forschungsgegenstand der Industrieökonomik hauptsächlich das Verhalten in Oligopolsituationen betreffe.[5] Wenn nachfolgend diese der Mikroökonomik zugedachten Marktstrukturen unter „Industrieökonomischen Grundlagen" abgehandelt werden, dann deswegen, weil sich ein Oligopol nur in Abgrenzung zum Monopol respektive perfekten Wettbewerb verstehen lässt. Auch die Kostentheorie findet insofern in „beiden" Forschungsgebieten Anwendung.

2. Das Unternehmen und seine Kosten

A. Theorie der Firma

a) Deskriptive Erklärungsansätze

Die Theorie der Firma (theory of the firm) ist ein Teilgebiet der Industrieökonomik; sie beschäftigt sich mit der Erklärung der Funktionsweise und des Verhaltens von Unternehmen.[6] Der Begriff „Firma" findet dabei eine nicht-juristische Verwendung.[7] Die Industrieökonomik verfügt nicht über eine umfassende und abgeschlossene Theorie der Firma; es existieren verschiedene Erklärungsansätze betreffend unternehmerisches Verhalten.[8] Diese Ansätze sind mithin deskriptiver Natur.[9]

---

5 *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 1; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, Vorwort, welche eine Entwicklung von einer „Teildisziplin" der Mikroökonomik zu einer „Kerndisziplin" der Wirtschaftswissenschaften konstatieren.

6 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 13.

7 Zu den Bedeutungen des Begriffs bspw. im schweizerischen Firmenrecht s. etwa *Oertli*, in: Roberto/Trüeb (Hrsg.), N 7 f. zu OR 944; in der Folge wird der neutrale Begriff „Unternehmen" verwendet; die zulässigen rechtlichen Ausgestaltungsformen von Unternehmen regelt im Übrigen das jeweilig anwendbare Gesellschaftsrecht.

8 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 46.

9 Zur Unterscheidung zwischen deskriptiven resp. positiven Verhaltensmodellen und normativen Ordnungsmodellen vgl. *Assmann*, Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die Ökonomische Analyse des Rechts, in: Assmann/Kirchner/

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Den Ansätzen ist gemein, dass sie versuchen, die (effizienten) Grenzen des Unternehmens zu eruieren.[10] Die Dimensionen eines Unternehmens können dabei als in horizontaler und vertikaler Ebene begrenzt verstanden werden. Die horizontale Ebene bezieht sich auf die hergestellte Menge eines Erzeugnisses (Ein-Produkt-Unternehmen) oder den Produktionsumfang mehrerer Erzeugnisse (Mehr-Produkte-Unternehmen). Die vertikale Ebene gibt Aufschluss darüber, inwieweit ein Unternehmen vor- und nachgelagerte Fertigungsstufen internalisiert hat (Produktionsintegration).[11]

b) Technische Sicht des Unternehmens

Nach klassischer Auffassung maximiert ein Unternehmen seinen Gewinn (Gewinnmaximierungshypothese, profit maximization hypothesis).[12] Das Unternehmen selbst wird als „black box" verstanden, mithin als Funktion, die aus Input in vorhersehbarer und mechanischer Weise und im Rahmen eines nicht näher definierten Produktionsprozesses Output generiert.[13] Relevante Faktoren sind der Erlös (revenue, R) und die Kosten (cost, C)[14]. Erlös und Kosten sind jeweils abhängig vom Outputniveau (quantity, q). Das Outputniveau bezeichnet die (beliebige) Anzahl produzierter Einheiten. Der zu maximierende Gewinn (profit, π) des Unternehmens ergibt sich aus der Subtraktion der Kosten vom Erlös:

Schanze (Hrsg.), 17 ff.; zum zugrunde liegenden rational-theoretischen Verhaltensmodell der Ökonomik („homo oeconomicus", „REMM-Hypothese") s. nur *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 95 ff., mit eingehender Darst. und Kritik einschliesslich der „Behavioural Economics"; zum Spektrum von Varianten des rationaltheoretischen Verhaltensmodells s. *Korobkin/Ulen*, 88 Cal. L. Rev. 1051 (2000), 1060 ff.

10 Vgl. *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 15 f.; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 35.

11 Weiterf. *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 40 ff.; *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 15 ff., mit einer Besprechung potenzieller Anreize zur Produktionsintegration.

12 *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 34; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 14; *Frank*, Microeconomics and Behavior, 261.

13 *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 35; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 14.

14 Weiterf. 32 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

$$max\,\pi(R,\,C) = R(q) - C(q)\ .$$

Der Gewinnmaximierungshypothese entsprechend muss das Unternehmen seine Kosten minimieren. Dies erfordert eine effiziente Produktion.[15]

Die Betrachtungsweise ist zuerst einmal eine rein statische: Es wird untersucht, wie das Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt mit gegebenen Kostenstrukturen seinen Gewinn maximieren kann.[16] Kaum berücksichtigt wird Reorganisationspotenzial[17]; die Möglichkeiten von Investitionen[18] und Innovationen bleiben unberücksichtigt.[19]

Der Ansatz ist damit sowohl betreffend die Gewinnmaximierungshypothese als auch seinen statischen Charakter angreifbar.[20] Dennoch wird insbesondere an der Gewinnmaximierungshypothese in der Industrieökonomik grundsätzlich festgehalten.[21]

c) Weitere Ansätze

Zur Beschreibung unternehmerischen Verhaltens bietet die Theorie der Firma drei weitere bedeutende Ansätze. Diese können insofern als Ergänzung zur Gewinnmaximierungshypothese verstanden werden, als sie die

---

15 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 44: Die „black box" operiert also definitionsgemäss effizient; weiterf. zur unternehmensinternen produktiven Effizienz s. 53 f.

16 *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 49; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 44.

17 *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 49 f.

18 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 44, welche anhand der „Gratis"-Abgabe von Zigaretten aufzeigen, dass ein Tabakproduzent bei statischer Betrachtung keineswegs gewinnmaximierend handeln würde, bei dynamischer Betrachtung u.U. jedoch sehr wohl; Zigaretten machen abhängig und das Unternehmen „produziert" damit zukünftige Abnehmer.

19 Weiterf. zu einer dynamischen Betrachtungsweise des Wettbewerbs s. 57 f.

20 S. sogleich 29 ff.; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 44 ff.; *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 34 ff.; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 35 ff.; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 47.

21 *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 34, 50 f.; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 46 f., mit einlässlicher Begründung, weswegen dies auch zweckmässig sei und Verweis auf die Fruchtbarkeit des Ansatzes; *Bühler/Halbheer*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 7 zu Vor Art. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„black box" füllen und Beziehungen zwischen verschiedenen Akteuren innerhalb und ausserhalb der Unternehmen aufzuzeigen vermögen.[22] Insgesamt entsteht damit ein komplexeres und mithin auch realitätsnäheres Bild des Unternehmens.

aa) Prinzipal-Agent-Ansatz

Der Prinzipal-Agent-Ansatz (agency theory, principal-agent problem) analysiert Anreizprobleme zwischen verschiedenen wirtschaftlichen Akteuren und ist damit ein Instrument zur Untersuchung der Beziehungen zwischen den Funktionsträgern innerhalb eines Unternehmens.[23] Zentral ist das Vorliegen von Informationsasymmetrien: Diese bestehen, wenn bei den Akteuren nicht identische Informationslagen vorliegen.[24] Wenn Personen mit der Geschäftsführung[25] eines Unternehmens betraut sind (Agenten, agents), die nicht mit dessen Eignern/Inhabern (Prinzipal, principal) identisch sind, werden regelmässig Interessenskonflikte bestehen. Die Agenten verfolgen nämlich eigennützige Interessen (z.B. Einkommensmaximierung, Erledigen von privaten Tätigkeiten am Arbeitsplatz, risikoaverses Verhalten),[26] die der Gewinnmaximierung des Unternehmens zuwiderlaufen.[27] Der Ansatz untersucht, wie und unter welchen Bedingungen die Interessen möglichst gleichgeschaltet werden können.[28]

---

22 Vgl. *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 29, 37, 42, 46 f.

23 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 29.

24 Vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 80; *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 803 ff.; grundlegend *Akerlof*, 84 Q. J. Econ. 488 (1970); Informationsasymmetrien stellen eine unerlässliche Bedingung für die Rationalität von *predatory pricing*-Strategien dar, weiterf. 175.

25 Der Begriff ist in allgemeiner Weise zu verstehen und umfasst sämtliche in einem Unternehmen anfallenden Tätigkeiten; er ist damit also nicht auf die Geschäftsführung im Sinne der Unternehmensleitung beschränkt.

26 Zur Eigennutzen-Hypothese des rational-theoretischen Verhaltensmodells vgl. die Literatur in Fn. 6.

27 *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 36 f.; s. auch die formal-komplexe Herleitung bei *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 51 ff.; zum Konzept der X-Ineffizienzen s. 53 f.

28 Vgl. Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Prinzipal-Agent-Theorie"; weiterf. *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 45 f.; *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 34 ff.; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 29 ff., zur formalen Ausgestaltung eines Anreizvertrages; *Bech-*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Transaktionskosten-Ansatz

Der Transaktionskosten-Ansatz (transaction cost theory) behandelt die Frage, ob ein Unternehmen Input intern herstellen oder auf dem Markt extern erwerben soll (sog. „make or buy-decisions“).[29] Transaktionskosten (transaction cost, *TC*) umfassen die von einem Vertragspartner aufzuwendenden Such- und Informationskosten, Verhandlungs- und Entscheidungskosten sowie Überwachungs- und Durchsetzungskosten.[30] Sie fallen *zusätzlich* zum Input-Kaufpreis an.[31] Dies lässt die allgemeine Aussage zu, dass benötigter Input (bei gleichen Produktionskosten) immer dann extern erworben werden sollte, wenn die totalen Transaktionskosten tiefer sind als die Kosten für die unternehmensinterne Organisation der Produktion.[32] Regelmässig ist es – gerade bei Dauerschuldverhältnissen – unmöglich oder mit prohibitiv hohen Kosten verbunden, sämtliche bestehenden und entstehenden Eventualitäten eines vertraglichen Verhältnisses im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu regeln. Dann liegt ein unvollständiger Vertrag (incomplete contract) vor. Ein unvollständiger Vertrag kann die Transaktionskosten, namentlich Überwachungs- und Durchsetzungskosten sowie die Kosten für Neuverhandlungen, stark ansteigen lassen. Vertragslücken können weiter vom Vertragspartner opportunistisch ausgenützt werden.[33] Die durch unvollständige Verträge entstehenden Transaktionskosten können vermieden werden, wenn die Produktion unternehmensintern or-

---

told, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 34 ff., m.Hinw. auf die dabei entstehenden „Agenturkosten“ und die dem Ansatz zugrunde liegende allgemeine Theorie des „Mechanismus-Designs“ u.w.Verw.

29 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 37.

30 *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 134 ff.; ähnlich *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10; grundlegend *Coase*, 4 Economica 386 (1937).

31 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 47.

32 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 11: Gebräuchlich ist auch der Begriff „interne Transaktionskosten“; vgl. auch *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 37.

33 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 38 ff., m.w.Hinw. zu auftretenden ex-post- sowie ex-ante-Ineffizienzen und dem damit verbundenen hold-up-Problem; mit exemplarischer Darst.: *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 41.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ganisiert wird.[34] Staatlich überwachte Regeln (unter anderem Vertrags-, Sachen- und Strafrecht) reduzieren die Transaktionskosten der Unternehmen und fördern damit den externen Erwerb von Input.[35]

cc) Theorie residualer Verfügungsrechte

Nach der Theorie residualer Verfügungsrechte (auch eigentumsrechtlicher Ansatz, property rights theory) wird ein Unternehmen als die Summe aller residualen Rechte verstanden. Dabei ist ein residuales Recht die Befugnis, über einen Wertgegenstand (asset) immer dann zu verfügen, wenn er von einem unvollständigen Vertrag[36] nicht erfasst ist. Die Zuordnung besagter Rechte zu einem Unternehmen korrespondiert direkt mit dessen Grenzen.[37]

B. Kostentheorie

a) Ökonomischer Kostenbegriff

Es sind vorliegend die ökonomischen Kosten von Interesse, die insbesondere von den buchhalterischen Kosten abzugrenzen sind.[38] Im Rahmen der buchhalterischen Kostenrechnung werden die Opportunitätskosten nicht berücksichtigt. Opportunitätskosten bezeichnen die Kosten für die dem Unternehmen zur Verfügung stehenden Ressourcen. Ihre Betragshöhe entspricht dem Erlös bei optimaler alternativer Verwendung.[39] Dies hat insbesondere zur Folge, dass ein Unternehmen, welches keinen Gewinn im Sin-

---

34 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 41 f., mit einlässlicher Kritik des Ansatzes betr. seine Eignung, die (effiziente) Grösse eines Unternehmens zu eruieren.

35 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10 ff.; insbesondere Vertrags- und Sachenrecht begründen residuale Verfügungsrechte, s. sogleich 32 sowie *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, 40 f., m.w.Verw.

36 S. soeben 31 f.

37 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 42, m.w.Hinw. insb. betr. den Einfluss der Zuordnung auf die erzielbaren Ergebnisse im Rahmen von Vertragsverhandlungen; grundlegend *Demsetz*, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967).

38 Ebenso *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 301.

39 *Davis/Garcés*, Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, 125 ff., mit erläuternden Bsp.; *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 385 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne der ökonomischen Kostenrechnung erwirtschaftet, „profitabel“ ist: Die Kosten sämtlicher Ressourcen sind gedeckt und die Prinzipale erhalten einen angemessenen Ertrag auf ihre Investition. Im Rahmen einer buchhalterischen Kostenrechnung würde also ein positiver Betrag ausgewiesen.[40]

b) Variable und fixe sowie totale Kosten

Es wird zwischen variablen Kosten (variable cost, *VC*) und fixen Kosten (fixed cost, *FC*) unterschieden. Die variablen Kosten sind abhängig vom Outputniveau (q). Fixe Kosten fallen unabhängig davon an, ob das Unternehmen Output produziert oder nicht; sie sind unabhängig vom Outputniveau. Die Addition besagter Kostenfaktoren ergibt die totalen Kosten (oder Vollkosten; total cost, *TC*):

$$TC(q) = VC(q) + FC.$$[41]

In der Lehre werden weiter quasifixe Kosten unterschieden: Quasifixe Kosten sind demgemäss ebenfalls unabhängig vom Outputniveau; sie fallen aber nur an, wenn das Unternehmen tatsächlich Output produziert.[42]

c) Verlorene und vermeidbare Kosten sowie Gemeinkosten

Verlorene oder versunkene Kosten (sunk cost) sind fixe Kosten, die bei einer Schliessung des Unternehmens nicht wiedergewonnen werden können.[43] Vermeidbare Kosten (avoidable cost) bezeichnet diejenigen Kosten,

40 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 44, Fn. 27.

41 *Frank*, Microeconomics and Behavior, 298 f.; *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 423; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 18; *Bühler/Halbheer*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 26 zu Vor Art. 1.

42 *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 417; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 42; zur möglichen Langfristigkeit quasifixer Kosten s. 37 f.

43 S. nur *Kerber/Schwalbe*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 274, Fn. 433 zu Einl.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die bei einem Verzicht auf die Produktion hätten eingespart werden können.[44]

Gemeinkosten oder gemeinsame Kosten (common cost) bezeichnet alle fixen und variablen[45] Kosten, welche sich einem bestimmten Produkt nicht exakt zurechnen lassen respektive gleichzeitig für mehrere Produkte eines Unternehmens anfallen.[46]

d) Durchschnittliche Kosten

Die durchschnittlichen totalen Kosten (average cost, *AC*) entsprechen dem Quotienten der totalen Kosten (*TC*) und des Outputniveaus (q):

$$AC(q) = \frac{TC(q)}{q}.$$[47]

Entsprechend berechnen sich die durchschnittlichen variablen Kosten (average variable cost, *AVC*) respektive die durchschnittlichen fixen Kosten (average fixed cost, *AFC*) wie folgt:

$$AVC(q) = \frac{VC(q)}{q} \; ; \; AFC(q) = \frac{FC}{q}.$$[48]

Als durchschnittliche vermeidbare Kosten (average avoidable cost, *AAC*) werden diejenigen Kosten bezeichnet, die pro Outputeinheit hätten eingespart werden können, wenn das Unternehmen das konkrete (zusätzliche

44 Weiterf. sogleich betr. durchschnittliche vermeidbare Kosten (AAC): 34 f.

45 S. Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „variable Gemeinkosten".

46 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 294; Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Gemeinkosten"; im Gegensatz zu den gegenständlichen „echten" Gemeinkosten werden als „unechte Gemeinkosten" diejenigen Kosten bezeichnet, die theoretisch zwar direkt als Einzelkosten einem Produkt zugeordnet werden könnten, aber aus Wirtschaftlichkeitsgründen mithilfe von Schlüsseln verrechnet werden (vgl. *ibid.*, Eintrag zu „Unechte Gemeinkosten"); *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 354 zu Art. 7.

47 *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 423; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 18.

48 *Frank*, Microeconomics and Behavior, 303; *Bühler/Halbheer*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 27 zu Vor Art. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

inkrementelle[49]) Outputniveau nicht produziert hätte. Im Gegensatz zu den durchschnittlichen variablen Kosten werden bei dieser Kosteneinheit auch diejenigen fixen Kosten berücksichtigt, die aufgrund der Produktion des (zusätzlichen inkrementellen) Outputs angefallen sind (fixe inkrementelle Kosten, fixed incremental cost, *FIC*). Hingegen bleiben (bereits) versunkene Kosten unberücksichtigt:

$$AAC(q) = AVC(q) + \frac{FIC}{q}.$$[50]

e) Grenzkosten und inkrementelle Kosten

Die Grenzkosten (oder Marginalkosten) sind von den durchschnittlichen Kosten zu unterscheiden. Als Grenzkosten (marginal cost, *MC*) werden die Kosten bezeichnet, die bei der Produktion einer weiteren (bzw. der jeweils letzten) Outputeinheit (Δq) entstehen.[51] Δq ist (aus analytischen Gründen) eine theoretische Einheit von infinitesimaler Grösse[52], welche es ermöglicht, die Grenzkosten wie folgt zu berechnen:

$$MC(q) = \frac{\Delta TC(q)}{\Delta q} = \frac{\Delta VC(q)}{\Delta q},$$

zumal:

$$MC(q) = \frac{TC(q + \Delta q) - TC(q)}{\Delta q} = \frac{VC(q + \Delta q) - VC(q)}{\Delta q}.$$[53]

---

49 Zum Begriff s. sogleich 36.

50 *Davis/Garcés*, Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, 27; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 55 ff.; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 192.

51 Vgl. *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 15; *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 425 f.

52 Vgl. *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 15, Fn. 5.

53 Vgl. und weiterf. *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 425; zur Erinnerung: Die fixen Kosten sind unabhängig vom Outputniveau (s. 33), womit sie keinen Einfluss auf die Grenzkosten haben (ähnlich *Frank*, Microeconomics and Behavior, 303).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In der Praxis wird ein Unternehmen nie den Output um eine infinitesimale Einheit erhöhen wollen (respektive können), sondern um eine Vielzahl von Einheiten. Eine solche realistische Erhöhung führt zu Kosten, die als inkrementelle Kosten oder Zusatzkosten (incremental cost, *IC*) bezeichnet werden.[54]

f) Kurzfristige und langfristige Kosten

Schliesslich ist die Unterscheidung zwischen kurzfristigen Kosten (cost in the short run) und langfristigen Kosten (cost in the long run) von gewichtiger Bedeutung.[55] Definitionsgemäss sind langfristig alle Kosten variabel.[56] Fixkosten (*FC*) sind mithin immer Kosten, die ein Unternehmen kurzfristig nicht anpassen kann; langfristig kann das Unternehmen die fixen Kostenfaktoren beeinflussen.[57] Die Frage, ob ein Kostenfaktor als kurzfristig oder langfristig zu qualifizieren ist, kann nicht allgemein beantwortet werden. Eine Unterscheidung kann nur betreffend jedes einzelne, konkrete Problem im Rahmen einer entscheidungsorientierten Perspektive vorgenommen werden.[58]

Damit können nun auch kurzfristige respektive langfristige Durchschnittskosten (short run average cost, *SAC* respektive long run average cost, *LAC*) sowie kurzfristige respektive langfristige Grenzkosten (short run marginal cost, *SMC* respektive long run marginal cost, *LMC*) berechnet werden:

$$SAC\left(q\right) = \frac{STC(q)}{q}\ ;\ LAC\left(q\right) = \frac{LTC(q)}{q}$$

54 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 15, Fn. 5; *Bühler/Halbheer*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 28 zu Vor Art. 1.

55 Vgl. *Frank*, Microeconomics and Behavior, 298, 311.

56 *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 417; *Frank*, Microeconomics and Behavior, 311.

57 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 26; *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 432.

58 *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 432 f.; *Haucap/Heimeshoff*, Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), 149 ff., 180.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

$$SMC(q) = \frac{\Delta\, STC(q)}{\Delta\, q}\,;\; LMC(q) = \frac{\Delta\, LTC(q)}{\Delta\, q}\,,$$

wobei *STC(q)* den kurzfristigen totalen Kosten und *LTC(q)* den langfristigen totalen Kosten für die Produktion des Outputniveaus q entspricht.[59]

Als durchschnittliche langfristige inkrementelle Kosten oder auch leistungsspezifische Zusatzkosten (long run average incremental cost, *LAIC* oder *LRAIC*) werden diejenigen fixen und variablen Kosten bezeichnet, die bei der Herstellung einer inkrementellen Einheit eines konkreten Produkts anfallen. Bei dieser Kostenart werden somit keine (echten) Gemeinkosten[60] berücksichtigt. Folglich entsprechen die durchschnittlichen langfristigen inkrementellen Kosten bei einem Ein-Produkt-Unternehmen den durchschnittlichen totalen Kosten, während sie bei einem Mehr-Produkte-Unternehmen regelmässig tiefer als die durchschnittlichen totalen Kosten liegen werden.[61] Indes werden auch bereits versunkene produktspezifische Kosten berücksichtigt, während bei den AAC lediglich die fixen Kosten der Untersuchungsperiode berücksichtigt werden; die LAIC sind mithin regelmässig höher als die AAC.[62] Die AAC sind denn auch als kurzfristige Kosten zu qualifizieren.[63]

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass in der Literatur darüber hinaus quasifixe Kosten existieren[64]: Hierbei kann es sich – terminolo-

59 Vgl. *Frank*, Microeconomics and Behavior, 317 f.

60 S. 34.

61 *Davis/Garcés*, Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, 27; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 58; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 85, Fn. 189, m.w.Verw.; vgl. auch die eingängige Umschreibung der LIC in *Kommission*, Beschluss v. 18.12.2013, COMP/AT.39678/*Deutsche Bahn I* und COMP/AT.39731/*Deutsche Bahn II*: „[Die LIC] entsprechen der Differenz zwischen den Gesamtkosten, die dem Unternehmen bei der Herstellung aller Produkte (einschließlich des einzelnen Produkts, das Gegenstand der Prüfung ist) entstehen, und den Gesamtkosten, die dem Unternehmen entstehen, wenn der Output des einzelnen Produkts auf Null gesetzt und der Output aller anderen Produkte unverändert beibehalten wird"; zu Verbundvorteilen s. 55.

62 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 192 f.; *Baumol*, 39 J. Law Econ. 49 (1996), 55 f.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 306.

63 Weiterf. *Bolton/Brodley/Riordan*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2271 f. auf 172 f.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 393 f.

64 S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gisch etwas unglücklich – um langfristige Kosten handeln. Sie treten dann auf, wenn es notwendig ist, einen konstanten Geldbetrag aufzuwenden, bevor Output produziert werden kann (sog. Eintrittskosten).[65]

3. Marktstrukturen und statische Preistheorie

A. Mikroökonomisches Grundmodell

a) Marktbegriff

Unter einem Markt werden nach allgemeiner Auffassung sämtliche Austauschprozesse zwischen Anbietern und Nachfragern (Akteuren) verstanden.[66] Die Industrieökonomik bedient sich statischer Partialmodelle für die jeweiligen, zu spezifizierenden Güter.[67] Das Marktgut hat einen einheitlichen Marktpreis.[68] Es existieren mithin unzählige interdependente Märkte; von den komplexen Interaktionen zwischen den einzelnen Märkten wird weitgehend abstrahiert.[69]

b) Nachfrage und Angebot

Die Marktnachfrage (market demand) für ein bestimmtes Gut ergibt sich aus der Summe der individuellen Nachfragen aller Konsumenten nach diesem Gut (aggregierte Nachfrage). Sie lässt sich grafisch in einem zweidimensionalen Raum in Abhängigkeit von Menge (quantity, *q*) und Preis (prize, *p*) darstellen (Marktnachfragefunktion respektive –kurve, market

---

65 *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 417; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 42; quasifixe Kosten indizieren mithin Marktzutrittsschranken, weiterf. hierzu 48 f., mit Verw.

66 *Frank*, Microeconomics and Behavior, 26; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 6 ff., mit dem Hinw., dass dabei nicht ausschliesslich Güter oder Dienstleistungen, sondern – terminologisch schärfer – sämtliche nach der Rechtsordnung verfüg- und durchsetzbare Rechte (property rights, s. 32) marktfähig sind; vorliegende Untersuchung hält aus Konventionsgründen an der Bezeichnung „Güter" für die besagten Austauschprozessen unterstehenden Rechte fest.

67 S. nur *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 6, 12 f., mit dem Hinw. auf die Komplexität und Einzelfallabhängigkeit der Marktabgrenzung.

68 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 15.

69 *Bühler/Halbheer*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Tz. 9 zu Vor Art. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

demand function respektive curve, *d*). Sie schneidet die vertikale Achse im sogenannten Vorbehalts- resp. Reservationspreis (reserve prize, P_{max}), welcher die maximale Zahlungsbereitschaft indiziert. Die „gegenläufige" Marktangebotsfunktion respektive –kurve (market supply function respektive curve, *s*) stellt im selben Raum die Produktionsbereitschaft der Anbieter dar. Sie schneidet die vertikale Achse in dem Preis, zu dem ein Produzent minimal bereit ist, das Gut anzubieten (P_{min}).[70] Die Nachfrage- und Angebotsfunktion schneiden sich im Marktgleichgewicht (market equilibrium, *E*). Damit stehen der Marktpreis (market prize, P_E) und die zu diesem Preis produzierte Menge (equilibrium quantity, Q_E) fest.[71]

c) Konsumenten- und Produzentenrente

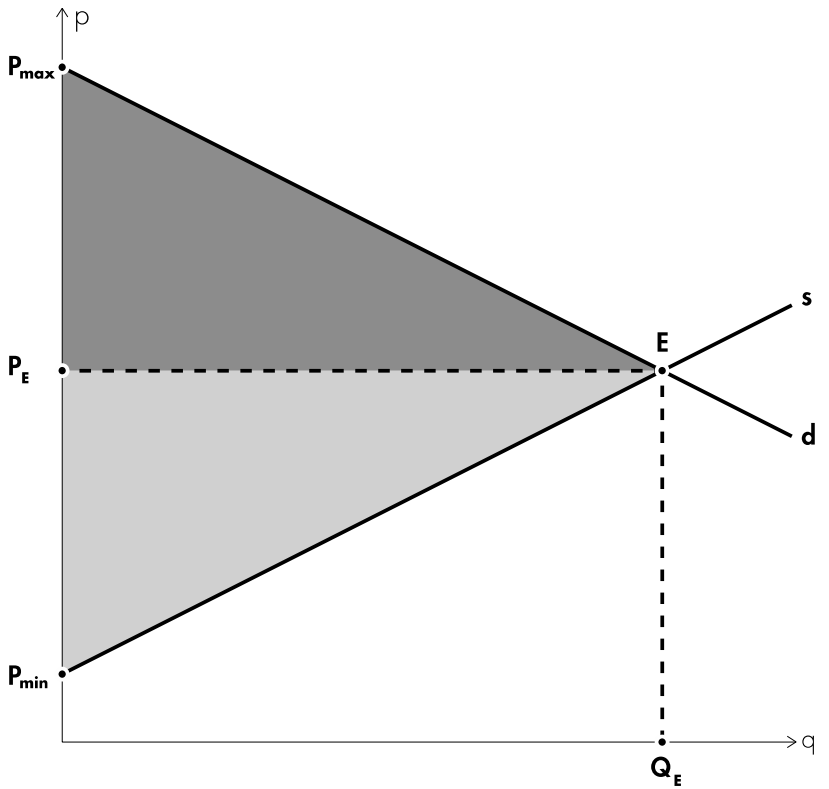
Die Gesamtheit der Nachfrager („Konsumenten") erlangt einen Vorteil, indem sie für ein Gut „nur" den Marktpreis bezahlen muss. Regelmässig[72] wäre ein jeweiliger Teil der Nachfrager nämlich auch bereit, ein Entgelt für das Gut zu leisten, das zwischen dem Gleichgewichts- und dem Reservationspreis liegt.[73] Dieser Preisvorteil wird als Konsumentenrente (consumer surplus) bezeichnet. Die Konsumentenrente ergibt sich damit aus der Differenz zwischen der maximalen Zahlungsbereitschaft aller Nachfrager und dem tatsächlichen Kaufpreis. Sie lässt sich grafisch darstellen als die Fläche zwischen dem Marktgleichgewicht, dem Marktpreis und dem Reservationspreis (E, P_E, P_{max}). Die Produzentenrente (producer surplus) ergibt sich in analoger Weise aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Marktpreis und demjenigen Preis, zu dem der Anbieter (Produzent) gerade noch zur Transaktion bereit ist.[74] Sie lässt sich grafisch darstellen als die Fläche zwischen dem Marktgleichgewicht, dem Marktpreis und dem Schnittpunkt der Angebotsfunktion mit der vertikalen Achse (E, P_E, P_{min}). Die Addition der Konsumenten- mit der Produzentenrente wird

70 S. sogleich 40.
71 S. nur *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 2 ff., 299 ff., 323 ff., m.w.Hinw.; vgl. die Hinw. zu strategischen Preissetzungstheorien auf 221 f.
72 Eine Ausnahme stellt die vollkommen elastische Nachfrage dar, weiterf. s. nur *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 306.
73 Grund hierfür ist ein persönlicher Nutzen bei entsprechender Kaufkraft, vgl. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 43.
74 Zu welchem Preis ein Unternehmen das Gut anbietet, ist abhängig davon, wie effizient es produziert, s. unten 54 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als volkswirtschaftliche Rente (total respektive economic surplus) bezeichnet. Die volkswirtschaftliche Rente kann als Mass für die mit der Bereitstellung des Gutes bewirkte Wohlfahrtssteigerung der Gesellschaft (Gesamtwohlfahrt respektive sozialer Überschuss, total respektive social welfare) interpretiert werden.[75]

Grafik 1: Marktgleichgewicht und aggregierte Wohlfahrt



75 *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 9; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 43 f.; s.a. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 6 f.; *Werden*, Consumer Welfare and Competition Policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, 11 ff., 12; vgl. unten 50 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Perfekter Wettbewerb

Das Modell des perfekten Wettbewerbs respektive das Modell der vollkommenen Konkurrenz (theory of perfect competition) basiert auf einer Reihe idealtypischer Bedingungen, die auf realen Märkten in dieser absoluten Form nicht anzutreffen sind:[76]

- Alle Anbieter haben Zugang zu derselben Produktionstechnologie;
- es bestehen keine Marktzutrittsschranken;[77]
- es existiert eine Vielzahl von (atomistischen) Konkurrenten, deren Verhalten die anderen Anbieter nicht beeinflusst;
- alle Anbieter produzieren homogene (identische) Güter;
- alle Marktteilnehmer (Anbieter und Nachfrager) sind perfekt informiert.

Es handelt sich um ein statisches Modell, das sich durch gleichbleibende Umweltbedingungen auszeichnet: Der Stand der Technik, sowie die Verfügbarkeit von wirtschaftlichen Ressourcen sind unverändert, die individuellen Präferenzen sind konstant.[78] Die Anbieter sind in diesem Modell reine Preisnehmer (prize taker);[79] sie produzieren die Angebotsmenge, bei dem die Grenzkosten dem (gegebenen) Marktpreis entsprechen (Mengen-

76 Die Darst. orientiert sich an *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 56 ff.; vgl. *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 124, die weiter die Gewinnmaximierungshypothese (s. 28 f., allerdings lediglich in Bezug auf die Unternehmen und nicht die Bedingung der Nutzenmaximierung im Sinne der REMM-Hypothese) als notwendige Bedingung einführen; ähnlich *Frank*, Microeconomics and Behavior, 334 ff.; weiter *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 7, der im Übrigen auf die Dichotomie zwischen dem Gleichgewichtsbegriff und dem Begriff der vollkommenen Konkurrenz verweist; für eine formale Herleitung des Marktgleichgewichts s. *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 57; grundlegend *Walras*, Théorie de la richesse sociale; *Arrow/Debreu*, 22 Econometrica 265 (1954); zur Kritik am Modell der vollkommenen Konkurrenz („Nirwana-Vorwurf") s. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 57 ff.; *Demsetz*, 12 J. Law Econ. 1 (1969), 19 ff.; zur Theorie des Second-Best s. 56.

77 Marktzutrittsschranken fördern die Entstehung marktmächtiger Unternehmen, im Extremfall führen sie zu Monopolen, s. sogleich 43 f. und 47 f.

78 *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 8; weiterf. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 25 f.

79 Das einzelne Unternehmen sieht sich also der (horizontalen) Nachfragefunktion $d(p)=P_E$ gegenüber, vgl. *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 125.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anpasser).[80] Die Anbieter erzielen in diesem Modell langfristig weiter keinen ökonomischen Gewinn[81] (sog. „Nullgewinn-Bedingung“).[82]

e) Monopol

aa) Begriffsklärung

Es liegt ein Monopol vor, wenn auf einem Markt ein einziger Anbieter auftritt. Der Monopolist kann den Angebotspreis entweder direkt frei setzen (prize maker) oder indirekt über die Produktionsmenge bestimmen.[83] Er handelt gewinnmaximierend, wenn er die Menge des Monopolgutes produziert, bei der sein Grenzerlös (marginal revenue, *MR*)[84] den Grenzkosten[85] entspricht. Im Rahmen einer grafischen Darstellung schneidet die Grenzerlösfunktion (marginal revenue function, *r*) die vertikale Achse im Reservationspreis und verläuft unterhalb der Nachfragefunktion. Das Monopol-Ergebnis (*M*) offenbart den Monopolpreis (P_M) und die vom Monopolisten produzierte Menge (Q_M). Der Monopolist produziert also weniger und bietet zu einem höheren Preis an.[86]

---

80 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 124 ff.; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 57 f., mit einer formal-komplexen Herleitung der Bedingung und dem Hinw. auf die Bedingung zweiter Ordnung, wonach das Unternehmen im Bereich steigender Grenzkosten operieren muss; durchwegs abnehmende Grenzkosten legen ein natürliches Monopol nahe, s. sogleich 43 f.

81 Zum Begriff s. 32 f.

82 S. nur *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 27.

83 Freilich hat die Preissetzung aber Einfluss auf die absetzbare Menge, zumal der Monopolist nur Punkte auf der *gegebenen* Nachfragefunktion erreichen kann; bestimmt der Monopolist die produzierte Menge, erfolgt die Preisbildung wiederum über den Nachfragemarkt, vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 22.

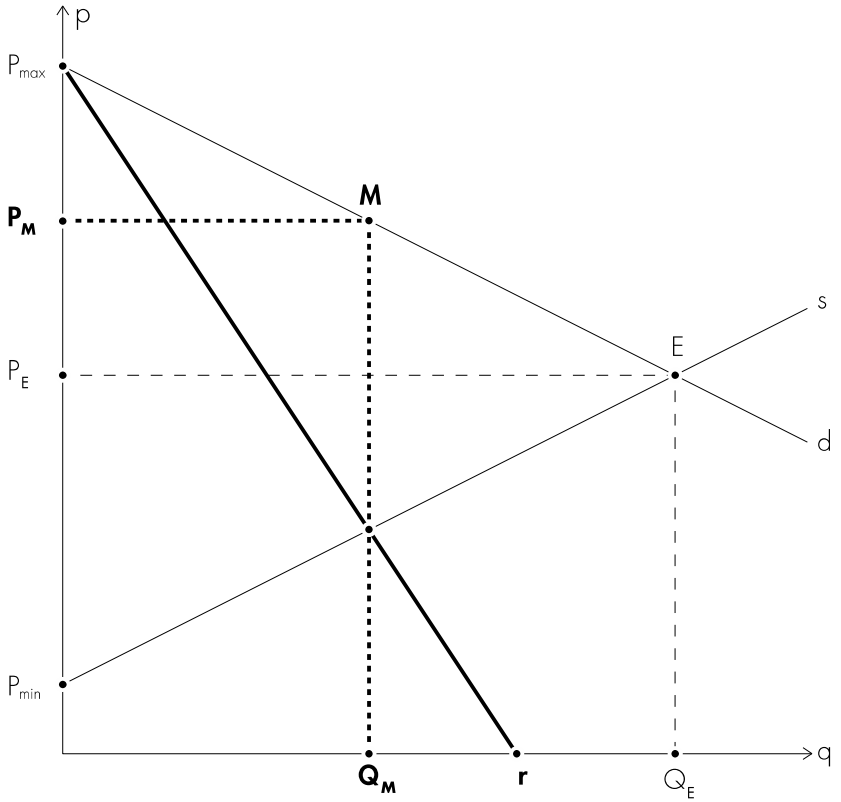
84 Der Grenzerlös entspricht dem Erlös bei der Produktion einer weiteren, marginalen Outputeinheit, s. nur *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 33 ff.

85 Zum Begriff s. 35.

86 *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 65 ff.; *Frank*, Microeconomics and Behavior, 372 ff.; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 22 ff.; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 59 ff., mit formal-komplexer Herleitung der Optimierungsbedingung; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 147 ff., mit anschaulicher Herleitung unter Annahme linearen Nachfrage- und Kostenfunktionen; zum Modell der monopolistischen Konkur-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grafik 2: Preissetzung im Monopol



bb) Ursachen von Monopolen

Monopole entstehen, wenn auf einem Markt prohibitiv hohe Marktzutrittsschranken bestehen.[87] Hierfür können tatsächliche („natürliche"), rechtliche oder strategische Gründe bestehen. Die Monopolbildung auf einem Markt ist tatsächlich begünstigt, wenn das Verhältnis der sogenannten mi-

renz s. *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 157 ff.; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 33 f.

87 Daneben führt ferner kooperatives Verhalten von Oligopolisten zu monopolistischen Strukturen s. sogleich 45, insb. Fn. 96.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nimalen effizienten Grösse (minimal efficient scale) des Outputniveaus eines Unternehmens zur Marktnachfrage relativ gross ist. Die minimale effiziente Grösse liegt im Minimum der langfristigen Durchschnittskosten.[88] Mithin liegt ein natürliches Monopol (natural monopoly) vor, wenn die langfristige durchschnittliche Kostenkurve, bevor sie die Nachfragefunktion schneidet, stets fallend ist.[89] Rechtliche Zutrittsschranken können aufgrund von Marktregulierungen entstehen. Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Verleihung von Schutzrechten (Patente etc.) sowie polizeiliche Bewilligungen, welche die freie Verfügung über Güter oder die Möglichkeit der Erbringung von Dienstleistungen beschränken. Namentlich Schutzrechte können wiederum innovativen Unternehmen erlauben, ihre Innovationsvorsprünge mittels Pioniergewinne zu realisieren.[90] Als strategische Marktzutrittsschranken werden Verhaltensweisen von Unternehmen bezeichnet, die darauf ausgerichtet sind, Konkurrenten an der Teilnahme auf dem Markt zu behindern.[91]

cc) Dominantes Unternehmen mit wettbewerblichem Rand

Gemäss dem Modell des dominanten Unternehmens mit wettbewerblichem Rand kann ein sehr marktmächtiger Wettbewerber[92] den Angebotspreis wie ein Monopolist setzen respektive die Produktionsmenge selbst bestimmen.[93] Der übrige Markt wird von einer Reihe kleiner Unternehmen bedient („wettbewerblicher Rand"), welche sich analog den Anbie-

---

88 Weiterf. *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 505 ff.: Die minimale effiziente Grösse im Verhältnis zur Nachfrage lässt also eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit der Monopolbildung resp. zumindest der Entstehung marktmächtiger Unternehmen zu; zum Begriff der Marktmacht weiterf. sogleich 47 f.

89 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 146.

90 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 169 f.; weiterf. nur *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 11 ff., insb. 16 f.

91 Weiterf. insb. zu preisbezogenem Behinderungsverhalten s. 162 ff.

92 Zum Begriff der Marktmacht s. sogleich 47; vgl. *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 92, wonach ein Marktbeherrscher „is in general considered to have a market position approaching that of a monopoly if its market share exceeds 75% and there is almost no competition left from other actual competitors in the market"; die *Kommission* hält diesfalls das erfolgreiche Vorbringen einer Effizienzrechtfertigung als „highly unlikely" (*ibid*., Tz. 91), weiterf. hierzu 142 ff.

93 S. soeben 42 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tern im Modell des perfekten Wettbewerbs als reine Preisnehmer (des vom dominanten Unternehmen bestimmten Preises) verhalten.[94]

B. Oligopol

a) Begriffsklärung

Das mikroökonomische Grundmodell eignet sich hauptsächlich zur Beschreibung der extremen Marktsituationen des vollkommenen Wettbewerbs respektive des Monopols; häufiger sind oligopole Strukturen. Als Oligopol wird eine relativ kleine Anzahl von Anbietern auf einem Markt bezeichnet. Kennzeichnend für oligopolistische Marktstrukturen ist die gegenseitige strategische Abhängigkeit der Anbieter. Im Monopol respektive bei perfektem Wettbewerb muss sich ein Anbieter mit dem Verhalten der Teilnehmer auf seiner Marktseite nicht auseinandersetzen: In ersterem gibt es keine und in letzterem – bei vollkommener, atomistischer Konkurrenz – beeinflussen sich die Wettbewerber definitionsgemäss gegenseitig nicht.[95] Oligopolisten haben die Möglichkeit, sich kompetitiv oder freilich auch kooperativ[96] zu verhalten.

b) Spieltheoretische Ansätze

Bei der Analyse kompetitiver oligopolistischer Märkte findet die nicht-kooperative Spieltheorie breite Anwendung.[97] Als Cournot-Wettbewerb wird

---

94 S. hierzu soeben 41; weiterf. nur *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 31 ff.; grundlegend *Stigler*, 8 J. Law Econ. 167 (1965).

95 Vgl. 41 f.; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 101: Zwei Wettbewerber werden als Duopol bezeichnet.

96 S. nur *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 213 ff., 241, mit Darst. der ökonomischen Kartelltheorie; dabei trachten die Anbieter danach, den Preis annäherungsweise „monopolistisch" (s. soeben 42) zu setzen; die Zulässigkeit kooperativen Verhaltens ist im Übrigen unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten (vgl. Art. 101 AEUV, Art. 5 f. KG) zu beurteilen und nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

97 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 71 ff., mit Darst. der theoretischen Grundlagen. Von besonderer Bedeutung ist das Nash-Gleichgewicht; hierzu weiter *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 206 f.; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 11; *Bester*, Theorie der Indus-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

das modellierte Verhalten von Oligopolisten bezeichnet, die ihre gewinnmaximierende Strategie über eine Veränderung der Produktionsmengen verfolgen, auf die Preissetzung hingegen keinen Einfluss haben. Im Rahmen dieses Modells kann nachgewiesen werden, dass ein Oligopol-Gleichgewicht (sog. Cournot-Gleichgewicht) zwischen dem Monopol-Ergebnis (M) und dem Gleichgewicht bei perfektem Wettbewerb (E_C) zu liegen kommt (vgl. Grafik 2). Die Angebotspreise weichen folglich von den Grenzkosten ab, erreichen aber nicht den Monopolpreis. Weiter lässt das Modell die Aussage zu, dass die unternehmensspezifischen Grenzkosten einen Einfluss auf den Marktanteil des jeweiligen Unternehmens haben. Mithin können auch relativ ineffizient produzierende[98] Unternehmen (mit entsprechend geringerem Marktanteil) bestehen.[99] Als Bertrand-Paradoxon wird indes das eher kontra-intuitive Ergebnis bezeichnet, wonach im Preiswettbewerb stehende Oligopolisten ihre Angebotspreise für homogene Güter wie reine Preisnehmer im Modell des vollständigen Wettbewerbs setzen. Das Bertrand-Modell entspricht den realwirtschaftlichen Gegebenheiten oftmals nicht in akkurater Weise.[100] Es ist am ehesten Abbild intensiven Wettbewerbs zwischen wenigen Anbietern mit ähnlichen Grenzkosten auf Märkten, in denen es keine Kapazitätsengpässe gibt.[101]

---

trieökonomik, 205 ff.; grundlegend *von Neumann/Morgenstern*, Theory of Games and Economic Behavior; *Nash*, Non-Cooperative Games.

98 Zum Begriff der produktiven Effizienz s. 53.

99 Diese rein qualitative Darst. orientiert sich an *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 81 ff.; anschaulich und weiterf. *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 241 ff.; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 107 ff.; grundlegend *Cournot*, Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses.

100 Gründe hierfür sind Produktdifferenzierung, Kapazitätsbeschränkungen der Produktion sowie dynamische Wettbewerbselemente, zu letzteren 57 f.

101 Weiterf. *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 568 f.; *Riechmann*, Spieltheorie, 134 ff.; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 102 ff.; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 78 ff.; grundlegend *Bertrand*, Journal des Savants 1883, 499 ff.; für eine Darst. dynamischer spieltheoretischer Modelle s. nur *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 288 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Marktmacht

aa) Begriffsklärung

Ein Unternehmen verfügt über Marktmacht (market power), wenn es fähig ist, seinen Angebotspreis dauerhaft profitabel über den Grenzkosten (Preisniveau bei perfektem Wettbewerb) zu setzen.[102] Die ökonomische Definition der Marktmacht enthält im Übrigen keine weiteren Anforderungen an den (prozentualen) Grad von Marktanteil.[103] Marktmacht kann unter anderem anhand des Lerner-Indexes gemessen werden.[104]

bb) Ursachen von Marktmacht

Die Ursachen von Marktmacht sind insofern mit den Ursachen von Monopolen deckungsgleich, als letztere den graduellen Extremfall von Marktmacht darstellen: Auch Marktmacht kann aus tatsächlichen, rechtlichen sowie strategischen Gründen bestehen.[105] Marktmacht aus tatsächlichen Gründen im Besonderen ergibt sich somit wesentlich aus Grössenvorteilen. Grössenvorteile (oder Skaleneffekte; economies of scale) liegen so-

---

102 *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 6; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 53; grundlegend betr. Dauer: *Schmalensee*, 95 Harv. L. Rev. 1789 (1982), 1793 ff.; zu einer alternativen Definition der Marktmacht im Sinne des „no surplus principle" s. *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel/Möschel (Hrsg.), 231 ff., 245 f.

103 „Marktbeherrschung" im Sinne von Art. 102 AEUV resp. Art. 7 KG ist ein hoher Grad von Marktmacht, s. nur *Peeperkorn/Verouden*, The economics of competition, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 1.211; der Begriff erfordert (juristische) Konkretisierung, welche indes – wie im Übrigen auch die Marktbestimmung resp. -abgrenzung – nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist; vgl. *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 41, welcher „Marktbeherrschung" als eine Situation interpretiert, „where a firm has a large degree of market power, which allows it to charge prices which are ‚close enough' to those that a monopolist would charge".

104 Weiterf. *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 312 ff., mit ausführlicher Darst. und dem Hinw. auf weitere Messansätze; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 54 f., 58 ff.; grundlegend *Lerner*, 1 Rev. Econ. Stud. 157 (1934).

105 Vgl. die Hinw. auf 43 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lange vor, als die langfristigen Durchschnittskosten fallen.[106] In welchem Ausmass ein Unternehmen dabei marktmächtig ist, steht in Abhängigkeit zum konkreten Ausmass der Grössenvorteile und dem Verlauf der Nachfragefunktion für das jeweilige Gut.[107]

C. Bestreitbarkeit von Märkten

Die Theorie der angreif- respektive bestreitbaren Märkte (contestable markets) setzt einen Schwerpunkt auf die disziplinierende Wirkung potenziellen Wettbewerbs. Nach *Baumol* gilt ein Markt als bestreitbar, wenn die Möglichkeit eines „hit-and-run entry" besteht: „A contestable market is one into which entry is absolutely free, *and exit is absolutely costless*".[108] In der Theorie führt dies dazu, dass auf dem perfekt bestreitbaren Markt Angebotsmenge und -preis derjenigen Konstellation entsprechen, die sich bei vollständiger Konkurrenz einsetzen würde.[109] Die Bestreitbarkeit ist

106 Grössennachteile (diseconomies of scale) treten dagegen auf, nachdem die minimale effiziente Grösse (minimal efficient scale) erreicht worden ist und die langfristigen Durchschnittskosten wieder steigen: *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 24; vgl. *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 16 f.; s. hierzu sowie zum Begriff der Verbundvorteile (economies of scope) weiter 55; zum umfassenderen Konzept der Subadditivität s. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 164 ff.

107 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 161 f.

108 *Baumol*, 72 Am. Econ. Rev. 1 (1982), 3 f. (Hervorh. im Original); dabei ist „freier Marktzutritt" dahingehend zu verstehen, dass das markteintretende Unternehmen keine Kostennachteile gegenüber dem aktiven Anbieter besitzt (zum Begriff der quasifixen Kosten s. schon 37 f., mit Verw.) und „freier Marktaustritt", dass es den Markt ohne verlorene Kosten (s. 33) verlassen kann, s. nur *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 29; zum Ganzen: *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable markets and the theory of industry structure.

109 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 205; *Kerber/Schwalbe*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 274 zu Einl; zur Kritik an dieser Modellannahme s. *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 159 f.; s. auch *Jickeli*, Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 41 ff. mit eingehender Kritik.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mithin imperfekt, wenn Marktzutritts-[110] oder -austrittsschranken[111] bestehen.[112]

4. Effizienz

A. Effizienzvielfalt

> *„Just as justice is to law and health is to medicine, efficiency is a central concept in economics, in particular, microeconomics.“*[113]

Es existieren im weiteren Sinne vielfältige ökonomische Effizienzbegriffe. Dies mag zunächst erstaunen. Offenbar ist „zentralen Konzepten“ wie Gerechtigkeit[114], Gesundheit oder eben Effizienz aber eine gewisse Unschärfe respektive ein deutungstechnischer Pluralismus wohl (notwendigerweise) eigen. In der Folge werden ausschliesslich die in der Industrieökonomik gebräuchlichen Effizienzbegriffe dargestellt.[115] Es werden einerseits eine statische und eine dynamische Betrachtungsweise für Effizienz unterschieden. Andererseits erfolgt eine Unterteilung nach unternehmensinternen und gesamtgesellschaftlichen Beurteilungskriterien. Die Terminologie ist jedoch keineswegs einheitlich.[116]

---

110 Zu den Gründen s. 43 f. u. 47 f.

111 Zu den Gründen s. soeben im Text, insb. Fn. 108, mit Verw.

112 Eine imperfekte Bestreitbarkeit des Marktes stellt auch eine massgebliche Bedingung für *predatory pricing* (s. 163 ff.) dar, weiterf. 176.

113 *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 26.

114 Vgl. BGE 96 I 560 E.3.a): „Die Gerechtigkeit aber lässt sich nicht näher umschreiben. Sie ist jedenfalls ein relativer Begriff, der sich mit den politischen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen wandelt“.

115 S. exemplarisch für weitere Kategorien die Verw. zum Effizienzbegriff der ökonomischen Verfassungstheorie bei *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 41.

116 Vgl. die Verw. bei *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 58, Fn. 134; die Darstellung orientiert sich weiter grundsätzlich an der Systematisierung bei *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 134 f. sowie bei *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Allokative Effizienz

a) Begriffsklärung

Allokation bezeichnet bei statischer[117], gesamtgesellschaftlicher Betrachtung die Zuordnung der in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen auf die Akteure. Allokative Effizienz liegt vor, wenn die Ressourcen ihrer sinnvollsten Verwendung zugeführt werden.[118] Die Sinnbestimmung erfolgt mittels der Wohlfahrtstheorie.

b) Wohlfahrtstheorie

Die Wohlfahrtstheorie ist das in der Industrieökonomik vorherrschende, normative Ordnungsmodell; sie basiert auf dem philosophischen Programm des Utilitarismus und sieht das kollektive Ziel einer Gesellschaft in der Maximierung ihres Gesamtnutzens.[119] Dessen Messung erfordert ein Kriterium. Nach dem Pareto-Kriterium liegt immer dann eine Wohlfahrtssteigerung vor, wenn eine Allokation mindestens ein Gesellschaftsmitglied besser stellt, ohne dass ein anderes eine Schlechterstellung erfährt.[120] Das Kriterium ist in dieser Form wenig praktikabel, zumal regelmässig Schlechterstellungen eintreffen werden. Anders das abgeleitete Kaldor-Hicks-Kriterium: Danach kann eine Wohlfahrtssteigerung auch dann angenommen werden, wenn eine Allokation eine Besserstellung dermassen bewirkt, dass die schlechter Gestellten kompensiert werden *könnten*.[121]

---

117 Vgl. 29: Bei einer statischen Betrachtungsweise wird von einem stabilen und nicht veränderbaren Stand des Wissens, der Technologie und einer stabilen, unveränderbaren Menge von Produkten ausgegangen.

118 *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 26; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 4.

119 Weiterf. s. nur *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 173 f.; grundlegend *Bentham*, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Ch. I, I ff.; *Pigou*, The economics of welfare.

120 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 24; grundlegend *Pareto*, Manuel d'économie politique, 145 ff.

121 Es handelt sich um ein Kriterium zur Beurteilung der Gesamtwohlfahrt; die besser Gestellten sind nicht zur Kompensation verpflichtet; sofern – (sozial-)politisch – gewollt, kann jene mittels Steuern oder Subventionen erreicht werden, vgl. *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 10; weiterf. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 48 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch,

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Marktstruktur und allokative Effizienz

Inwiefern dem Kaldor-Hicks-Kriterium entsprochen wird, kann am resultierenden Ausmass der Gesamtwohlfahrt gemessen werden.[122] Die Gesamtwohlfahrt ist dann maximal, wenn auf allen Märkten perfekter Wettbewerb herrscht.[123] Abweichungen vom Modell des perfekten Wettbewerbs werden gemeinhin als Marktversagen qualifiziert,[124] zumal sich ein Wohlfahrtsoptimum dann nicht einstellt. Bei jedem anderen als dem Gleichgewichtspreis bei perfektem Wettbewerb ist die Gesamtwohlfahrt kleiner.[125] Der Verlust an Gesamtwohlfahrt (efficiency loss; deadweight loss) lässt sich grafisch anschaulich darstellen, vorliegend qualitativ im Falle eines Monopol- sowie eines exemplarischen Oligopolmarktes: In letzterem resultiert ein Verlust entsprechend der dunkelgrau schraffierten Fläche, zumal eine (in Abhängigkeit der konkreten Marktmacht zwischen P_E und P_M erfolgende) Preissetzung P_O eine reduzierte Nachfrage im Umfang von $Q_E - Q_O$ zur Folge hat; im Extremfall der Monopolpreissetzung P_M resultiert gar ein Verlust entsprechend der Summe der hell- und dun-

123 ff., jew. mit eingehender Kritik; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 7 ff.; grundlegend *Kaldor*, 49 Econ. J. 549 (1939); *Hicks*, 49 Econ. J. 696 (1939).

122 Vgl. 40 sowie soeben Fn. 121; zur – wettbewerbs- resp. sozialpolitischen – Diskussion, als Wertungskriterium (nur) den Konsumentenwohlfahrtsstandard anzuwenden s. 73 ff.

123 S. 41 sowie Grafik 1; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 27; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 14 f.; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 570.

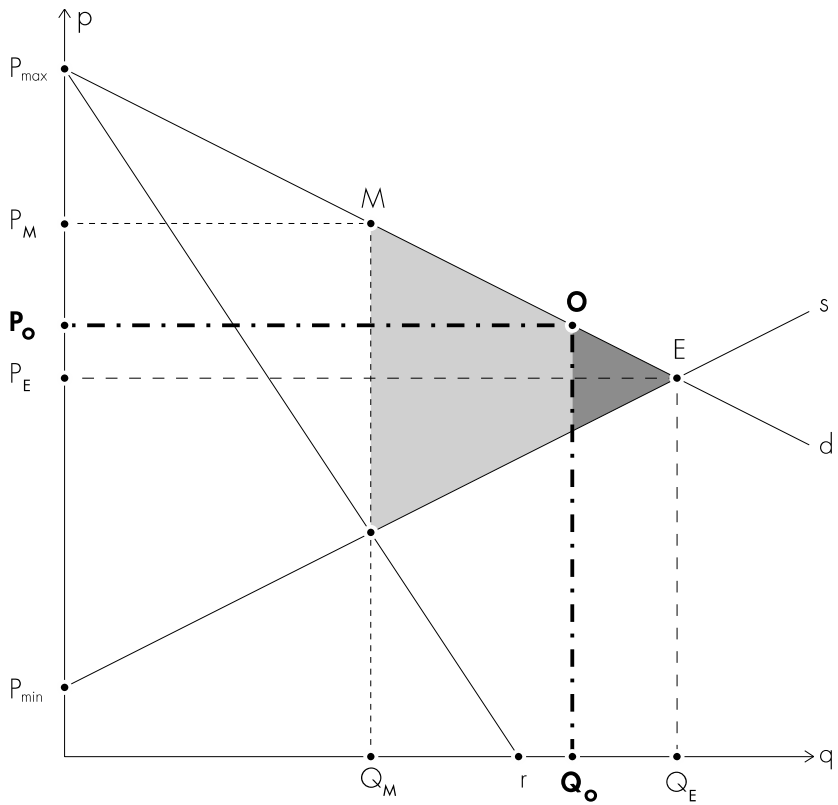
124 *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 11 ff.; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 138 ff., jew. auch mit Diskussion weiterer Marktversagenstatbestände; zur Abgrenzung der Begriffe Markt- und Staatsversagen s. nur *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 369 ff.: Letzteres bezeichnet Fälle, in welchen die Politik auf ein offenkundiges Marktversagen nicht in hinreichender Weise reagiert oder in einen eigentlich funktionsfähigen Markt nachträglich eingreift (*ibid*., 370).

125 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 7, 25 f., *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 572, jew. mit Verw. auf empirische Studien zur Messung des Wohlfahrtsverlustes, letztere mit dem Hinw., dass der Wettbewerbsdruck auf Parallelmärkten wohlfahrtsverlustmindernde Auswirkungen auf den untersuchten Markt haben kann; zum Wohlfahrtsverlust infolge Preissetzung unterhalb des Gleichgewichtspreises s. 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kelgrau schraffierten Fläche, zumal die Nachfrage alsdann bloss noch Q_M entsprechen wird.[126]

Grafik 3: Wohlfahrtsverlust im Monopol und Oligopol



126 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 153 f.; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 48 f.; *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 61 ff.; vgl. schon 45 f., mit Verw. auf spieltheoretische Ausnahme-Modelle.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Produktive Effizienz

a) Ökonomische Effizienz i.e.S.

aa) Begriffsklärung und Voraussetzungen

Bei statischer, unternehmensinterner Betrachtung produziert ein Unternehmen ökonomisch effizient i.e.S. (im engeren Sinne)[127], wenn es ein bestimmtes Outputniveau mit minimalen Kosten herstellt. Dies macht *technische Effizienz* erforderlich. Ein Unternehmen ist technisch effizient, wenn es ein bestimmtes Outputniveau mit minimalen Ressourcen produziert.[128] Das Unternehmen „verschwendet" also keine Ressourcen. Darüber hinaus ist notwendig, dass das Unternehmen diejenige Ressourcenkombination verwendet, welche die Produktionskosten minimiert (Gewinnmaximierung). Voraussetzung für ökonomische Effizienz i.e.S. ist mithin technische Effizienz sowie die Orientierung an der Gewinnmaximierungshypothese.[129]

bb) Marktstruktur und ökonomische Effizienz i.e.S.

Ob eine allgemeine Aussage über den Zusammenhang von Marktstruktur und ökonomischer (In-)Effizienz i.e.S. gemacht werden kann, ist nicht restlos geklärt. Jedenfalls ist ökonomische Effizienz i.e.S. im Modell des perfekten Wettbewerbs notwendigerweise gewährleistet.[130] Ökonomische Ineffizienzen i.e.S. werden mit den alternativen Erklärungsansätzen der Theorie der Firma, insbesondere dem Prinzipal-Agenten-Ansatz, und der damit einhergehenden Relativierung der Gewinnmaximierungshypothese,

---

127 Der Begriff orientiert sich an *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 135, wobei mittels „i.e.S." eine Konkretisierung hinsichtlich unternehmensinterner produktiver Effizienz beabsichtigt ist; zu ökonomischen Effizienzen „i.w.S." (im weiteren Sinne), vgl. 49 ff.

128 Insofern kann von einer effizienten „Allokation der Ressourcen innerhalb des einzelnen Unternehmens" gesprochen werden: *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 58.

129 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 135; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 8 f.; zur Gewinnmaximierungshypothese s. 28 f.

130 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 20; vgl. 55 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begründet. Danach können Divergenzen zwischen den Interessen des Prinzipals und des Agenten eine ineffiziente Produktion begünstigen.[131] Mass für den resultierenden Grad ineffizienter Produktion sind die sogenannten X-Ineffizienzen: Ein Unternehmen produziert umso X-ineffizienter, je stärker die tatsächlichen von den minimal erreichbaren (sprich: effizienten) Produktionskosten abweichen.[132] Schwacher Wettbewerbsdruck spricht intuitiv für höhere X-Ineffizienzen infolge „managerial slack" (Anreizdefiziten bei der Realisierung von Effizienz); in theoretischen sowie empirischen Studien finden sich hierzu bestätigende Anhaltspunkte.[133]

b) Gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz

aa) Begriffsklärung

Mit dem Kriterium der produktiven Effizienz kann bei statischer, gesamtgesellschaftlicher Betrachtung die Verteilung der Produktion zwischen den Unternehmen beurteilt werden.[134] Die Gesamtheit der Unternehmen produzieren dann effizient, wenn insgesamt zu minimalen Kosten hergestellt wird. Dass jedes einzelne Unternehmen ökonomisch effizient i.e.S. produziert, begründet nun aber noch keine gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz.[135] Ressourcen können nämlich auch dann „verschwendet" werden, wenn ein Unternehmen ökonomisch effizient i.e.S. produziert, jedoch nicht das optimale Outputniveau (eines Produkts) respektive nicht den optimalen Produktionsumfangs (mehrerer Produkte)[136]. Welchen Einfluss auf die produktive Effizienz eine Veränderung dieser Grössen hat, kann

131 Vgl. 30.

132 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomik, 65; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 27; *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 47; grundlegend *Leibenstein*, 56 Am. Econ. Rev. 392, 397 ff., 406 ff. (1966).

133 Vgl. *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 47 f.; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 572 f., m.w.Verw.; weiterf. *Machlup*, 57 Am. Econ. Rev. 1 (1967), *Hart*, 14 RJE 266 (1983), *Scharfstein*, 19 RJE 147 (1988); *Nickell*, 104 J. Polit. Econ. 724 (1996).

134 *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 59; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 8.

135 Anschaulich *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 135.

136 S. 27 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

danach beurteilt werden, welche Grössen- und Verbundvorteile vorliegen.[137]

bb) Grössen- und Verbundvorteile

Grössenvorteile (oder Skaleneffekte; economies of scale) führen bei einer proportionalen Erhöhung aller Inputfaktoren zu einer überproportionalen Erhöhung aller Outputkomponenten.[138] Sie zeigen auf, ob es produktiv effizient wäre, Produzenten „zusammenzulegen".[139] Dass ein Gut von (nur) einem Produzenten hergestellt wird, ist mithin solange produktiv effizienter, wie bei stets fallenden langfristigen Durchschnittskosten die minimale effiziente Grösse (minimal efficient scale) des Outputniveaus[140] noch nicht erreicht ist.[141]

Verbundvorteile (economies of scope) liegen vor, wenn die Produktion von mehreren Gütern durch ein Unternehmen produktiv effizienter ist, als wenn die einzelnen Güter von mehreren Unternehmen produziert würden.[142] Verbundvorteile können in Komplementaritäten in der Produktion oder Netzwerkeffekten begründet sein.[143]

c) Zum Verhältnis von allokativer und produktiver Effizienz

Gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz ist einerseits notwendige Bedingung allokativer Effizienz: Produktive Ineffizienzen führen zu einem übermässigen Ressourcenverbrauch („Verschwendung"); durch (pareto-)effiziente Reallokation der Ressourcen könnte dasselbe Outputniveau mit geringeren Inputfaktoren erreicht werden. Es würden also Res-

137 S. sogleich 55.
138 S. nur *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 13.
139 *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 59 f.
140 Vgl. 43 f.
141 Zu den resultierenden Zielkonflikten zwischen allokativer und produktiver Effizienz s. sogleich 55 ff.
142 *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 26.
143 *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 43.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sourcen übrig bleiben. Diese könnten wiederum wohlstandssteigernd verwendet werden.[144]

Insbesondere Grössenvorteile können nun aber dazu führen, dass gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz dann gegeben ist, wenn ein Unternehmen marktmächtig, im Extremfall sogar Monopolist ist.[145] Wie bereits dargestellt, führt eine solche Marktstruktur regelmässig zu einem Verlust an allokativer Effizienz und damit zu einem Gesamtwohlfahrtsverlust.[146] Mithin kann auch ein Zielkonflikt zwischen produktiver und allokativer Effizienz bestehen. Zur Erklärung derartiger *trade-offs* können die Theorie des Second-Best respektive das Williams-Tradeoff herangezogen werden.[147]

Im Übrigen kann produktive Ineffizienz zumindest auch zusätzlich neben allokativer Ineffizienz bestehen. Dies lässt sich grafisch anschaulich darstellen, vorliegend im Fall eines Monopolmarktes. Die Gesamtwohlfahrt erfährt durch X-Ineffizienzen bei der Produktion eine weitere Minderung, welche zusätzlich zum dunkelgrau schraffierten Gesamtwohlfahrtsverlust infolge allokativer Ineffizienz im Monopol (vgl. schon Grafik 3) eintritt:[148] Die hellgrau schraffierte Fläche stellt besagte Wohlfahrtsabnahme bei einer Preissetzung $P_{M'}$ anstelle von P_M und dem resultierenden zusätzlichen Nachfragerückgang im Umfang von $Q_M - Q_{M'}$ dar.

---

144 *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 28; *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 60 f., m.w.Verw., welcher produktive Effizienz als „Teilmenge" der allokativen Effizienz bezeichnet; *Kerber*, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), 93 ff., 97: „[...], it is misleading to view allocative and productive efficiency as two goals on the same level: Efficient allocation requires all firms to produce efficiently. Therefore the goal of productive efficiency is subsumed by the ultimate goal of efficient allocation"; vgl. *Bork*, The Antitrust Paradox, 91.

145 Vgl. soeben 55.

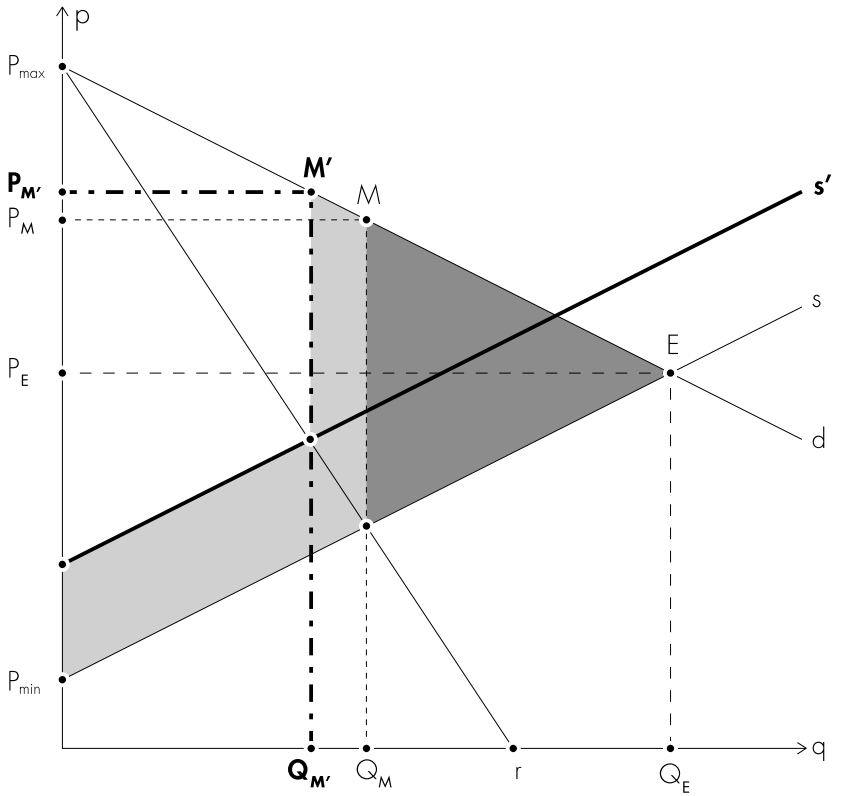
146 Vgl. 51 f.

147 Weiterf. *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 61 ff.; grundlegend *Clark*, 30 Am. Econ. Rev. 241 (1940); *Williamson*, 48 Am. Econ. Rev. 18 (1968).

148 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 46.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grafik 4: Zusätzlicher Wohlfahrtsverlust infolge X-Ineffizienz im Monopol



D. Dynamische Effizienz

a) Begriffsklärung

Das Konzept der dynamischen Effizienz erfasst bei gesamtgesellschaftlicher Betrachtungsweise die Verbesserung des Know-How, den technischen Fortschritt und die Entwicklung und Einführung neuer Güter. Positive Folge sind Prozess- und Produktinnovationen: Prozessinnovationen sind produktivitätssteigernde technologische Erneuerungen, welche dazu führen, dass bestehende Güter kostengünstiger produziert werden können. Produktinnovationen bezeichnen dagegen die Entwicklung neuer Güter

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

oder die qualitative Verbesserung bestehender Güter.[149] Ferner sind Lerneffekte eine Form dynamischer Effizienz, zumal die Durchschnittskosten der Produktion eines Marktguts im Zeitablauf niedriger ausfallen.[150]

Der Wirtschaftsprozess ist dann dynamisch effizient, wenn diese Veränderungen im Zeitablauf mit der optimalen Rate stattfinden. Dies ist der Fall, wenn die zusätzlichen Kosten einer weiteren Investition in Forschung und Entwicklung (F&E; research and development; R&D) eben genau dem (erwarteten) zusätzlichen Ertrag aus der resultierenden Prozess- oder Produktinnovation entsprechen.[151]

Dynamische Effizienz wird denn auch als wichtigste Bedingung für Wirtschaftswachstum erachtet.[152] Der Begriff „Effizienz" verfügt in diesem Konzept indes nicht über eine vergleichbare theoretisch-definitorische Schärfe, wie sie der statischen Effizienz eigen ist.[153] Das mikroökonomische Grundmodell als statisches Modell[154] erlaubt keine Aussagen über

149 *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 173; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 21; *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 55.

150 *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 161, mit dem Hinw., dass Lerneffekte insofern als dynamische Grössenvorteile gedeutet werden können.

151 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 9; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 28; *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 247; weiterf. zu teilw. nicht restlos identischen Definitionen s. *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 65; eine offenbar nicht deckungsgleiche Systematisierung der Begriffe Forschung und Entwicklung sowie Innovation findet sich in: *OECD*, Frascati resp. Oslo Manual, vgl. *Deiss/Gugler*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 19 f. zu Les aspects économiques du droit suisse de la concurrence; s. auch *Früh*, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, 112 ff., m.w.Verw.

152 *Drexl*, Is there a 'more economic approach' to IP and competition law?, in: ders. (Hrsg.), 27 ff., 39; *Kerber*, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), 93 ff., 98; grundlegend *Schumpeter*, Capitalism, Socialism & Democracy, 84: „[...], it is not that kind of competition [statischer Preiswettbewerb, Anm. d. Verf.] which counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization [...]".

153 S. etwa *Kerber*, *ibid.*, 98: „In the end, ‚dynamic efficiency' does not mean much more than that it is normatively preferable that innovations be generated and spread".

154 Vgl. 38; zur Erinnerung: Es handelt sich grundsätzlich um ein Modell mit den zwei Dimensionen Menge und Preis.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dynamische Aspekte des Wirtschaftsprozesses.[155] Der Einfluss verschiedener Marktstrukturen auf die dynamische Effizienz kann, anders als auf die allokative respektive produktive Effizienz, nicht abgebildet werden.[156] Weiter erweist es sich als unmöglich, zumindest *ex ante* den Ertrag aus F&E-Investitionen zu benennen. F&E-Tätigkeiten können nicht als Produktionsprozesse verstanden werden, in welchen vorhersehbar mit bestehenden Inputfaktoren ein bestimmtes Outputniveau generiert wird.[157] Was bleibt, ist im Mindesten eine natürliche Vermutung: Höhere F&E-Investitionen werden bei gesamtgesellschaftlicher Betrachtung das Mass an Innovation positiv beeinflussen.[158]

b) Marktstruktur und dynamische Effizienz

Wenn auch *ex ante* nicht eindeutig beurteilt werden kann, ob im Rahmen von F&E-Tätigkeiten tatsächlich Prozess- oder Produktinnovationen entstehen, so kann doch danach gefragt werden, welchen Einfluss die jeweiligen Marktstrukturen[159] auf das Ausmass an F&E-Investitionen an sich haben. Die ökonomische Theorie hält bisher keine breit konsentierte Antwort bereit.[160] Es wird argumentiert, Wettbewerb stelle einen Investitionsanreiz für Unternehmen dar, um ihre relative Position gegenüber Mitbewerbern zu verbessern.[161] Dem wird entgegen gehalten, im Modell der

155 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 9, 20, mit dem Hinw., dass das gegenständliche Kriterium bisher auch sonst theoretisch nicht in adäquater Weise in die ökonomische Theorie integriert werden konnte; *Kerber*, *ibid*., 99; vgl. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 59.

156 Vgl. 51 ff.; dies bedeutet freilich nicht, dass gewisse Zusammenhänge nicht wenigstens vermutungsweise bestehen würden, vgl. sogleich 59 f.

157 *Kerber*, *ibid.*, 99.

158 Vgl. *Schwalbe/Zimmer*, *ibid.*, 9 f.; *Lowe*, GCP 7.2008, 7: „[...] investment in R&D is absolutely key to boosting innovation".

159 Präzisierend sei an dieser Stelle angemerkt, dass die Marktstrukturen auf den Gütermärkten von Interesse sind und nicht etwa die Strukturen auf den „Innovationsmärkten"; zu den Begriffen s. nur *Früh*, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, 154 ff., m.w.Hinw.; vgl. *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 186 ff.

160 Vgl. *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 503 ff., 574; grundlegend *Schumpeter*, Capitalism, Socialism & Democracy, 83; *Arrow*, 29 Rev. Econ. Stud. 155 (1962).

161 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 56.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vollkommenen Konkurrenz würden die Unternehmen langfristig keinen ökonomischen Gewinn erzielen, womit ihnen die Mittel für R&E-Investitionen fehlen würden.[162] Jedenfalls unter der Modellannahme unendlicher Reaktionsgeschwindigkeiten könnte ein Innovator auch gar keine Vorsprungsgewinne erzielen, da unverzügliche Imitation der Mitbewerber die Folge wäre.[163] Es spricht hier mithin einiges für einen Zielkonflikt zwischen statischer und dynamischer Effizienz.[164] Tendenziell erscheint ein Oligopol als die für die dynamische Effizienz als am besten geeignete Marktstruktur.[165] Hingegen hat ein Monopolist alsdann keinen Anreiz mehr, sich gegenüber Mitbewerbern besser zu stellen; es wird bemerkt, dies führe zu einer verminderten dynamischen Effizienz im Monopolmodell.[166] Es besteht aber auch die Vermutung, dass Grossunternehmen einen Innovationsvorteil haben (Neo-Schumpeter-Hypothese I).[167] Weiter besagt die Neo-Schumpeter-Hypothese II, dass Innovationsanstrengungen von Unternehmen mit der Marktkonzentration auf der Anbieterseite zunehmen.[168]

---

162 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 21 f.; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 59 f.

163 *Fritsch*, *ibid.*, 59, m.w.Hinw.; Vorsprung- resp. Pioniergewinne lassen sich hingegen erzielen, wenn Schutzrechte erlangt werden (können), vgl. 43; Schutzrechte können also eine Anreizfunktion wahrnehmen, s. *Tremblay/Tremblay*, *ibid.*, 511.

164 Ebenso *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 66, mit Verw. auf *Schumpeter*, Capitalism, Socialism & Democracy, 83.

165 *Schwalbe/Zimmer*, *ibid.*, 49, m.w.Verw.; weiterf. *Curzon Price/Walker*, JECL&P 2016, 475 ff.; vgl. *Cabral*, 30 Int. J. Ind. Organ. 278 (2012), mit dem Hinw., dass es sich bei der industrieökonomischen Erfassung von dynamischen Oligopolstrukturen um ein Forschungsfeld handle, auf welchem noch reichlich (und ergiebige) Arbeit angezeigt sei.

166 *Motta*, *ibid.*, 57; weiterf. *Schwalbe/Zimmer*, *ibid.*, 27 f.: Das Monopolunternehmen erzielt bereits einen Monopolgewinn und könnte sich aufgrund einer Innovation nur den zusätzlichen Gewinn (Differenz zwischen Monopolgewinn mit der neuer Technologie und dem bisherigen Monopolgewinn) aneignen. Auf einem Monopolmarkt würde sich das Monopolunternehmen mithin selbst ersetzen (replacement effect), grundlegend *Arrow*, 29 Rev. Econ. Stud. 155 (1962).

167 Weiterf. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 191 ff.

168 Dies wird damit begründet, dass marktmächtige Unternehmen besser befähigt seien, Pioniergewinne (vgl. 44) tatsächlich zu realisieren und aufgrund von erzielten ökonomischen Gewinnen auch Mittel für F&E-Investitionen vorhanden sind, s. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 195 ff., m.w.Hinw.; weiterf. Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Neo-Schumpeter-Hypothesen".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Rechtliche Rahmenbedingungen des Missbrauchsverbots

1. Schutzziele

A. Wettbewerb, Wettbewerbstheorien und -politik

Wettbewerb lässt sich begrifflich konkretisieren als die Existenz von Märkten mit mindestens zwei Anbietern oder Nachfragern, die sich antagonistisch verhalten, d.h. durch Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter (Produkt, Qualität im weiteren Sinne, Menge, Preis und sonstige Geschäftsbedingungen, Gebiet, Service sowie Leistung)[169] ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Wirtschaftssubjekte verbessern wollen.[170] Die Wettbewerbspolitik beschäftigt sich mit der Regelung des Wettbewerbs[171] und orientiert sich dabei an wettbewerbstheoretischen Ansätzen. Es existiert eine Fülle nebeneinander bestehender, aufeinander bezugnehmender und sich gegenseitig überschneidender Wettbewerbstheorien.[172] Jene befassen sich mit Wesen, Voraussetzungen, Wirkungen und sich daraus ergebenden Funktionen des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs[173] und enthalten mithin sowohl deskriptive als auch normative Elemente. Eine allgemein anerkannte Konzeption gibt es nicht; es könne sie auch gar nicht geben, zumal der Wettbewerb ein evolutorisches Phänomen sei, das „seine Züge und seine Gestalt laufend [verändere] und [...] selbst von der subtilsten und ausgeklügelsten Theorie nicht ein für allemal eingefangen

169 *Heinemann/Kellerhals*, Wettbewerbsrecht, 13.

170 *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 3 f.; *Kirchner*, Goals of Antitrust and Competition Law Revisited, in: Schmidtchen/Albert/Voigt (Hrsg.), 7 ff., 12.

171 Sofern dies in einem rechtsstaatlichen Verfahren passiert, entsteht „Wettbewerbsrecht".

172 Vgl. nur *Meessen*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), N 6 f. zu Einführung; für eine ausführliche Darstellung dieser Konzeptionen oder „Leitbilder" s. nur *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 4 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 112 ff; *Ondrejka*, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des „more economic approach", 28 ff.; *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, 201 ff.

173 *Immenga*, ZWer 2006, 346 ff., 347; *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 1 zu Einl EU D.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden“ könne.[174] Im Übrigen bedienen sich Wettbewerbstheorien definitorischer Annahmen, welche einer eigentlichen Falsifizierung nicht zugänglich sind.[175] Im Sinne einer idealtypischen Einteilung können die mannigfaltigen Theorien auf zwei Grundpositionen heruntergebrochen werden. Diese können als systemtheoretischer und als wohlfahrtstheoretischer Ansatz bezeichnet werden.[176] Die normativen Zielforderungen besagter Grundpositionen werden nachfolgend auf ihre verfassungsrechtliche Legitimation sowie ihre Anerkennung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung[177] untersucht.[178]

---

174 *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 43 ff., 47, mit Verw. auf *Budzinski*, 32 Camb. J. Econ. 295 (2008), 316; *Dreher/Adam*, ZWeR 2006, 259 ff., 265, mit dem Hinw., dass weder das „Recht“ noch die „Ökonomie“ über eine „klare“ Definition der Bedeutung von Wettbewerb verfügen würden.

175 *Schwalbe*, ZWeR 2010, 454 ff., 460: „[E]ine Definition als richtig oder falsch beweisen zu können, ist schon vom Ansatz her zum Scheitern verurteilt: Definitionen sind weder richtig noch falsch, es handelt sich bei Definitionen um Festlegungen, die sich für einen bestimmten Zweck als mehr oder weniger brauchbar oder eben auch unbrauchbar erweisen können. Daraus folgt natürlich unmittelbar, dass es keine „richtige“ oder „falsche“ Wettbewerbskonzeption gibt. Je nach den unterliegenden normativen Kriterien handelt es sich um unterschiedliche Auffassungen davon, was man unter Wettbewerb verstehen kann bzw. verstehen möchte. Hierzu gehört sicher auch das Konzept der Handlungs- bzw. Wettbewerbsfreiheit [...]“.

176 S. nur *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 106 ff., welcher aber auch darauf hinweist, dass eine präzise Zuordnung der realtypischen Wettbewerbskonzeptionen alsdann kaum möglich ist; weiterf. *Schmidt*, ORDO 2008, 209 ff., 217 ff.

177 Gemäss Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV sichert der *EuGH* die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge; gemäss Art. 188 Abs. 1 BV ist das Bundesgericht die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes.

178 Das europäische Wettbewerbsrecht verfolgt indes im Speziellen weiterhin auch das gemeinschaftsrechtliche Ziel der Binnenmarktintegration, s. nur *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 62; inwiefern jenes Ziel im Einklang mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz steht, ist strittig: *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 956 mit Verw. auf die industrieökonomischen Erkenntnisse betr. die Effizienz von Preisdiskriminierungen, welche mit dem Verbot territorialer Beschränkungen schwerlich vereinbar seien; zur Bedeutung des Binnenmarkts s. nur *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 9 zu 1.A. Rechtlicher und institutioneller Rahmen der Wettbewerbspolitik; zu entsprechenden Integrationszielen des schweizerischen Kartellrechts s. 155; zu weiteren wettbewerbsrechtlichen Schutzzielen s. 85 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Europäisches Union

a) Systemtheoretischer Ansatz

Die Vertreter eines systemtheoretischen Ansatzes betrachten den Schutz des Wettbewerbs als eigenständiges Ziel. Nach diesem traditionellen[179] Verständnis handelt es sich bei Wettbewerb um einen Interaktions*prozess*, der aus der Wahrnehmung individueller Handlungsfreiheiten erwächst und nicht auf die Erreichung vorgeschriebener Ziele ausgerichtet ist.[180] Es umfasst die Freiheit der Unternehmen, in einem „Rivalitätsprozess" um die Gunst der Marktgegenseite ringen zu können, ebenso wie die Gewährleistung der Auswahlfreiheit der Kunden.[181] Ein derartiges Wettbewerbsverständnis wird auch als ergebnis*offen* bezeichnet, um es in Kontrast zu einer Ergebnis*orientierung* zu setzen.[182] „(Allokative) Effizienz" ist allenfalls ein Nebenprodukt, nicht jedoch Schutzziel des Ansatzes. Verteilungswirkungen sind aber insofern konstitutives Element des systemtheoretischen Ansatzes, als jene nicht aufgrund eines „utilitaristischen Umvertei-

179 *Wurmnest*, Predatory Pricing: From price/cost-comparisons to post-Chicago-thinking, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), 97 ff., 101.

180 *Möschel*, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: Engel/Möschel (Hrsg.), 355 ff., 366.

181 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 147 f.; grundlegend *Hoppmann*, JbNSt 1966, 286 ff., 302 f.

182 S. nur *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 53; inwiefern diese begriffliche Unterscheidung tatsächlich erkenntnisbereichernd ist, kann hinterfragt werden, zumal mittels Schutzes des Wettbewerbs auf einem Markt „die dahinterliegenden Freiheitsspielräume der Marktbeteiligten optimiert und gegeneinander angemessen abgegrenzt" werden (vgl. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 954); Wettbewerb wird also auf dieses Ergebnis *orientiert* geschützt; darüber hinaus sollen mittels Wettbewerbsfreiheit „gute, im einzelnen aber nicht genau vorhersehbare ökonomische Ergebnisse produziert werden" (*Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 108); diese „guten ökonomischen Ergebnisse" werden wohl nicht „unmittelbar" angestrebt, aber doch erwartet und auch zur Legitimation angeführt (vgl. *Zäch*, Competition law should promote economic and social welfare by ensuring the freedom to compete - a lawyer's view, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), 121 ff., 122 f.; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 67, 138 f., 277, 320); vgl. hierzu *Behrens*, Eu.-K. DP 1/14, 2014, 27 ff.; zur Harmoniethese bzw. Non-Dilemma-These zwischen den Zielkomplexen Wettbewerbsfreiheit und gute Marktergebnisse s. *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 18 ff.; grundlegend *Hoppmann*, Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schneider (Hrsg.), 9 ff., 22.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungskalküls“ erfolgen, sondern die Grenzen zwischen den einzelnen Freiheiten der Marktteilnehmer mittels des Rechts gezogen werden.[183] Der systemtheoretische Ansatz kann sich dabei sowohl auf das Schutzziel des unverfälschten Wettbewerbs als auch – mit Beschränkungen – auf den individualrechtlichen Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit stützen, welche beide primärrechtlich geregelt sind.

aa) Schutz des unverfälschten Wettbewerbs

Gemäss Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb umfasst der europäische Binnenmarkt[184] ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Der Inhalt des Protokolls entspricht demjenigen des ehemaligen Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV. Protokolle sind Bestandteile der Verträge (Art. 51 EUV) und ebenfalls Primärrecht.[185]

Der *EuGH* betont in ständiger Rechtsprechung die Bedeutung der unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln zur Verhinderung von Verfälschungen des Binnenmarkts.[186] Dass der unverfälschte Wettbewerb Schutzziel des Unionsrechts ist, bestätigt er denn auch in seiner jüngsten Rechtsprechung: „[D]ie [...] Wettbewerbsregeln des Vertrags [...][sind] nicht nur dazu bestimmt, die unmittelbaren Interessen einzelner Wettbewerber oder

183 *Hellwig*, Prepr. MPI Bonn 19/2007, 30 f.

184 Eine begriffliche Umschreibung des Binnenmarkts findet sich in Art. 26 Abs. 2 AEUV als ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäss den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“.

185 Am normativen Rang der Bestimmung hat sich damit jedenfalls nichts geändert: *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 17 zu Art. 102; *Zimmer*, Protection of competition v. maximizing (consumer) welfare, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), 23 ff., 23; zur fraglichen politischen Dimension sowie einer etwaigen „tendenziellen Schwächung“ des Ziels des unverfälschten Wettbewerbs s. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 907 ff., m.w.Hinw.; vgl. *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), N 41 zu Art. 3 EUV; *EuGH*, Urt. v. 17.11.2011, Rs. C-496/09, Tz. 60 – *Kommission/Italien*; *EuGH*, Urt. v. 11.12.2012, Rs. C-610/10, Tz. 126 – *Kommission/Spanien*; *EuGH*, Urt. v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Tz. 26 – *Continental Can*; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 20 – *TeliaSonera*.

186 *EuGH*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Tz. 25 – *Continental Can*; *EuGH*, Urt. v. 17.11.2011, Rs. C-496/09, Tz. 60 – *Kommission/Italien*; *EuGH*, Urt. v. 11.12.2012, Rs. C-610/10, Tz. 126 – *Kommission/Spanien*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 20 f. – *TeliaSonera*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen".[187] Unverfälschter Wettbewerb setzt „das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (workable competition) voraus; es muss also soviel Wettbewerb vorhanden sein, dass die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden".[188] Dabei ist Art. 102 AEUV im Besonderen aber kein Instrument zur Gewährleistung eines vollends „funktionsfähigen" Wettbewerbs, zumal jener auf dem Markt aufgrund der Anwesenheit eines beherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist.[189] Absicht ist vielmehr, die noch bestehende Struktur des Marktes zu schützen;[190] dies geschieht über den Schutz des Restwettbewerbs vor dem missbräuchlichen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens.[191]

---

187 *EuGH*, Urt. v. 4.6.2009, Rs. C-8/08, Tz. 38 – *T-Mobile Netherlands*; *EuGH*, Urt. v. 06.10.2009, verb. Rs. C-501/06, C-513/06, C-515/06 und C-519/06, Tz. 63 – *GlaxoSmith-Kline*; ähnlich *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 24 – *TeliaSonera*; vgl. auch *EFTA Court*, Urt. v. 18.4.2012, Rs. E-15/10, Tz. 132 – *Posten Norge AS*.

188 *EuGH*, Urt. v. 25.10.1977, Rs. 26/76, Tz. 20 – *Metro*.

189 *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 91 – *Hoffmann-La Roche*; *EuGH*, Urt. v. 09.11.1983; Rs. 322/81, Tz. 70 – *Michelin*; *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 69 – *AKZO*; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 22 zu Art. 102.

190 *EuGH*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Tz. 26 – *Continental Can*; *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 106 – *British Airways*; s. auch *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 664 – *Microsoft*: „Schließlich ist daran zu erinnern, dass Art. 82 EG nach ständiger Rechtsprechung nicht nur auf Praktiken abzielt, durch die die Verbraucher unmittelbar geschädigt werden können, sondern auch auf Verhaltensweisen, die ihnen mittelbar durch einen Eingriff in eine Struktur wirksamen Wettbewerbs Schaden zufügen", mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 125 – *Hoffmann-La Roche*; *EuG*, Urt. v. 7.10.1999, Rs. T-228/97, Tz. 232 – *Irish Sugar*.

191 Weiterf. s. 99 ff.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 5 zu Art. 102 AEUV; ebenso *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 88, 135 ff., m. Hinw. auf das nicht identische ökonomische Konzept des wirksamen Wettbewerbs (workable competition) und dessen Darstellung; hierzu grundlegend *Clark*, 30 Am. Econ. Rev. 241 (1940).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit

Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer als individuelle Rechtsposition ist im Gemeinschaftsrecht über die Grundfreiheiten[192] sowie insbesondere durch Art. 16 GRC[193] geschützt.[194] Dieser Schutz muss grundsätzlich sämtlichen Marktteilnehmern zukommen, also insbesondere auch juristischen Personen aus Drittstaaten.[195] Art. 16 GRC statuiert eine umfassende wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (auch: Handels- und Wirtschaftsfreiheit).[196] Fraglich ist, ob Ausfluss jener auch ein individueller Anspruch auf Wettbewerb ist. Gemäss den Erläuterungen stützt sich Art. 16 GRC auf Art. 119 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV, in welchen der freie Wettbewerb anerkannt werde.[197] Art. 119 Abs. 1 AEUV legt für die Wirtschaftspolitik den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb" fest;[198] Abs. 3 benennt „richtungsweisende Grundsätze" betreffend den Zusammenhang zwischen der Wirtschaftsunion und sonstigen Tätigkeiten von Union und Mitgliedsstaaten. Es handelt sich dabei in-

192 Weiterf. nur *Ehlers*, § 7. Allgemeine Lehren, in: Ehlers (Hrsg.).

193 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2000, Fassung vom 12.12.2007, 2010/C 83/02; die Grundrechtecharta ist Teil des europäischen Primärrechts (s. Art. 6 Abs. 1 EUV).

194 S. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 953.

195 Betr. Grundfreiheiten vgl. *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), N 49 zu § 7. Allgemeine Lehren; betr. Grundrechte s. *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), N 16 f. zu Art. 16: Schutzerstreckung auf prinzipiell „jedermann"; präzisierend *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), N 24 ff. zu § 19 Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit; weiterf. vgl. *Kühling*, Grundrechte, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 657 ff., 686 f., mit Verw. auf Art. 34 EMRK betr. private juristische Personen.

196 *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), N 6 zu GR-Charta Art. 16; *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), N 10 zu § 19 Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), N 11 zu Art. 16, mit Verw. auf die Rechtsprechung des *EuGH* seit Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73, Tz. 14 – *Nold*; zum Verh. v. Art. 15 u. Art. 16 GRC s. im Übrigen *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäss Artikel 15 der Grundrechtecharta, in: Becker/Hatje/Potacs/Wunderlich (Hrsg.), 304 ff., 310 ff.; GA *Mazák*, Schlussanträge v. 29.3.2012, Rs. C-544/10, Tz. 64 – *Deutsches Weintor*: „Wie sich aus dieser Rechtsprechung ergibt, deckt sich die unternehmerische Freiheit mit der Berufsfreiheit".

197 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte v. 14. 12.2007, 2007/C 303/02, Erläuterungen zu Art. 16.

198 Dieselbe Formulierung findet sich in Art. 120 S. 2 sowie Art. 127 Abs. 1 AEUV; weiter definiert Art. 3 Abs. 3 EUV das Ziel einer „in hohem Masse wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des nach überwiegend vertretener Auffassung wohl (lediglich) um ein die Union selbstverpflichtendes Leitbild, dem Interpretationscharakter (neben anderen Zielbestimmungen) zukommt, mangels hinreichender Bestimmtheit aber kaum um ein einklagbares subjektives Recht.[199] Diese Qualität liesse sich im Übrigen auch der Rechtsprechung des *EuGH* nicht entnehmen.[200] *M.E.* verdient diese Argumentation Zustimmung. Dennoch kann das Schutzziel des freien Wettbewerbs als Aggregation des Schutzes individueller Rechtspositionen – ob nun subjektiv durchsetzbar oder nicht – verstanden werden. (Wirksamer) Wettbewerb übernimmt eine individualschutzrechtliche Funktion, indem er die Handlungs- und Entschliessungsfreiheiten der Marktteilnehmer garantiert.[201] Ähnlich bemerkt auch *Drexl*, dass das europäische Wettbewerbsrecht aus grundrechtlicher Perspektive auf ein Konkordanzproblem reagiere, dessen Lösung notwendigerweise in einen Schutz der Freiheit des Wettbewerbs überleite. Der Ausgleich von Freiheitsräumen sei im ökonomischen Bereich über den Markt als vorrangige Koordinationsordnung zu erreichen.[202] So konkretisiert sich letztlich

---

199 *Bandilla,* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), N 23 f. zu Art. 119 AEUV; *Streinz*, in: Streinz (Hrsg.), N 6 zu GR-Charta Art. 16: „Ein spezielles subjektives Recht auf Wettbewerb ist zweifelhaft"; weniger bestimmt *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), N 14 zu Art. 16: „Grundrechtsqualität [...] bleibt damit offen"; *a.M.* anscheinend *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), N 12 zu § 19 Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit: „Zum Grundrecht der Berufsfreiheit gehört auch die Wettbewerbsfreiheit. Angesichts der Bedeutung des freien Wettbewerbs im EG-Recht sollten zurückhaltendere Äusserungen des EuGH jedenfalls auf der Schutzbereichsebene nicht überbewertet werden"; *m.E.* unklar *Wunderlich*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 109.

200 *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), N 14 zu Art. 16; relativierend *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 953, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C-453/99, Tz. 33 – *Courage*, welcher Entscheidung eindeutige Anhaltspunkte für die Anerkennung eines materiellen Freiheitsverständnisses in Bezug auf die Marktteilnehmer zu entnehmen seien, m.w.Hinw.; *a.M.* anscheinend *Ruffert*, in: Ehlers (Hrsg.), N 12, Fn. 46 zu § 19 Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit, mit Verw. auf die Entscheidungen *EuGH*, Urt. v. 27.5.1987, verb. Rs. 133-136/85, Tz. 15 – *Rau*; *EuGH*, Urt. v. 28.4.1998, Rs. C-200/96, Tz. 28 – *Metronome Musik*; *EuGH*, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, Tz. 41 ff. – *Sky Österreich*; die zitierten Stellen belegen *m.E.* die Anerkennung eines subjektiven Anspruchs nicht.

201 Weiterf. *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 105 ff., 255, m.Verw.

202 *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 953 f.: „Wenn Unternehmen den Wettbewerb beschränken, überschreiten sie die Grenzen der ihnen grundrechtlich zuerkannten Freiheitsspielräume".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auch der institutionelle Gehalt des freien Wettbewerbs regelmässig über die subjektiven Rechte der Wettbewerbsteilnehmer.[203]

b) Wohlfahrtstheoretischer Ansatz

Der wohlfahrtstheoretische Ansatz orientiert sich am normativen Ordnungsmodell der Wohlfahrtstheorie. Jenes verfolgt das Ziel, eine Steigerung der Wohlfahrt gemäss dem Kaldor-Hicks-Kriterium zu erreichen.[204] Der Ansatz wird in seiner idealtypischen Form als „reduktionstheoretisch" oder auch als „technokratisch-dirigistisch" bezeichnet, da die Analyse auf eine rein ökonomische Perspektive reduziert sei[205] und Marktergebnisse im Rahmen einer Partialanalyse[206] im Verhältnis danach beurteilt würden, was ein „wohlmeinender" sozialer Planer mit gegebenen Wertvorstellungen als optimal betrachte.[207]

Es ist einerseits zwischen einer *kurzfristigen* Betrachtungsweise (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz *i.e.S.*) und einer *langfristigen* Betrachtungsweise (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz *i.w.S.*)[208] zu unterscheiden. Der wohlfahrtstheoretische Ansatz i.e.S. beschränkt sich bei der Analyse weitgehend auf die im mikroökonomischen Grundmodell messbaren Auswirkungen wettbewerblichen Verhaltens auf die statische Effizienz;[209] dynamische Wettbewerbselemente werden von diesem Modell nicht oder nur un-

---

203 *Dreher*, WuW 2008, 23 ff., 24.

204 S. 50.

205 *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 106.

206 S. 38; *Möschel*, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: Engel/Möschel (Hrsg.), 359 ff., 363; *Perrot*, Appropriation of the legal system by economic concepts: should conflicting goals be considered?, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), 126 ff., 132, m.w.Verw.: "[...], of course, the most pertinent approach to dealing with the functioning of the market as a whole would be, theoretically, a general-equilibrium one. However, such an approach is impossible to manage in practice, and moreover this would require an objective weighing of the various costs and benefits of an action, which cannot be the role of a competition authority".

207 *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel/Möschel (Hrsg.), 231 ff., 235.

208 Die Terminologie ist vom Verf. eingeführt und scheint nicht allgemein gebräuchlich.

209 S. 51; 38.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zureichend erfasst.[210] Mit der statischen Effizienz als Massstab soll eine Reallokation – plakativ formuliert – jedenfalls nicht zu einer Wohlfahrtsminderung führen. Der wohlfahrtstheoretische Ansatz i.w.S. bezieht dagegen auch dynamische Effizienzelemente in die Beurteilung eines fraglichen Wettbewerbsverhaltens mit ein und geht damit über eine (auch komparativ-)statische Betrachtungsweise hinaus.[211]

Weiter ist danach zu unterscheiden, welcher Wohlfahrtsstandard zur Beurteilung herangezogen wird. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird die Bezeichnung Wohlfahrtsstandard respektive „welfare-Standard" bei kurzfristiger Betrachtungsweise (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.) als Begriff für ein normatives Kriterium verwendet, nach welchem wettbewerbliches Verhalten anhand seiner Auswirkungen auf die Rente respektive surplus in einem Partialmarkt beurteilt wird.[212] Bei langfristiger Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.) kann daran sinnvollerweise regelmässig nicht festgehalten werden, zumal aufgrund von Produktinnovationen neue Märkte entstehen und Prozessinnovationen[213] auf anderen Märkten angewandt werden können. Es wäre mithin angezeigt, die Wohlfahrtseffekte auf jenen Märkten mit zu berücksichtigen.[214]

---

210 S. 58 f.; vgl. *Werden*, Consumer Welfare and Competition Policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), 11 ff., 13, mit Hinw. auf die konstante Kapitalallokation als weitere Limitation des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes; *Schwalbe*, ZWeR 2010, 454 ff., 463.

211 Zu potenziellen Zielkonflikten s. 60; weiter *Perrot*, Appropriation of the legal system by economic concepts: should conflicting goals be considered?, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), 126 ff., 127; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 39 f.

212 Vgl. 39 f.; *Möller*, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, 48 f., m.w.Verw., 52, unterscheidet zwischen total surplus resp. welfare und consumer surplus resp. welfare als Beurteilungsstandards und erkennt als entscheidenden Unterschied, dass im Rahmen der „welfare-Standards" „nicht nur Wohlfahrtsveränderungen in dem betroffenen Markt (Partialanalyse) in den Blick genommen werden, sondern auch die Auswirkungen in anderen Märkten, sodass gegebenenfalls marktübergreifende Wohlfahrts-‚tradeoffs' erforderlich werden". Diese begriffliche Unterscheidung wird aber wohl mehrheitlich nicht vorgenommen (ebenso *Möller*, *ibid*., 49, 54; *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, 24, 28; für eine Verwendung des Begriffs „surplus-Standards" s. bspw. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 943 ff.).

213 Zu den Begriffen s. 57 f.

214 Zur bedingten Operationalisierbarkeit s. 83 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zur Frage, welcher Wohlfahrtsstandard Anwendung finden soll, bestehen divergierende wettbewerbs- bzw. sozialpolitische Ansichten. Ökonomen bevorzugen mehrheitlich die Gesamtwohlfahrt. In der wettbewerbsrechtlichen Diskussion wird indes regelmässig auf einen *consumer welfare*-Standard Bezug genommen.[215] Die Verankerung des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes in Primärrecht und Rechtsprechung wird nachfolgend sowohl betreffend die Orientierung an einem Gesamtwohlfahrtsstandard als auch einem *consumer welfare*-Standard untersucht[216], womit sich folgendes Prüfraster ergibt:

Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S. mittels Gesamtwohlfahrtsstandard	Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S. mittels *consumer welfare*-Standard
Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S. mittels Gesamtwohlfahrtsstandard	Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S. mittels *consumer welfare*-Standard

aa) Gesamtwohlfahrtsstandard

(1) Begriffsklärung

Es ist in der ökonomischen Literatur breit konsentiert,[217] dass die Gesamtwohlfahrt[218] massgeblicher Standard zur Beurteilung wettbewerblichen Verhaltens im Rahmen des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes ist. Die Gesamtwohlfahrt als umfassendes Kriterium erfasst sämtliche Wohlfahrtswirkungen. Der Standard beschäftigt sich nicht mit Verteilungseffekten innerhalb der Gesamtwohlfahrt (zwischen der Produzenten- und Konsumenten-

215 Zu weiteren Wohlfahrtsstandards s. *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, 28 ff.; zur Abgrenzung des wettbewerbsrechtlichen vom konsumentenschutzrechtlichen consumer welfare-Standard s. *Cseres*, 3 Comp. L. Rev. 121 (2007), 129 ff.

216 Die Einbeziehung des *consumer welfare*-Standards ist eine Relativierung der beabsichtigten Gegenüberstellung zweier idealtypischen Positionen (vgl. 62), indes seiner tatsächlichen Bedeutung geschuldet.

217 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 22; *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 7 ff.; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 11; vgl. *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, 193 ff., jew. m.w.Verw.

218 S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wohlfahrt). „This is not because economists think it is an irrelevant issue, but rather because it is a different issue".[219]

Sowohl bei kurzfristiger Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S) als auch bei langfristiger Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.) lässt sich der Gesamtwohlfahrtsstandard indes kaum schlüssig vertreten, wenn auch im Rahmen von Art. 102 AEUV eine Effizienzeinrede in enger Anlehnung an Art. 101 Abs. 3 AEUV zugelassen wird, zumal dessen Anwendung eine „[angemessene] Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn" nicht zu gewährleisten vermag.[220]

(2) Kurzfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.)

Ein wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S., welcher wettbewerbliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens anhand dessen unmittelbaren Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt beurteilt, wird soweit ersichtlich in der europäischen Literatur nicht protegiert. Der *EuGH* hat sich soweit ersichtlich mit gegenständlichem Ansatz bisher nicht ausdrücklich befasst. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dessen Anwendung nicht gebilligt würde, zumal der *EuGH* in seiner Rechtsprechung nicht auf den Nachweis einer konkreten Schädigung, sondern vielmehr auf die Beschränkung des Wettbewerbs abstellt.[221]

(3) Langfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.)

Nazzini begründet die *Förderung der langfristigen Gesamtwohlfahrt mittels Produktivitätssteigerung* als ein primärrechtliches Schutzziel im Rahmen von Art. 102 AEUV anhand des Binnenmarktschutzes und dessen Implikationen: Art. 102 AEUV verbietet die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung und erklärt diese als mit dem Binnenmarkt unvereinbar. Gemäss Art. 3 Abs. 3 S. 1 EUV errichtet die Europäische Union einen Binnenmarkt. Der europäische Binnenmarkt umfasst ein

219 *Motta*, *ibid.*, 18; weiterf. s. sogleich 73 ff. zur Herleitung des *consumer welfare*-Standards.

220 *Heinemann*, GRUR 2008, 949, 954; unklar *Hertfelder*, *ibid.*, 54, 64, 72; zur Effizienzrechtfertigung s. 142.

221 S. 64 f. u. sogleich 77, m.w.Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.[222] Gemäss dem *EuGH* gehört Art. 102 AEUV zu den Wettbewerbsregeln im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV, die für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind.[223] Mithin bezweckt Art. 102 AEUV, den Binnenmarkt vor Verfälschungen des Wettbewerbs durch die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen.[224] Das unmittelbare Ziel von Art. 102 AEUV ist es, die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts zu gewährleisten; folglich müssen auch die mittelbaren Schutzziele von Art. 102 AEUV[225] mit jenen des Binnenmarkts übereinstimmen.[226] Das europäische Primärrecht äussert sich jedoch nicht ausdrücklich zu den Schutzzielen des Binnenmarkts. In Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV ist immerhin statuiert, dass die Europäische Union auf „die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität“ hinwirkt. Sie fördert weiter „den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt“ (Art. 3 Abs. 3 S. 3 EUV). Art. 3 Abs. 3 EUV definiert damit allem Anschein nach die Schutzziele des Binnenmarkts und darüber hinaus weitere Unionsziele. Der Norm sind die – in erster Linie ökonomischen – Elemente zu entnehmen, um das vorrangige Schutzziel des Binnenmarkts zu eruieren. *Nazzini* führt begründet[227] aus, vorrangiges

---

222 S. Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb (ehem. Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV); vgl. die weiteren Hinw. in Fn. 185.

223 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 21 – *TeliaSonera.*

224 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 1 u. N 3 zu Art. 102 AEUV; *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 10 f. zu B. Allgemeine Grundsätze - Vorbemerkungen zu den Art. 101-109 AEUV; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 9 zu Art. 102 AEUV; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 113.

225 Wie im Übrigen auch die Schutzziele von Art. 101 AEUV, s. *EuGH*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Tz. 25 – *Continental Can:* „Jedenfalls können die Artikel 85 und 86 [Art. 101 f. AEUV] nicht in miteinander widersprechendem Sinne ausgelegt werden, da sie der Verwirklichung desselben Zieles dienen“.

226 Vgl. *Nazzini*, *ibid.*, 114.

227 *Nazzini* belegt besagtes Schutzziel mittels Verw. auf die Unionsziele gemäss Art. 2 f. EUV (*ibid.*, 119-121) sowie eine historische Analyse unter Berücksichtigung des EKGS-Vertrages, des Spaak Reports sowie der *travaux préparatoires* von Art. 86 EWGV [Art. 102 AEUV] unter besonderer Würdigung der Einbringen der deutschen Delegation (*ibid.*, 121-133).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzziel des Binnenmarktes und damit mittelbares Schutzziel von Art. 102 AEUV sei die *Förderung der langfristigen Gesamtwohlfahrt mittels Produktivitätssteigerung*. Gemäss dem *EuGH* trägt Art. 102 AEUV denn zum „wirtschaftlichen Wohl in der Gemeinschaft" bei, indem er verhindern soll, „dass der Wettbewerb entgegen dem öffentlichen Interesse und zum Schaden der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher verfälscht wird".[228] Unter „öffentliches Interesse" sei hier das Schutzziel des Binnenmarktes zu verstehen.[229] Neben der Steigerung (gesamtgesellschaftlicher) produktiver Effizienz[230] betone Art. 3 Abs. 3 S. 3 AEUV insbesondere die Bedeutung der dynamischen Effizienz[231].[232] Ein Anklang an die dynamische Effizienz finde sich auch in Art. 102 S. 2 lit. b AEUV, indem eine Einschränkung der „technischen Entwicklung" als mögliches missbräuchliches Verhalten aufgeführt wird.[233] Diese Interpretation sei im Übrigen konsistent mit dem sozialen Charakter der Marktwirtschaft im Sinne von Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV. Jedoch würden die Verträge keine Hinweise darauf enthalten, dass dies mit einer Vermögensumverteilung von Produzenten auf Konsumenten einhergehen soll.[234]

bb) consumer welfare-Standard

(1) Begriffsklärung

Ob anstelle des Gesamtwohlfahrtsstandards nicht eine *consumer welfare* als Standard vorzuziehen ist, gibt Anlass zu anhaltenden Diskussionen.[235] Divergierend sind weiter die Ansichten darüber, was unter *consumer wel-*

228 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 21 – *TeliaSonera; EuGH*, Urt. v. 22.10.2002, C-94/00, Tz. 42 – *Roquette Frères.*

229 *Nazzini*, *ibid.*, 116 ff.

230 S. 54 f.

231 S. 57 ff.

232 *Nazzini*, *ibid.*, 116 ff.; *a.M. Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 64: „[D]ie dynamische Effizienz [erscheint] als Zielbestimmung der Missbrauchsaufsicht weniger überzeugend. Es liegt vielmehr nahe, dass sich Missbrauchsbehörden an einer statischen allokativen Effizienz orientieren"; s.a. *ibid*., 66.

233 *Nazzini*, *ibid.*, 111.

234 *Nazzini*, *ibid.*, 117 f., m.w.Hinw.; zur Frage der Umverteilung s. sogleich 74 f.

235 S. nur *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, 193 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fare zu verstehen ist.[236] Der Begriff *consumer welfare* wurde in der Rechtsökonomie von *Robert Bork* eingeführt; jener verstand darunter „merely another term for the wealth of the nation" und mithin eine Umschreibung der Gesamtwohlfahrt.[237] *Consumer welfare* im Sinne von *Bork* ist insofern nicht die Maximierung der Konsumentenrente (consumer surplus)[238].[239] Der Begriff findet jedoch (unterdessen) regelmässig genau diese Verwendung.[240]

Einen *consumer welfare*-Standard (im soeben beschriebenen Sinne der Maximierung der Konsumentenrente) anzuwenden, ist in erster Linie eine Entscheidung darüber, distributive Effekte von Wettbewerbshandlungen im Rahmen des Wettbewerbsrechts *in einer Form* zu berücksichtigen.[241]

---

236 Zur Einordnung des in der U.S.-Lehre propagierten, anders gelagerten Ansatzes der *consumer choice* s. *Behrens*, WuW 2011, 807 ff.; *ders.*, Eu.-K. DP 1/14, 2014.

237 Weiterf. *Werden*, Consumer Welfare and Competition Policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), 11 ff., 13 f. mit Verw. auf *Ginsburg*, 31 Harv. JL & Pub. Pol'y 449 (2008) u.w.Verw.; *Bork*, The Antitrust Paradox, 90; ähnlich *Cseres*, 3 Comp. L. Rev. 121 (2007), 124, Fn. 5, welche *Borks* Begriffsdefinition als „misconception" bezeichnet; anders anscheinend *Behrens*, Diskussionsbeitrag, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 101 ff., 109, gemäss welchem die „Chicago School" *consumer welfare* danach bemesse, inwieweit Wettbewerbspraktiken als kostenreduzierend zu qualifizieren seien, womit eigentlich produktive Effizienz gemeint sei.

238 S. 39 f.

239 Vgl. *Werden*, Consumer Welfare and Competition Policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), 11, 14, gemäss welchem der „Sündenfall" in der juristischen Literatur zu verorten sei, mit exemplarischem Verw. auf *Campbell*, 53 Tex. L. Rev. 251 (1984), 258, Fn. 49: "Economic surplus [Volkswirtschaftliche Rente als Mass für die Gesamtwohlfahrt, s. 39 i.f.] is sometimes broken down into two components: 'consumer surplus' (or 'consumer welfare') [*voilà!*] and 'producer surplus'"; vgl. *Brodley*, 62 N.Y.U. L. Rev. 1020 (1987), 1032: „The term consumer welfare is the most abused term in modern antitrust analysis"; weiterf. *Fox*, 90 B.U. L. Rev. 1375 (2010), 1377; *Heyer*, 57 J. Law Econ. 19 (2014).

240 S. *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 19; *Christiansen*, Der „More Economic Approach" in der EU-Fusionskontrolle, 336; *Cseres*, 3 Comp. L. Rev. 121 (2007), 124; diese Verwendung ist ohne Weiteres terminologisch konsistent(er); vgl. hingegen die weite Auslegung des Begriffs durch den U.S. Supreme Court in 549 U.S. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co*. (2007), wonach „consumer welfare" das langfristige Wohl aller Marktteilnehmer umfasse, hierzu *Riesenkampff*, Vom Wettbewerbsschutz zum Verbraucherschutz?, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 489 ff., 498.

241 S. nur *Christiansen*, Der „More Economic Approach" in der EU-Fusionskontrolle, 334 ff., m.w.Hinw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dagegen wird eingewendet, das Wettbewerbsrecht eigne sich nicht, Einkommen zweckmässig umzuverteilen; hierfür sei das Steuer- und „Sozial"-Recht zuständig.[242] Es gibt im Übrigen auch aus ökonomischer Perspektive Gründe, die für einen *consumer welfare*-Standard gegenüber einem Gesamtwohlfahrtsstandard im Wettbewerbsrecht sprechen.[243] Pragmatische Überlegungen sprechen dafür.[244] Die „politische" Dimension der Entscheidung darf nicht unterschätzt werden.[245] Relativiert wird die Bedeutung dieser Entscheidung für einen *consumer welfare*-Standard anstatt des Gesamtwohlfahrtsstandards im Rahmen des hier interessierenden Missbrauchsverbots indes durch deren regelmässig geringen praktische Auswirkungen.[246]

Wird ein *consumer welfare*-Standard verwendet, ist danach zu fragen, wer unter *consumer* verstanden wird. In der Industrieökonomik bedeutet „consumer" in Anwendung der Terminologie des mikroökonomischen Grundmodells die Summe der Nachfrager (Konsumenten), die Güter von den Anbietern (Produzenten) beziehen;[247] sie sind insofern Kunden (customers). Nun sind diese Kunden auf vielen Märkten aber Zwischenhändler, (weiterverarbeitende) Fabrikanten, Vertreiber und Einzelhänd-

---

242 *Farrell/Katz*, 2 CPI 3 (2006), 10 ff.; s. auch *Bork*, The Antitrust Paradox, 90: „Antitrust thus has a built in preference for material prosperity, but it has nothing to say about the way prosperity is distributed or used".

243 Vgl. die Darst. bei *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 20 f.; *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 944; verneinend *Möschel*, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der „More Economic Approach", in: Ramser/Stadler (Hrsg.), 165 ff., 167: „Verbraucherwohlfahrt als Schutzgut lässt sich aus ökonomischer Perspektive nicht sinnvoll begründen. Dann müsste man schon einem total welfare-Konzept folgen. [...]".

244 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 12 f.

245 *Cseres*, 3 Comp. L. Rev. 121 (2007), 127 f.: „[E]nforcers of competition rules are increasingly concerned about political support for their work"; darüber hinaus hätten „Konsumenten" „a weaker position in the process of bargaining, lobbying and litigation" und die Anwendung eines *consumer welfare*-Standards könne als eine Art „'rebalancing' measure" betrachtet werden; kritisch *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 44 f.

246 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 19 f.; *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 941, 943 f., m.w.Hinw.: Eine Steigerung der Produzentenwohlfahrt führt regelmässig auch zu einer Steigerung der Gesamtwohlfahrt, vgl. 39 f.

247 S. 38.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ler.[248] Regelmässig sind consumers also nicht (nur) Endverbraucher, sondern Verbraucher auf allen Handelsstufen.[249]

Für die nachfolgende Betrachtung kann insofern festgehalten werden, dass unter dem *consumer welfare*-Standard ein Beurteilungsmassstab zu verstehen ist, im Rahmen dessen wettbewerbliches Verhalten anhand seiner Auswirkungen auf Verbraucher beurteilt wird. Wenn gewisse Verbrauchergruppen (beispielsweise Endverbraucher) aus „politischen" Erwägungen überproportional berücksichtigt werden, verfolgt der Verbraucherstandard allerdings nicht die Maximierung der Konsumentenrente im Sinne des mikroökonomischen Grundmodells, sondern weitergehende respektive abweichende distributive Absichten. Auch jene „Privilegierung" erfordert einer Legitimation.[250]

(2) Kurzfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.)

Wird der *consumer welfare*-Standard im Sinne einer kurzfristigen Betrachtungsweise zur Anwendung gebracht, ist die Wettbewerbshandlung eines marktbeherrschenden Unternehmens (ausschliesslich) danach zu beurteilen, welchen unmittelbaren Einfluss jene auf die Verbraucherrente hat.[251] Als primärrechtliche Grundlage für eine solche Beurteilung im Rahmen

248 *Werden*, Consumer Welfare and Competition Policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), 11, 14; die Konsumenten des einen Marktes sind die Produzenten des anderen.

249 *Drexl, ibid.*, 944; vgl. die Umschreibung des Verbraucherbegriffs der europäischen *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19, Fn. 2: „Der Begriff ‚Verbraucher' bezieht sich auf alle direkten und indirekten Benutzer des Produkts, das Gegenstand des fraglichen Verhaltens ist, d. h. auch zwischengeschaltete Hersteller, die das Produkt als Input benötigen, sowie Vertriebsunternehmen und Endverbraucher sowohl des unmittelbaren Produkts als auch der Produkte von zwischengeschalteten Herstellern [...]".

250 Nur angedacht sei an dieser Stelle, dass es infolge des begründeten Schutzziels eines unverfälschten oder wirksamen Wettbewerbs (s. 63 ff. u. 82 ff.) ebenfalls *ad hoc* zu einer reflexartigen Privilegierung von bestimmten Interessengruppen (auch Produzenten) kommen kann.

251 *Bishop/Walker*, The Economics of EC Competition Law, Rz. 6-006; *EAGCP*, Report: An economic approach to Article 82, 3; *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel/Möschel (Hrsg.), 231 ff., 264 ff.; vgl. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 926 f., 946.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

des Missbrauchsverbots wird auf Art. 102 S. 2 lit. b AEUV verwiesen, welcher den „Schaden der Verbraucher" als Tatbestandsmerkmal anführt.[252] Dagegen wird richtigerweise vorgebracht, die Vorschrift stelle *eindeutig keine* abschliessende Regelung des Tatbestands des Behinderungsmissbrauchs dar, sondern betreffe im Kern die Beschränkung der eigenen Produktion des marktbeherrschenden Unternehmens und (nur) in diesem besonderen Zusammenhang sei eine – tatsächliche oder mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintretende – Verbraucherschädigung ein sinnvolles und notwendiges Kriterium, das eine differenzierte Anwendung des Missbrauchsverbots auf Produktionseinschränkungen beherrschender Unternehmen ermögliche.[253] Der *EuGH* hält denn auch in ständiger Rechtsprechung daran fest, dass „Art. 82 EG [Art. 102 AEUV] nicht nur Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch solche, die sie durch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs schädigen".[254] Der Nachweis eines konkreten Verbraucherschadens ist (auch gerade im Rahmen von Art. 102 S. 2 lit. b AEUV) nicht erforderlich.[255] Damit bietet weder das europäische Primärrecht Raum noch der *EuGH* Hand für die Anwendung eines *consumer welfare*-Standards, welcher wettbewerbliches Verhalten im Rahmen von Art. 102 AEUV ausschliesslich nach seinem unmittelbaren Einfluss auf die Verbraucherrente beurteilt.

252 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 239 ff., 272 ff.; betr. Art. 169 AEUV s. sogleich 78.

253 *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 437 ff., 456, Fn. 93); vgl. *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, 112; *Drexl*, *ibid*., 905 ff., 926, 942.

254 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 20 – *Post Danmark*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Tz. 24 – *TeliaSonera*, m.w.Verw.; vgl. schon *EuGH*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Tz. 26 – *Continental Can* sowie die weitere, in Fn. 190 zit. Rspr.

255 *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 103-108 – *British Airways*; die Rspr. des *EuG* zu Art. 81 Abs. 1 EGV (Art. 101 Abs. 1 AEUV) in Urt. v. 27.9.2006, Rs. T-168/01, Tz. 118 – *GlaxoSmithKline* (kassiert in *EuGH*, Urt. v. 6.10.2009, verb. Rs. C-501/06, C-513/06, C-515/06 und C-519/06, Tz. 63 – *GlaxoSmithKline*) verdient mithin auch im Rahmen des Missbrauchsverbots keine Unterstützung.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Langfristige Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.)

Dass einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.e.S. unter Anwendung eines *consumer welfare*-Standards eine klare Absage erteilt wird, bedeutet nun aber nicht unbedingt, dass Verbraucherinteressen im Rahmen des Missbrauchsverbots unberücksichtigt bleiben müssen. *Akman* kommt in ihrer Untersuchung zum Schluss, dass Art. 101 Abs. 3 AEUV Verbraucherinteressen schützt, verweist aber auf die Unzulässigkeit einer unbedachten „Transportation" dieses Schutzziels auf Art. 102 AEUV.[256] Die Verbraucherinteressen finden im Übrigen Erwähnung in Art. 169 AEUV.[257] Schliesslich begründen diese Bestimmungen auch in der langfristigen Betrachtung keine Vorrangstellung der Verbraucherwohlfahrt als Schutzziel des europäischen Wettbewerbsrechts; ein „Exklusivitätsanspruch" lässt sich umso weniger begründen.[258] Es ist denn bereits darauf hingewiesen worden,[259] dass Art. 102 AEUV auch nach der Rechtsprechung des *EuGH* „verhindern [soll], dass der Wettbewerb entgegen dem öffentlichen Interesse und zum Schaden der einzelnen Unternehmen und der Verbraucher verfälscht wird, und [...] damit zum wirtschaftlichen Wohl in der Gemeinschaft beitragen [soll]"[260] und mithin „nicht nur Verhaltensweisen erfasst, durch die den Verbrauchern ein [...] Schaden erwachsen kann"[261].

---

256 *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 126 ff., 143 f.; weiterf. zur Effizienzrechtfertigung s. 142 ff.

257 Ferner wird den Erfordernissen des Verbraucherschutzes gemäss Art. 12 AEUV bei der Festlegung und Durchführung anderer Unionspolitiken und -massnahmen Rechnung getragen, wobei sich diese Querschnittsklausel primär an rechtsetzende Organe richtet, weiterf. *Pfeiffer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), N 3 f. zu Art. 12 AEUV.

258 S. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 942 f.; ähnlich *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 143.

259 S. 71 ff. u. 77.

260 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 21 – *TeliaSonera; EuGH*, Urt. v. 22.10.2002, C-94/00, Tz. 42 – *Roquette Frères.*

261 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 20 – *Post Danmark*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Tz. 24 – *TeliaSonera*, m.w.Verw.; entsprechend *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 257.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Schweiz

Das schweizerische Kartellgesetz (KG)[262] bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG; Zweckartikel).[263] Das KG bediene sich eines „realitätsbezogenen Wettbewerbsbegriffs", der sich nicht idealbildlich oder mithilfe eines „integralen wettbewerbspolitischen Modells" fassen lasse.[264] Es stützt sich unter anderem auf Art. 27 Abs. 1 und 96 BV[265] (Ingress KG) und verfolgt das Leitbild des wirksamen Wettbewerbs.[266] Wettbewerb wird gefördert, um seine Wirksamkeit zu erhalten; wirksam ist Wettbewerb, wenn im konkreten Fall seine zentralen Funktionen (Allokation, Anpassung und Innovation) gewährleistet sind.[267]

Die anhaltend lebendige Diskussion über die (weiteren) Schutzziele des Wettbewerbsrechts im Allgemeinen und des Missbrauchsverbots im Besonderen findet ihre Rezeption auch in der Schweiz.[268] Sie wird indes mit einem besonderen Augenmerk darauf geführt, ob das Kartellgesetz nur Institutionenschutz oder auch Individualschutz der einzelnen Marktteilneh-

---

262 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1.12.2014), SR 251.

263 Weiterf. s. nur *Tercier/Martenet*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 28 ff. zu Introduction générale.

264 *Baldi*, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, 3 ff., 5.

265 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 1.1.2016), SR 101: Die schweizerische Bundesverfassung bekennt sich zu einer marktwirtschaftlichen, freiheitlichen, wettbewerbsorientierten und gleichzeitig sozialverträglichen Ordnung s. nur *von Büren/Marbach/Ducrey*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rz. 1235.

266 Grundsätzlich breit konsentiert s. nur *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 27 ff. zu Art. 1, m.w.Verw.; BGE 139 II 328 E. 3.5; zur Auslegung s. *Hettich*, Wirksamer Wettbewerb, Theoretische Konzeption und Praxis, 31 ff.

267 *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 1 zu Vor Art. 1 ff. u. N 18 zu Art. 1 mit Verw. auf Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., (wohl) 512 f.

268 Für eine anschauliche Darstellung s. nur *Martenet/Tercier*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 9 ff. zu Art. 1 LCart; ferner *Tschudin*, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 85 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mer zu gewährleisten habe.[269] Die Frage ist insofern von Belang, als eine Verneinung der individualschutzrechtlichen Komponente wohl eine zumindest vermehrte Berücksichtigung von Effizienzerwägungen ermöglichen würde. So kommen etwa *Amstutz* und *Reinert* unter ausschliesslicher Berufung auf Art. 96 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 2 BV „zwanglos" zum Schluss, dass „der Zweck des Kartellgesetzes allein in der Maximierung der sozialen Wohlfahrt" bestehe. Die weiteren Ausführungen lassen erkennen, dass sich die Autoren offenbar für einen wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.w.S. unter Berücksichtigung der Gesamtwohlfahrt als Beurteilungsstandard[270] aussprechen, bei welchem der dynamischen Effizienz besondere Bedeutung zuzumessen ist.[271]

Es wird *m.E.* aber mit guten Gründen auch auf eine individualschutzrechtliche Komponente verwiesen. Zuletzt gab ein Vorschlag des Bundesrats Gelegenheit, wiederum über den Stellenwert des Individualschutzes

---

269 Vgl. die ausführliche Darstellung der Lehrmeinungen bei *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 35 zu Art. 1; vgl. zum europäischen Recht: 66.

270 S. 70 ff.

271 *Amstutz/Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), 69 ff., 74 ff.; ebenso für die Berücksichtigung von Effizienzauswirkungen, im Einzelnen aber unklar: *Groner*, recht 2002, 63 ff., 65 f.; in der Botschaft zur gescheiterten jüngsten Revision des Kartellgesetzes führte der Bundesrat aus: „Das schweizerische Kartellgesetz ist nicht auf einen Konsumentenwohlfahrtsstandard verpflichtet, sondern auf die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt" (Botschaft, 2012, 3905, 3942, Ziff. 2.1.3.1); tatsächlich fordert etwa Art. 5 Abs. 1 f. KG denn auch für die erfolgreiche Geltendmachung einer Rechtfertigung „durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz" – ungleich Art. 101 Abs. 3 AEUV – keine ausdrückliche „angemessene[...] Beteiligung der Verbraucher", was bei einer engen Anlehnung des Rechtfertigungsschrittes von Art. 7 KG einen Gesamtwohlfahrtsstandard bereits *a priori* als schutzzielinkonform hätte erscheinen lassen (jener würde nämlich Effizienzgewinne auch ohne Beteiligung der Konsumenten ausreichen lassen; vgl. schon 70 f.); nach hier vertretener Auffassung reichen indes auch im schweizerischen Kartellrecht rein subjektive Vorteile im Sinne einer gesteigerten Produzentenrente (bei gleichbleibender oder verhältnismässig geringfügiger verringerter Konsumentenrente) für eine erfolgreiche Rechtfertigung nicht aus (s.a. *Krauskopf/Schaller*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 275 zu Art. 5, m.w.Hinw.; vgl. Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 557); im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle sprach sich der Bundesrat im Übrigen für einen „dynamischen Konsumentenwohlfahrtsstandard" aus (Botschaft, 2012, 3905, 3946, Ziff. 2.1.3.2); vgl. die prononcierte Kritik bei *Zäch*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zweck des Kartellgesetzes, Konsequenzen für die Gesetzgebung und die Rechtsanwendung, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 45 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Kartellrecht nachzudenken: Art. 27 BV sollte aus dem Ingress des KG gestrichen werden, weil die Norm keine Rechtsetzungskompetenz des Bundes begründe.[272] Dies ist an sich richtig; was indes nicht unberücksichtigt bleiben sollte, ist die inhaltliche Bedeutung dieser Statuierung durch den Gesetzgeber.[273] Nach wohl richtiger Ansicht ist Art. 96 Abs. 1 BV als Konkretisierung der in Art. 27 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 3 BV an den Staat gerichteten Verpflichtungen zu verstehen, auch die individuelle Wirtschaftsfreiheit zu gewährleisten; der Schutz wirksamen Wettbewerbs ist demnach zugleich (institutionalisierter) Individualschutz.[274] Das *BGer* hat in einem Urteil zu Art. 5 KG entsprechend festgehalten, dass „[das Kartellgesetz] nebst der Persönlichkeit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer (Individualschutz) aber auch den Wettbewerb als solchen schützen will (Institutionsschutz)".[275] Betreffend das Missbrauchsverbot kann nichts anderes gelten, umso mehr, als Art. 7 Abs. 1 KG zur Umschreibung missbräuchlichen Verhaltens ausdrücklich auf die Behinderung „[anderer] Unternehmen" oder die Benachteiligung der „Marktgegenseite" verweist, was nun auch vom *BGer* bestätigt worden ist.[276]

---

272 Botschaft, 2012, 3905, 3940, Ziff. 2.1.2.

273 Ebenso *Hangartner*, AJP 2012, 439 ff., 440 f.; *Martenet/Tercier*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 117 f. zu Introduction LCart, m.w.Hinw.; relativierend *Amstutz/Reinert*, Vertikale Preis- und Gebietsabreden - eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), 69, 78.

274 *Hangartner*, AJP 2012, 439 ff., 440 f.; *Hangartner*, sic! 2005, 609 ff., 612 f.; *Zäch/Künzler*, Individualschutz und Institutionenschutz als Aufgaben des Kartellrechts, in: Zäch/Breining-Kaufmann/Breitschmid/Portmann/Thier/Ernst/Oberhammer (Hrsg.), 291 ff.; *Weber*, Methodenlehre und Kartellrecht, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 1 ff., 21 f.; *a.M. Sievers*, Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, 13, mit Verw. auf die (zwischenzeitlich) gescheiterte Kartellrechtsrevision 2012; zu weit würde es jedenfalls gehen, aus den genannten Bestimmungen ein subjektiv einklagbares Recht abzuleiten, vgl. zum europäischen Recht: 67.

275 BGE 129 II 18 E. 5.2.1.

276 BGE 139 I 72 E. 10.1.2; entsprechend *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 388 – *Swisscom ADSL II*; vgl. schon BGE 130 II 149 E. 2.4.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

D. Synthese

Es stellt sich nunmehr die Frage nach dem Verhältnis zwischen den begründeten Schutzzielen. Die vorhergehenden Ausführungen zum europäischen und schweizerischen Missbrauchsverbot haben gezeigt, dass sich der systemtheoretische Ansatz auf eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Grundlage sowie Bestätigung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung abstützen kann. Insbesondere in der neueren Lehre wird hingegen sowohl in Bezug auf die europäische Union als auch die Schweiz überzeugend einer verfassungsrechtlichen Legitimation des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes i.w.S. das Wort geredet und auch in der Rechtsprechung sind entsprechende Anhaltspunkte ersichtlich.

Es ist in einem ersten Schritt festzuhalten, dass der Schutz eines unverfälschten oder wirksamen Wettbewerbs – sowohl als eigentliche Institution als auch im Sinne eines institutionalisierten Individualschutzes, welcher sich auf die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung individueller Handlungs- respektive Wettbewerbsfreiheit stützt – mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz bei abstrakter Betrachtung *nicht zielidentisch* ist.[277] Eine Orientierung am Kaldor-Hicks-Kriterium[278] gewährleistet eine Steigerung der (statischen) „Netto-Wohlfahrt", ist jedoch kein geeignetes Instrument, um die Auswirkungen auf den Wettbewerb als Institution wie auch auf die individualschutzrechtliche Komponente zu beurteilen.[279] Dies gilt zum einen ungeachtet dessen, ob ein wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S. oder ein Ansatz i.w.S. angewandt wird, und zum anderen ungeachtet dessen, ob ein Gesamtwohlfahrtsstandard oder ein *consumer welfare*-Standard Beurteilungskriterium ist: Das Kaldor-Hicks-Kri-

277 Dies muss im Übrigen nicht unbedingt im Widerspruch zur „Harmoniethese" Hoppmanns (s. Fn. 182) stehen, zumal dasselbe eigentliche Ziel grundsätzlich mit verschiedenen Mitteln erreicht werden kann; *Budzinski*, Marb. Vwl. Beitr. 13/2007, 17 ff., m.w.Verw.; vgl. *Lovdahl Gormsen*, 2 Comp L. Rev. 5 (2006), 15.

278 S. 50.

279 Ebenso *Möschel*, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: Engel/Möschel (Hrsg.), 359 ff., 362; s. auch *Thomas*, JZ 2011, 485 ff., 488: „Die Wohlfahrtssteigerung der Mehrheit wird damit zur Rechtfertigung der Einschränkung von Freiheit einer Minderheit", mit Verw. auf *Mestmäcker*, Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (Hrsg.), 19 ff., 35.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terium findet in beiden Ansätzen Anwendung, und die Wahl des Beurteilungsstandards ändert daran nichts.

Die begründeten Schutzziele des system- und wohlfahrtstheoretischen Ansatzes sind weiter danach zu untersuchen, ob sie gewissermassen in einer „Stufenfolge" zu einander stehen: Es stellt sich konkret die Frage, ob der Wettbewerbsschutz als „intermediate goal" zu qualifizieren ist, während einer langfristigen Wohlfahrt die Rolle des „final goal" oder „ultimate goal"[280] zustehen soll. Hierfür sprechen gute Gründe:[281] Der Aufgabenkatalog von Art. 3 Abs. 3 EUV lässt auslegungsweise auf eine Förderung der langfristigen Gesamtwohlfahrt mittels Produktivitätssteigerung schliessen;[282] Art. 2 Abs. 2 Teilsatz 1 BV zählt die Förderung der gemeinsamen Wohlfahrt zu den Zwecken der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Ob die Anerkennung einer derartigen Stufenfolge der langfristigen Wohlfahrt als „Endzweck" dazu führen muss, dass ausschliesslich das „intermediate goal" Wettbewerb als „direkter Zweck" verfolgt werden darf – und wohlfahrtsökonomische Überlegungen im Rahmen der Kartellrechtsanwendung schlichtweg unbeachtlich sind –, ist indes eine andere Frage.[283] Es konnte immerhin auch nachgewiesen werden, dass der wohlfahrtstheoretische Ansatz i.w.S. eine gewisse Stütze in Art. 102 AEUV respektive Art. 7 KG sowie Art. 96 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 2 BV und mithin nicht nur in den allgemeinen primärrechtlichen Zweck- respektive Zielbestimmungen findet.

Was einer (vermehrten) Berücksichtigung des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes i.w.S. als Beurteilungsstandard im Behinderungsmissbrauchsverbot zuweilen entgegenstehen sollte, ist seine eingeschränkte technische

---

280 Vgl. die Terminologie bei *Zimmer,* Competition law de lege ferenda*,* in: *Zäch/Heinemann/Kellerhals* (Hrsg.), 319 ff., 322, resp. bei *Posner*, Antitrust Law, 29.

281 Entsprechend *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 273 f.; anders offenbar *Basedow*, WuW 2007, 712 ff., 714: „Das Ziel [der Schaffung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs] wird nicht durch ein übergeordnetes Ziel der Konsumentenwohlfahrt oder der Gesamtwohlfahrt relativiert"; *ders*., *ibid.*, 715: „Konsumentenwohlfahrt kann [...] nur ein Leitgedanke neben anderen, vor allem der Wettbewerbsfreiheit, bei der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts sein".

282 S. 71 ff.

283 I.d.S. zumindest für das schweizerische Recht anscheinend *Zäch*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zweck des Kartellgesetzes, Konsequenzen für die Gesetzgebung und die Rechtsanwendung, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 45 ff., 49 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Operationalität. Diese ergibt sich insbesondere aus der ungenügenden Mess- und Vorhersehbarkeit dynamischer Markteffekte, wie ausgeführt notwendigerweise gerade auch auf benachbarten und potenziell neu entstehenden Märkten.[284] Jene tatsächlichen Schwierigkeiten dürfen nun keineswegs dazu führen, dass schwergewichtig auf die im mikroökonomischen Grundmodell messbaren Auswirkungen wettbewerblichen Verhaltens auf die statische Effizienz abgestellt wird, zumal eine rein kurzfristige Betrachtungsweise (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.) primärrechtlich als unzulässig erscheint und folgerichtig auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Stütze gefunden hat. Bei einer „korrekten" Umsetzung könnte dem Grundsatz der Rechtssicherheit aber regelmässig nicht entsprochen werden.[285] Aus der Perspektive der Rechtsanwendung ist dem wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.w.S. im Ergebnis bisweilen eine gewisse mangelnde Justiziabilität zu konstatieren.[286]

Indes verfügt der systemtheoretische Ansatz ebenso wenig über ein „mos geometricus" zur Gewährleistung unverfälschten oder wirksamen Wettbewerbs mittels Austarierung individueller Handlungsfreiheiten: „Wo die Grenzen individueller Freiheitsspielräume verlaufen, [...] kann durch den Rekurs auf den formalen Freiheitsgedanken allein nicht geklärt werden"[287]. Wettbewerbsfreiheit als Bewertungskriterium ist unterdefiniert;[288]

---

284 S. 68 f.; ebenso *Budzinski*, Marb. Vwl. Beitr. 13/2007, 13 f., mit Verw. auf ökonometrische und modelltheoretische Analysen im Rahmen der Fusionskontrolle, welche die dynamische Effizienz ausser Acht liessen; weiterf. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 130, 222 ff., m.w.Verw.

285 Weiterf. 110; vgl. *Osterud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, 15; vgl. *EuG*, Urt. v. 10.4.2008; Rs. T-271/03, Tz. 192 – *Deutsche Telekom*.

286 Dezidiert und generell *Zäch*, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes?, in: ders. (Hrsg.), 1 ff., 21 f., m.w.Verw.; so ist denn auch der letztlich pragmatische Ansatz von *Posner* zu verstehen, welcher eigentlich bekannter Verfechter des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes ist: „Efficiency is the ultimate goal of anti-trust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow the courts to look no further" (*Posner*, Antitrust Law, 29); dies hat auch zur Folge, dass zweckmässigerweise an einer Unterscheidung in Hauptfallgruppen missbräuchlicher Verhaltensweisen (weiterf. 97) festgehalten werden sollte; würde der wohlfahrtstheoretische Ansatz i.w.S. den alleinigen Beurteilungsstandard stellen, wäre missbräuchliches Verhalten wohl ausschliesslich „ausbeuterisch" (vgl. nur die Überlegungen bei *Fox*, 70 Antitrust L.J. 371 (2002), 372).

287 *Ackermann*, JZ 2008, 139 f., 140.

288 Vgl. *Säcker*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), N 10 zu Einl.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

alleine bietet sie „keine ausreichende Basis, um konkrete Wettbewerbsregeln zu begründen und Einzelfälle zu entscheiden".[289] Die rechtsanwendenden Behörden müssen insofern quasi notwendigerweise auf ökonomische Erkenntnisse über die Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen zurückgreifen.[290] Darauf wird noch zurück zu kommen sein;[291] allgemein kann jedoch festgehalten werden, dass die Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse im Hinblick auf die Zulässigkeit letztlich nicht grundsätzlich die Ebene der Rezeption, sondern vielmehr der Subsumtion beschlägt. Jedoch kann letzteres ohne ersteres wohl schwerlich gelingen. Insofern findet auch die Forderung nach ökonomischen Beratern für Richter oder gar „Ökonomen als Richter" Unterstützung, wie sie mitunter *Gerber* und *Heinemann* vorbringen.[292]

E. Exkurs: Schutzziele der Wettbewerbsbehörden gemäss ICN UCWG-Report (2007)

a) ICN, UCWG und der Bericht

Das International Competition Network (ICN) ist ein zwischenzeitlich stark gewachsenes informelles Netzwerk von Wettbewerbsbehörden mit Beteiligung von nichtstaatlichen Beratern (non-governmental advisors, NGAs). Das Netzwerk befasst sich ausschliesslich mit Wettbewerbsrecht und ist in Arbeitsgruppen unterteilt.[293] Die Arbeitsgruppe für einseitiges

289 *Christiansen*, Der „More Economic Approach" in der EU-Fusionskontrolle, 327.

290 S. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 954; *Thomas*, JZ 2011, 485 ff., 488 f.; *Buccirossi*, Introduction, in: Buccirossi (Hrsg.), ix ff., ix.

291 S. 162 ff.; die Bezugnahme auf ökonomische Erkenntnisse bedeutet für sich denn noch keineswegs eine prinzipielle Ausrichtung am wohlfahrtstheoretischen Ansatz als normativem Kriterium, vgl. *Gerber*, The Future of Article 82: Dissecting the Conflict, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), 37 ff., 48, welcher auf die „'fact-interpretive' role of economics" als „positive" Wissenschaft verweist.

292 *Gerber*, Courts as Economic Experts in EU Merger Law, in: Hawk (Hrsg.), 475 ff.; *Heinemann*, GRUR 2008, 949 ff., 949; *ders.*, The Setting of Fines - Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher (Hrsg.), 138 ff., 152; *ders.*, 49 CMLR 835 (2012), 837; vgl. auch *Jaeger*, JECL&P 2011, 295 ff., 311 f.

293 Vgl. http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc608.pdf (zuletzt besucht am 1.7.2016); zur Bedeutung des ICN vgl. *Mundt*, Interview, Concurrences 2013, 7 ff., 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wettbewerbsverhalten (Unilateral Conduct Working Group, UCWG) hat zuhanden der 6. Jährlichen Konferenz des ICN 2007 in Moskau einen englischsprachigen[294] Bericht betreffend „Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies“[295] verfasst. Basierend auf den Antworten von 33 Wettbewerbsbehörden[296] und 14 NGAs beschreibt der Bericht unter anderem, welche Schutzziele die Wettbewerbsbehörden im Bereich des einseitigen Wettbewerbsverhaltens verfolgen. Insgesamt wurden zehn verschiedene[297] Schutzziele erfasst.[298] Es folgt ein darstellender Überblick der Erkenntnisse des Berichts zu den Schutzzielen „Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses“, „Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit“ sowie „Förderung der ‚consumer welfare’“.

b) Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses

Sämtliche Wettbewerbsbehörden ausser derjenigen von Pakistan erachten die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses als Schutzziel. 13 Wettbewerbsbehörden bezeichnen jenes als ausschliesslich selbständiges Schutzziel;[299] 15 Wettbewerbsbehörden bezeichnen jenes so-

294 Die Übersetzung der nachfolgend verwendeten Begriffe erfolgte durch den Verf.

295 *UCWG*, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies, 2007.

296 Es handelt sich um: Australien, Brasilien, Bulgarien, Chile, Europäische Union, Frankreich, Deutschland, Ungarn, Holland, Irland, Israel, Italien, Jamaika, Japan, Jersey, Kanada, Korea, Lettland, Mexiko, Neuseeland, Pakistan, Rumänien, Russland, Singapur, Slovakische Republik, Südafrika, Schweden, Schweiz, Tschechische Republik, Türkei, Ukraine, Vereinigtes Königreich sowie Vereinigte Staaten.

297 *Ibid.*, 9: „goals in and of themselves“; zum Verhältnis dieser Schutzziele s. *ibid*., 21 ff.

298 Erkannt wurden: „Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses“, „Förderung der ‚consumer welfare’“, „Effizienzsteigerung“, „Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit“, „Gewährleistung eines ‚level playing field’ für kleinere und mittlere Unternehmen (SMEs)“, „Förderung der Fairness und der Gleichheit“, „Marktintegration“, „Begünstigung der Privatisierung und der Marktliberalisierung“ sowie „Förderung der Wettbewerbsfähigkeit auf internationalen Märkten“.

299 Brasilien, Bulgarien, Chile, Deutschland, Frankreich, Israel, Japan, Mexiko, Russland, Schweiz, Türkei, Tschechische Republik und Ukraine (*ibid.*, 89, Annex A).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wohl als selbständiges Schutzziel als auch als Mittel zur Erreichung eines mittelbaren Ziels;[300] vier Wettbewerbsbehörden bezeichnen jenes ausdrücklich[301] als ausschliessliches Mittel zur Erreichung eines mittelbaren Ziels.[302] Neun Wettbewerbsbehörden bezeichnen die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses als vorrangiges („fundamental or primary") Schutzziel.[303] Sämtliche Wettbewerbsbehörden ausser derjenigen von Chile erkennen neben der Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses weitere Schutzziele.[304]

c) Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit

Dreizehn Wettbewerbsbehörden bezeichnen die Gewährleistung der individualrechtlichen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit als Schutzziel, welches die wettbewerbsrechtliche Rechtsetzung im Allgemeinen und die Rechtsnormen zum einseitigen Wettbewerbsverhalten im Besonderen beeinflusst.[305] Das Schutzziel wird dabei oft aus „broader constitutional principles" hergeleitet. Die teilnehmenden Wettbewerbsbehörden haben neben der Freiheit auf Marktzugang auch auf die Freiheit marktbeherrschender Unternehmen „to conduct their business in the manner they believe is most effective" verwiesen.[306]

300 Europäische Union, Holland, Irland, Italien, Jersey, Korea, Lettland, Neuseeland, Kanada, Rumänien, Schweden, Slowakische Republik, Südafrika, Ungarn und Vereinigte Staaten (*ibid.*, 89, Annex A).

301 Weiterf. *ibid.*, Fn. 12 f.

302 Hierbei handelt es sich um Australien, Jamaica, Singapur und Vereinigtes Königreich (*ibid.*, 8, Fn. 17).

303 Hierbei handelt es sich neben Chile, Japan, Mexiko, Russland, Tschechische Republik, Türkei und Ukraine insbesondere Deutschland und Schweiz (*ibid.*, Fn. 14).

304 *Ibid.*, 89, Annex A.

305 Es handelt sich hierbei um Brasilien, Bulgarien, Frankreich, Israel, Italien, Jersey, Korea, Mexiko, Pakistan, Russland, Tschechische Republik sowie insbesondere Deutschland und die Schweiz.

306 *Ibid.*, 14.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Förderung der „consumer welfare“

Ausser Chile, Singapur und der Tschechischen Republik bezeichnen sämtliche Wettbewerbsbehörden die Förderung der „consumer welfare“ als Schutzziel. Dabei haben die meisten teilnehmenden Wettbewerbsbehörden den Begriff „consumer welfare“ nicht definiert und scheinen divergente Verständnisse desselben zu haben. Manche Behörden berücksichtigen in erster Linie eine kurzfristige Steigerung der Konsumentenrente, andere wiederum verstehen darunter ein (umfassendes) langfristiges Wohlfahrtskonzept, welches auch Produktivität und Innovation berücksichtigt.[307] Sieben Wettbewerbsbehörden verweisen auf wettbewerbsrechtliche Normen, die ausdrücklich „consumer welfare“ als Schutzziel bezeichnen.[308] Fünf Wettbewerbsbehörden führen aus, „consumer welfare“ sei implizites Schutzziel der rechtlichen Normen.[309] Die Wettbewerbsbehörden von Brasilien, Irland und der Schweiz leiten das Schutzziel aus einer Norm in Verfassungsrang ab. Teilweise wird „consumer welfare“ als „important or primary objective“ bezeichnet.[310]

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hingewiesen, dass zwanzig Wettbewerbsbehörden „Effizienzsteigerung“ als Schutzziel bezeichnet haben.[311] Während der Begriff oftmals nicht definiert wurde, finden sich namentlich Erwähnungen der allokativen (Russland, Vereinigtes Königreich, Südafrika), der produktiven (Neuseeland, jedenfalls implizit) und – weniger konkret – einer „ökonomischen“ (Jamaika, Jersey, Ungarn) Effizienz.[312]

307 *Ibid.*, 9.

308 Australien, Europäische Union, Jamaika, Jersey, Kanada, Neuseeland und Ukraine.

309 Frankreich, Israel, Mexiko, Rumänien, Türkei.

310 Dies ist insbesondere der Fall bei den Wettbewerbsbehörden der Europäischen Union, Israels, des Vereinigten Königreichs sowie der Vereinigten Staaten.

311 Es handelt sich hierbei um Australien, Brasilien, Deutschland, Frankreich, Jamaica, Jersey, Kanada, Mexico, Neuseeland, Pakistan, Russland, Singapur, Südafrika, Türkei, Ukraine, Ungarn, Vereinigtes Königreich, Vereinigte Staaten sowie insbesondere die Europäische Union und Schweiz.

312 Weiterf. *ibid.*, 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schutzziele	Antworten (tot. 33)		
	EU	CH	Restliche Kommissionen # + / 31
Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses	+ a)	+ b)	30
Förderung der „consumer welfare“	+	+	28
Effizienzsteigerung	+	+	18
Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit	−	+	12
Gewährleistung eines „level playing field“ für SMEs	−	+	6
Förderung der Fairness und der Gleichheit	−	−	6
Förderung consumer choice	−	−	5
Marktintegration	+	−	3
Begünstigung der Privatisierung und der Marktliberalisierung	−	−	2
Förderung der Wettbewerbsfähigkeit auf internationalen Märkten	−	−	2

a) Die europäische Kommission verfolgt die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses sowohl als selbständiges Schutzziel als auch Mittel zur Erreichung eines mittelbaren Ziels.
b) Die Wettbewerbskommission der Schweiz verfolgt die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses als (ausschliesslich) selbständiges Ziel.

2. Örtlicher Geltungs- und Anwendungsbereich

A. Europäische Union

a) Geltungs- und Anwendungsprinzipien

Der örtliche Geltungsbereich von Art. 102 AEUV erstreckt sich über das Territorium der Unionsstaaten (vgl. Art. 52 EUV und Art. 355 AEUV; *Ter-*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ritorialitätsprinzip).[313] Der örtliche Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV erfasst neben dessen örtlichen Geltungsbereich weiter das Staatsgebiet anderer Staaten, von welchen aus Wirtschaftsteilnehmer den europäischen Markt „bearbeiten".[314] Dies ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass Art. 102 AEUV eine eigentliche „extraterritoriale Anwendung" finden würde, zumal die Bestimmung (wie der AEUV insgesamt) den Wettbewerb *innerhalb* des Binnenmarktes schützt.[315] Es ist (lediglich) unerheblich, ob sich ein Unternehmen innerhalb oder ausserhalb des europäischen Binnenmarkts „befindet" (z.B. Sitz in der Schweiz).[316] Die Anwendung erstreckt sich nämlich grundsätzlich auch auf solche Handlungen, die in Drittstaaten begangen wurden (*Auswirkungsprinzip*).[317] Das Auswirkungsprinzip ist nach mehrheitlicher Auffassung in der Lehre sowie der *EuG*-Rechtsprechung insofern zu begrenzen, als besagte Wirkungen vorhersehbar, unmittelbar und zugleich erheblich sein müssen.[318] Die Anwendung von Art. 102 AEUV auf marktbeherrschende Unternehmen setzt alsdann voraus, dass das missbräuchliche Verhalten zu Wirkungen innerhalb der Union führt und diese zu einer Veränderung der Wettbewerbs-

313 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 12; weiterf. *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 99 ff. zu Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV; *Meessen*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), N 15 ff. zu IntKartR; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, 43 ff.; vgl. *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 17 zu Art. 2; *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 2 zu Art. 2, m. Hinw. zur Unterscheidung zwischen dem Geltungs- und Anwendungsbereich eines Gesetzes.

314 Formulierung in Anlehnung an *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 19 zu Art. 2, betr. die gleichgelagerte Situation im schweizerischen Recht s. sogleich 93.

315 *Zurkinden/Lauterburg*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 105 zu Teil 2, A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, mit Verw. auf die abweichende Natur des U.S.-Antitrustrechts gründend auf die *commerce clause* der U.S.-Bundesverfassung, hierzu auch *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 20 zu Art. 2, m.w.Verw.

316 *Zurkinden/Lauterburg*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 119 f. zu Teil 2, A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, m.w.H.

317 *Basedow*, Weltkartellrecht, 11.

318 S. nur *Zurkinden/Lauterburg*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 114 u. N 129 ff. zu Teil 2, A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, m.w.H.; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 243 – *Intel*; vgl. zur Fusionskontrolle: *EuG*, Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Tz. 90 ff. – *Gencor*; zur *a.M.* von *Schnyder* s. sogleich 94.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

strukturen in mehreren Unionsstaaten respektive der Wirtschaftsströme zwischen diesen Staaten[319] führen können.[320]

Nun hat es der *EuGH* aber – jedenfalls in Fällen von Art. 101 AEUV – bislang vermieden, sich auf das Auswirkungsprinzip festzulegen. Bei der Anwendung der Bestimmung auf Drittstaaten hat er zuerst das *Prinzip der wirtschaftlichen Einheit*[321] und alsdann das (weitergehende) *Durchführungsprinzip*[322] angewandt. Gemäss letzterem kommt es für die Anwendung von Art. 101 AEUV nicht auf den Ort der Kartellabsprache oder den Sitzort, sondern auf den Ort der Durchführung des Kartells an (Zweistufiger Ansatz).[323] Hierzu ist einerseits festzuhalten, dass das Durchführungsprinzip in der Handhabung des *EuGH* wohl mit dem Auswirkungsprinzip übereinstimmt.[324] Zum anderen verweist *Wagner-von Papp* überzeugend auf eine Schwierigkeit, welche die Anwendung des Durchführungsprinzips im Rahmen von Art. 102 AEUV mit sich bringt: Insbesondere missbräuchliches Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen mittels einer Unterlassungshandlung (erste Stufe)[325] lässt keine sinnvolle Verortung der „Durchführung" (zweite Stufe) zu. Entweder ist das Kriterium in solchen Fällen derart extensiv auszulegen, dass „Auswirkungen" die „Durchführung" geradezu implizieren – oder der Anwendungsbereich ist bei Drittstaaten-Unternehmen als nicht eröffnet anzusehen.[326] Die *Kom-*

---

319 *Wagner-von Papp*, in: Tietje (Hrsg.), N 23 zu § 11. Internationales Wettbewerbsrecht mit dem Hinw., dass die Zwischenstaatlichkeitsklausel (s. sogleich 92 f.) insoweit auch im Verh. zu Drittstaaten kollisionsrechtliche Bedeutung hat.

320 S. *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 251 f. – *Intel*; weiterf. *Wurmnest/Lund*, NZKart 2015, 73 ff., 76 ff., m.w.Verw.

321 *EuGH*, Urt. v. 14.7.1972, Rs. 48/69, Tz. 125 ff. – *ICI (Farbstoffe)*.

322 *EuGH*, Urt. v. 27.9.1988, verb. Rs. 89/85, 104/85, 114/85, 116-117/85, 125-129/85, Tz. 11 ff. – *Ahlström (Zellstoff I)*.

323 *EuGH*, *ibid*., Tz. 16.

324 Vgl. die Nachweise der Stimmen in der Lit. bei *Baetge*, Globalisierung des Rechts, 266 f., m.w.Hinw. insb. zur rechtspolitischen Dimension und der (fraglichen) Nähe des Durchführungs- zum Territorialitätsprinzip; vgl. *Basedow*, Weltkartellrecht, 15 ff.: „Pseudoterritorialität"; *Wagner-von Papp*, in: Tietje (Hrsg.), Fn. 71 zu § 11. Internationales Wettbewerbsrecht.

325 Bspw. Nichtveröffentlichung von Schnittstelleninformationen, vgl. gerade *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft*.

326 *Wagner-von Papp*, in: Tietje (Hrsg.), N 34 f. zu § 11. Internationales Wettbewerbsrecht; anders betr. Unterlassungsabsprachen im Rahmen von Art. 101 AEUV: *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), N 22 vor Art. 101 AEUV, gemäss welchem die seines Erachtens sachgerechte weite Auslegung des Durchführungsprinzips praktikabel ist.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mission wendet in konstanter Praxis das (*begrenzte* respektive *qualifizierte*) Auswirkungsprinzip an;[327] das *EuG* hat jenes ebenfalls übernommen.[328] In der Literatur wird gleichfalls überwiegend das Auswirkungsprinzip befürwortet.[329] Auch *m.E.* ist denn (zumindest für die Anwendung des hier interessierenden Art. 102 AEUV) zur Eruierung des örtlichen Anwendungsbereichs auf das Auswirkungsprinzip unter Berücksichtigung der erwähnten Begrenzungen abzustellen.

b) Zwischenstaatlichkeitsklausel

Zur Abgrenzung des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs vom ausschliesslichen Anwendungsbereich der einzelnen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechte bedient sich Art. 102 AEUV der sogenannten *Zwischenstaatlichkeitsklausel*[330] Danach erfasst das Unionsrecht die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nur, „soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen". Dies ist gegeben, wenn sich bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit zwischen zwei Mitgliedsstaaten anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Verhaltensweise den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell beeinflussen kann.[331] Art. 102 AEUV verdrängt in seinem Geltungsbereich nicht das innerstaatliche Recht der EU-Mitgliedstaaten; deren kartellrechtliche Vor-

327 Vgl. die Nachweise bei *Wiedemann*, in: Wiedemann (Hrsg.), Fn. 44 zu § 5 Internationales Kartellrecht; zur Begrenzung s. soeben im Text.

328 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 231 ff., 244 – *Intel*, wonach das Auswirkungsprinzip gleichberechtigt neben dem Durchführungsprinzip stehe (s. hierzu *Wurmnest/Lund*, NZKart 2015, 73 ff., 75); vgl. *EuG*, Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Tz. 87, 89 ff. – *Gencor.*

329 *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 12 zu IntWbR.

330 Weiterf. s. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 22 ff. zu Art. 102 AEUV.

331 *Kommission*, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. C 101 v. 27.4.2004, 81 ff., Tz. 21 u. 23, mit Verw. auf die zugrunde liegende Rspr. des *EuGH*; zur Quantifizierung der „Spürbarkeit" s. *ibid*., Tz. 52 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schriften sind grundsätzlich nebeneinander auf denselben wirtschaftlichen Sachverhalt anwendbar.[332]

B. Schweiz

Der örtliche Geltungsbereich von Art. 7 KG umfasst das Staatsgebiet der Schweiz.[333] Gemäss Art. 2 Abs. 2 KG ist das KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, selbst wenn sie im Ausland veranlasst wurden.[334] Es handelt sich hierbei um eine ausdrückliche Umschreibung des *Auswirkungsprinzips*. Dieses untersteht nach mehrheitlicher Auffassung auch den Begrenzungen der Unmittelbarkeit und Wesentlichkeit, wie sie im Unionsrecht gelten.[335] Das Kriterium der Vorhersehbarkeit findet in der schweizerischen Lehre soweit ersichtlich regelmässig nur insofern Erwähnung, als dessen Berücksichtigung einer „weit verbreiteten, internationalen Auffassung" entspreche.[336] Als *ratio* dieser Begrenzung des Auswirkungsprinzips wird angeführt, dass die verhaltenssteuern-

---

332 *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 3 zu 2. Teil, A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV; hiervon zu trennen ist die Frage nach der Pflicht der Mitgliedsstaaten zur Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots und Harmonisierungsvorgaben (vgl. Art. 3 VO 1/2003), weiterf. 157 ff.

333 *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 17 f. zu Art. 2.

334 *von Büren/Marbach/Ducrey*, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rz. 1261, m. Hinw. auf die mitunter schwierige Durchsetzung infolge fehlender Zwangsmassnahmen und aufwendigen Zustellungen von amtlichen Dokumenten aufgrund inexistenter Rechtshilfeabkommen; zum Kooperationsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Union s. die Hinw. auf 154 ff. sowie in Fn. 646 u. 657; zum Verh. der einseitigen Kollisionsregel nach Art. 2 Abs. 2 KG und der zweiseitigen Kollisionsregel nach Art. 137 IPRG s. *Dasser/Brei*, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), N 5 zu Art. 137; *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 60 zu Art. 2; vgl. ferner Art. 6 Abs. 3 lit. a) Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-VO).

335 *Martenet/Killias*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 91 ff. zu Art. 2; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 20 f. zu Art. 2; *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 51 ff. zu Art. 2; zur abweichenden Rspr. s. sogleich im Text i.f., m.w.Hinw.

336 *Vallender/Hettich/Lehne*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, § 13 N 34; unklar insofern der Hinw. des Koautoren *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 51 zu Art. 2, wonach das Kriterium, soweit ersichtlich, nicht erwähnt werde.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

de Wirkung einer kartellrechtlichen Norm nicht erfüllt werden könne, wenn deren Anwendbarkeit *ex ante* objektiv nicht erkennbar gewesen sei.[337] Die Zweckmässigkeit des Kriteriums wird nach offenbar *h.L.* zumindest im Unionsrecht bejaht.[338]

Das *BVGer* hat sich hingegen im (nicht rechtskräftigen) Entscheid *BMW* für das *nicht-qualifizierte* Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht ausgesprochen: Es stützt sich hierbei auf die von der überwiegenden Lehre abweichende Meinung *Schnyders* und erachtet es als „[z]ielführender [...], Marktauswirkungen dort zu bejahen, wo durch Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird".[339] In *Gaba* hat sich das *BGer* gleichfalls gegen eine Prüfung der Intensität der Auswirkungen im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG ausgesprochen.[340]

3. Persönlicher Geltungsbereich

A. Europäische Union

Der persönliche Geltungsbereich von Art. 102 AEUV erfasst Unternehmen. Im AEUV findet sich keine ausdrückliche Definition des Unternehmens. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* erfasst der – autonom auszulegende – unionsrechtliche Unternehmensbegriff „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und Art

337 *Meessen*, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 162 f.; *Wagner-von Papp*, in: Tietje (Hrsg.), N 55 zu § 11. Internationales Wettbewerbsrecht.

338 Vgl. die Nachweise der Stimmen in der Literatur bei *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 22 zu IntWbR: „Die Voraussehbarkeit der Auswirkung ist auf jeden Fall ein sinnvolles Begrenzungskriterium"; ebenso *Zurkinden/Lauterburg*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 131 zu A. Vorbemerkungen zu den Artikeln 101 bis 105 AEUV; differenzierend und im Ergebnis *gl.M. Wagner-von Papp*, in: Tietje (Hrsg.), N 55 zu § 11. Internationales Wettbewerbsrecht.

339 *BVGer*, Urt. v. 13.11.2015, Rs. B-3332/2012, Erw. 2.3.10 – *BMW*, mit Verw. auf *Schnyder*, in: Hirsch/Montag/Säcker (Hrsg.), N 926 ff., insb. N 927 zu Einl.: Das Anwendungsprinzip bedarf „der Eingrenzung und Konkretisierung anhand des Anwendungswillens und der diesen bestimmenden Anwendungsvoraussetzungen einzelner Sachnormen"; s.a. *WEKO*, Verf. v. 7.5.2012, Untersuchung 22-0408, Tz. 76 ff. – *BMW*, mit Verw. auf die behördliche Praxis; vgl. soeben 89 ff.

340 *BGer,* Urt. v. 28.6.2016, Rs. C-180/2014, Erw. 3 – *Gaba*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Finanzierung".[341] Der Begriff erfasst sowohl natürliche wie auch juristische Personen; Rechtspersönlichkeit ist keine Voraussetzung.[342] Als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert „jede selbständige Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten oder nachzufragen".[343] Bei der Beurteilung, ob eine Nachfragetätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, ist zu beachten, „dass bei der Beurteilung des Wesens der Einkaufstätigkeit der Kauf eines Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung zu trennen ist und dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung des erworbenen Erzeugnisses zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt".[344] Nach allgemeiner Ansicht ist die Gewinnerzielungsabsicht kein zwingendes Element wirtschaftlicher Tätigkeit und somit ohne Relevanz für die Bestimmung des Unternehmensbegriffs.[345] Unerheblich bei der Beurteilung der Unternehmenseigenschaft sind im Übrigen weiter die Eigentumsverhältnisse, die Zuordnung zum privaten oder öffentlichen Recht sowie die Dauer und der Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit.[346] Das Unionsrecht bedient sich damit eines ökonomischen und funktionalen Unternehmensbegriffs, der in einem weiten, umfassenden Sinne zu verstehen ist.[347] Es handelt sich um einen einheitlichen Unternehmensbegriff, welcher auch den Geltungsbereich des sekundären Wettbewerbsrechts bestimmt.[348]

---

341 S. *EuGH*, Urt. v. 23.04.1991, Rs. C-41/90, Tz. 21 – *Höfner*; *Lübbig*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), N 12 zu Art. 82 EG.

342 *EuGH*, Urt. v. 28.06.2005, verb. Rs. C-189/02, C-202/02, C-205/02 bis C-208/02 und C-213/02, Tz. 113 – *Dansk Rorindustri/Kommission*; letzteres ist nicht unstreitig, s. die Hinw. bei *Aberle*, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht, 29 ff.

343 *EuGH*, Urt. v. 18.6.1998, Rs. C-35/96, Tz. 36 – *Kommission/Italien*.

344 *EuGH*, Urt. v. 11.7.2006, Rs. C-205/03, Tz. 26 – *Fenin*.

345 *Weiss*, Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht, 129 ff., m.w.Hinw.

346 Weiterf. *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 39 ff. zu Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, m.w.Verw.

347 *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 6 ff. zu Art. 101 Abs. 1 AEUV; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 14 ff.

348 *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 40 zu Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV; weiterf. *Weiss*, Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht; *Heinichen*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, 35 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Schweiz

Das schweizerische Kartellgesetz verfügt hingegen über eine ausdrückliche Definition: Der Unternehmensbegriff findet seine Konkretisierung in Art. 2 Abs. 1 und Abs. 1bis KG. Nach Art. 2 Abs. 1bis KG gelten als Unternehmen „sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform".[349] Der Begriff ist insofern gleichfalls ein ökonomischer, als nicht die Organisation als rechtliche, sondern als wirtschaftliche Einheit die Unternehmenseigenschaft zur Folge hat. Er ist insofern ebenso ein funktionaler, als die Abgrenzung zwischen unternehmerischer und privater Tätigkeit danach vorzunehmen ist, ob jene darauf gerichtet ist, am Wirtschaftsverkehr teilzunehmen.[350] Weiter ist auch die Absicht der Gewinnerzielung bedeutungslos.[351]

Der schweizerische Unternehmensbegriff ist ein eigenständiger kartellrechtlicher Begriff, der im Lichte der Zwecke des KG zu bestimmen ist.[352] „Eigenständigkeit" ist nicht dahingehend zu verstehen, dass eine bewusste Abweichung vom Unternehmensbegriff der *EuGH*-Rechtsprechung bezweckt wäre.[353] Letzterer wurde vielmehr übernommen und im Anschluss an den *SMA*-Entscheid des *BGer* positivrechtlich statuiert.[354]

---

349 Für eine Darstellung der alten, restriktiveren Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff (BGE 127 II 32) s. nur *Vallender/Hettich/Lehne*, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, § 13 N 30.

350 *WEKO-Sekretariat*, RPW 1998/2, 198 ff., Tz. 10 – *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 7 u. 11 zu Art. 2, m.w.Verw.; weiterf. *Martenet/Killias*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 22 zu Art. 2; *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 7 ff. zu Art. 2; *Heizmann*, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 57 ff.

351 *WEKO-Sekretariat*, RPW 1997/2, 142 ff., Tz. 7 – *SWICO Recycling*.

352 *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 7 zu Art. 2.

353 S. soeben 94 f.

354 S. soeben Fn. 349; vgl. bereits Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 533 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

4. Missbräuchliches Verhalten

> *"The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins."*[355]

A. Europäische Union

a) Systematisierungsansätze

Der Wortlaut von Art. 102 AEUV ist (vorbehaltlich der Ersetzung des Begriffs „Gemeinsamer Markt" durch „Binnenmarkt") identisch mit demjenigen des Art. 86 EWGV (gültig vom 1.1.1958 bis zum 31.10.1993) und demjenigen des Art. 82 EGV (gültig vom 1.11.1993 bis zum 30.11.2009).[356] Er verbietet einzelnen oder mehreren Unternehmen die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung[357] und erklärt diese als mit dem Binnenmarkt unvereinbar.

Es wird in der deutschen Lehre allgemein und nicht erschöpfend zwischen drei Hauptfallgruppen missbräuchlicher Verhaltensweisen unterschieden. Diese Systematisierung ist nicht zwingend; insbesondere in der angelsächsischen Lehre wird davon abgewichen.[358] *Ausbeutungsmissbrauch* (oder ausbeuterischer Missbrauch; exploitative abuse) bezeichnet rechtsgeschäftliche Verhaltensweisen, mit denen ein marktbeherrschendes Unternehmen im Vertikalverhältnis gegenüber Handelspartnern unmittel-

---

355 *U.S. v. Aluminium Corp. of America*, 148 F.2d 416, 420 (1945), Justice Learned Hand.

356 Art. 66 § 7 EGKS-Vertrag enthielt eine ähnliche Regelung, vgl. auch Fn. 373.

357 Zur Marktbeherrschung im Unionsrecht s. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 42 ff. zu Art. 102 AEUV; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 64 ff. zu Art. 102 AEUV; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 32 ff. zu Art. 102.

358 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 90 ff. zu Art. 102 AEUV, m.w.Hinw.; weiterf. zu abweichenden Systematisierungen: *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 172 zu Art. 102; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.064; es ist insofern zu beachten, dass die angelsächsische Lehre die englischen Begriffe nicht unbedingt deckungsgleich mit jenen deutschen verwendet, die hier nachfolgend gegenübergestellt werden; teilweise wird auch in der deutschen Lit. nur zwischen Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch unterschieden, so bspw. *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 304.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bare Vorteile aus seiner Marktstellung zieht, jedenfalls aber seine Geschäftspartner schädigt. Das Verbot bezweckt den Schutz der Marktgegenseite und von Verbrauchern im Allgemeinen.[359] *Behinderungsmissbrauch* (oder marktverschliessender Missbrauch; exclusionary abuse) als Begründung strategischer Marktzutrittsschranken[360] bezeichnet Konstellationen, bei denen sich das fragliche Verhalten gegen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber auf dem beherrschten oder einem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt richtet. Die Erlangung weiterer Marktmacht wird einer Kontrolle auf Wettbewerbskonformität unterzogen,[361] womit insofern die Verhinderung zusätzlicher Handlungsspielräume für potenziellen Ausbeutungsmissbrauch bezweckt ist.[362] Es handelt sich um die bedeutendste Fallgruppe.[363] Behinderungsmissbrauch lässt sich danach unterscheiden, ob das marktbeherrschende Unternehmen ein preisbezogenes oder ein nicht-preisbezogenes Verhalten an den Tag legt. In Lehre und Rechtsprechung werden Unterfallgruppen zur Erfassung von Behinderungsverhalten gebildet.[364] *Marktstrukturmissbrauch* bezeichnet die Aus-

---

359 Weiterf. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 134 u. N 166 ff. zu Art. 102 AEUV; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 214, bezeichnen exploitative abuses als „pricing and other practices that result in a direct loss of consumer welfare" und verwenden damit eine Umschreibung, die auf eine Orientierung am wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.e.S. mittels eines *consumer welfare*-Standards (s. 76 f.) schliessen lässt.

360 S. schon 44.

361 Mit guten Gründen relativierend *Fox*, 70 Antitrust L.J. 371 (2002), 393, welche unter Hinw. auf die bei der Gründung in der Europäischen Gemeinschaft vorherrschenden starren Strukturen der Märkte, welche von in staatlichem Eigentum stehenden Unternehmen kontrolliert wurden, m.w.Verw. bemerkt: „[I]t is clear from the wording of Article 82 that it was intended to *regulate* the conduct of dominant firms, to prevent them from unfairly *using* their power, not merely to prevent them from expanding or protecting their power" (Hervorh. im Original).

362 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 134 zu Art. 102 AEUV; *Stehmann*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 222 f. zu 1.B.III.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 215: „Exclusionary abuses [...] concern strategic acts directed against rivals that indirectly cause a loss to consumer welfare believe they unlawfully limit rivals' ability to compete".

363 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 215; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.064.

364 Weiterf. zu Formen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs: 360 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

übung negativen Einflusses auf die Marktstruktur im Wege externen Wachstums.[365]

b) Schutzzielkonforme Auslegung

aa) Rechtsprechung

Im Rahmen von Art. 102 AEUV ist die erlaubte Wettbewerbsteilnahme marktbeherrschender Unternehmen von missbräuchlichen Verhaltensweisen[366] abzugrenzen. Art. 102 AEUV deckt ein weites und vielseitiges Feld unternehmerischer Verhaltensweisen ab.[367] Marktbeherrschung an sich (und deren Entstehung) ist nicht verboten[368], sondern lediglich Tatbestandselement der Norm und damit Eingreifvoraussetzung.[369] Der Missbrauchsbegriff wird nicht definiert. Art. 102 S. 2 AEUV enthält einen Beispielskatalog inkriminierten Verhaltens, dessen Inhalt nicht abschliessend[370] und von beschränkter praktischer Bedeutung ist. Mithin ist der

365 Weiterf. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 134 u. N 383 ff. zu Art. 102 AEUV.

366 Nach dem Wortlaut der deutschen Fassung von Art. 102 S. 1 AEUV die „missbräuchliche Ausnutzung" verboten; die gleichermassen verbindliche englische Fassung spricht hingegen (lediglich) von „abuse of a dominant position", ähnlich die französische Fassung, ohne den Begriff „Ausnutzung" (exploitation) zu verwenden, s. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 125 zu Art. 102 AEUV; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 81 zu Art. 102 AEUV, m.w.Verw.

367 *Vickers*, 115 Econ. J. 244 (2005), 245; ebenso *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 43 ff., 49, gemäss welchem „die Typologie missbräuchlicher Verhaltensmuster nahezu unendlich" ist.

368 Die Entscheidung der Behörde hat deklaratorische Wirkung; zur Verwendung der Begrifflichkeiten „Verbotsprinzip" resp. „Missbrauchsprinzip" international (und der abweichenden Verwendung in der Schweiz bei materieller Identität) s. *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 46 ff.

369 *EuGH*, Urt. v. 9.11.1983; Rs. 322/81, Tz. 10 – *Michelin*; weiterf. nur *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 25 u. N 165 ff. zu Art. 102, insb. zum Lehrstreit betr. Kausalität zwischen beherrschender Stellung und ihrer missbräuchlichen Ausnutzung.

370 *EuGH*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Tz. 26 – *Continental Can;* so findet beispielsweise die Fallgruppe Behinderungsmissbrauch keine ausdrückliche Erwähnung; weiterf. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU,

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Beispielskatalog bei der Klärung des Missbrauchsbegriffs von geringer Hilfe.[371] „Missbräuchliche Ausnutzung" ist indes dergestalt auszulegen, dass die Norm die primärrechtlichen Schutzziele[372] gewährleistet („Verfassungskonforme Auslegung").[373] Der *EuGH* bedient sich folgerichtig in ständiger Rechtsprechung einer „systematisch-teleologischen" Auslegung, welche auf den Geist, den Aufbau und den Wortlaut von Art. 102 AEUV sowie das System und die Ziele des Vertrages abstellt.[374] Das Verbot des Art. 102 AEUV erfasst „die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen".[375] Es besteht kei-

---

256 ff., welche unter Verw. auf die zit. Rspr. insb. darauf hinweisen, dass „nicht abschliessend" jedenfalls nicht als „open-ended" zu verstehen sei.

371 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 133 zu Art. 102 AEUV, konstatieren im Übrigen auch: „Angesichts der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, die in den Regelbeispielen enthalten sind, lässt sich nicht einmal die Aussage treffen, hier lasse sich ein Missbrauch substanziell leichter feststellen als bei einer Anwendung des Grundtatbestandes des Art. 102 Satz 1 AEUV"; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.055.

372 S. 61 ff.; vgl. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 3 ff. zu Art. 102 AEUV, welche aus Lehre und der in der Folge zit. Rspr. alsdann sog. „Schutzrichtungen" ableiten.

373 Vgl. Art. 66 § 7 EGKS-Vertrag, wonach ein Unternehmen missbräuchlich handelte, wenn es seine beherrschende Stellung „zu mit diesem Vertrag in Widerspruch stehenden Zwecken verwendet".

374 S. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 125 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Tz. 25 f. – *Continental Can* u.w.Verw.

375 *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 91 – *Hoffmann-La Roche; EuGH,* Urt. v. 11.12.1980, Rs. 31/80, Tz. 27 – *L'Oréal*; *EuGH*, Urt. v. 9.11.1983; Rs. 322/81, Tz. 70 – *Michelin; EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 69 – *AKZO; EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 66 – *British Airways; EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 104 – *France Télécom*; *EuG*, Urt. v. 1.4.1993, Rs. T-65/89, Tz. 118 – BPB; *EuG*, Urt. v. 9.9.2009, Rs. T-301/04, Tz. 140 – *Clearstream*; *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 26 – *Post Danmark II*, ohne Hinw. auf die „Mittel".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne Spürbarkeits- oder *de-minimis*-Schwelle.[376] Es genügt bereits der Nachweis einer „potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung“[377] respektive einer „potenziellen wettbewerbswidrigen Wirkung“ („effet anticoncurrentiel potentiel“; „likely [...] anti-competitive effect“).[378] Besonderer Stellenwert kommt bei Behinderungsmissbräuchen dem Schutz des Restwettbewerbs im Horizontalverhältnis zu.[379] Demgemäss verbietet Art. 102 AEUV „einem beherrschenden Unternehmen [...], einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen des Leistungswettbewerbs[380] greift“[381]. Die marktbeherrschende Stellung begründet dabei eine „besondere Verantwortung“ des Unternehmens,[382] „durch sein Verhalten einen

376 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 73 f. – *Post Danmark II*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 116 – *Intel*; ablehnend *Whish/Bailey*, Competition Law, 212; *Whish*, JECL&P 2015, 1 f., 2; *Sher*, JECL&P 2015, 219 f., 219; *Gerardin*, 11 JCLE 579 (2015), 600: „Particularly shocking“; s.a. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 2. Lemma.

377 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 66 f. – *Post Danmark II*; in der englischen Fassung bemerkt der *EuGH*: „the practice must have an anti-competitive effect on the market, but the effect does not necessarily have to be concrete“ (*ibid*., Tz. 66); s.a. *ibid*, Tz. 65, mit dem Hinw., dass „die wettbewerbsschädigende Wirkung einer bestimmten Praxis nicht rein hypothetischer Natur sein [darf]“; *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 124 – *Telefónica*.

378 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Tz. 64 – *TeliaSonera*; s.a. *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, LS u. Tz. 44 – *Post Danmark* sowie *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 74 f. – *Tomra*: „Wettbewerbswidrige[...] Auswirkungen“; die englischen Fassungen sprechen beidmalig wiederum von „anti-competitive effect[s]“; nachfolgend wird im gegenständlichen Zusammenhang grundsätzlich nur der Begriff „wettbewerbsschädigend“ verwendet, um die Verwechselbarkeit mit dem Begriff der „wettbewerbswidrigen Marktverschliessung“ (weiterf. 119 ff.) zu reduzieren; direkte Zitate der zit. Entscheidungen bleiben hiervon ausgenommen; zu den divergierenden quantitativen Wahrscheinlichkeitserfordernissen des EuGH und der Kommission s. *ibid*. sowie alsdann 345 f.

379 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 10 zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 5 zu Art. 102 AEUV.

380 Zur Herkunft des Begriffs s. *Bryde*, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, 147 ff.

381 *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 70 – *AKZO*; *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 106 – *France Télécom*; *EuGH*, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-457/10, Tz. 75 – *AstraZeneca*.

382 „Besonders“ ist besagte Verantwortung in persönlicher Hinsicht insofern, als sie lediglich marktbeherrschenden Unternehmen zukommt, s. *Osterud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, 34; *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 463.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht [zu beeinträchtigen]“[383]. Indes kann „Leistungswettbewerb [...] definitionsgemäss dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger leistungsfähig und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden“.[384] Nicht jede Verdrängungswirkung ist also missbräuchlich.[385] Darüber hinaus betont der *EuGH* auch den Zweck des Verbraucherschutzes, indem Art. 102 AEUV „sowohl auf Praktiken [zielt], durch die die Verbraucher unmittelbar geschädigt werden können, als auch auf Verhaltensweisen, die sie mittelbar dadurch benachteiligen, dass sie einen Zustand wirksamen Wettbewerbs i.S.d. Art. 3 lit. f) des Vertrages [Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb] beeinträchtigen“[386]. „Missbräuchliche Ausnutzung“ ist nach der Rechtsprechung und *h.L.* ein „objektiver Begriff“;[387] inwiefern *subjektiven*

383 *EuGH*, Urt. v. 9.11.1983; Rs. 322/81, Tz. 57 – *Michelin*; *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 105 – *France Télécom*; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 23 – *Post Danmark*; *EuGH*, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-457/10, Tz. 98 – *AstraZeneca*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 77 – *Intel*: „Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt“; vgl. auch *EFTA Court*, Urt. v. 18.4.2012, Rs. E-15/10, Tz. 127 – *Posten Norge AS*; die *ratio* hierfür ist im Potenzial zur Schädigung des wirksamen (Rest-)Wettbewerbs zu ersehen, vgl. *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.283 ff.; entsprechend *Bavasso*, ECLR 2005, 616 ff., 617; für eine inhaltliche Konkretisierung bei Unterkosten-Preissetzungen s. 303 f.

384 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 20 – *Post Danmark.*

385 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 43 – *TeliaSonera; EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 20 – *Post Danmark.*

386 *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 125 – *Hoffmann-La Roche*; s.a. *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 105 – *Intel*, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 106 – *British Airways*; kritisch *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 44, Fn. 3: „contradiction [in objectives]“.

387 *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 91 – *Hoffmann-La Roche; EuGH,* Urt. v. 11.12.1980, Rs. 31/80, Tz. 27 – *L'Oréal*; *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 69 – *AKZO*; s. auch *EuG*, Urt. v. 9.9.2009, Rs. T-301/04, Tz. 140 – *Clearstream*; vgl. auch *EFTA Court*, Urt. v. 18.4.2012, Rs. E-15/10, Tz. 130 – *Posten Norge AS*; umfassend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 157 ff. zu Art. 102 AEUV; s.a. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 149 ff. zu Art. 102 AEUV; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 164 zu Art. 102, jew. mit Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Elementen der Zuwiderhandlung lediglich (allenfalls) indikative oder doch konstitutive Bedeutung zukommt, ist in der Doktrin umstritten.[388]

bb) Unzulänglichkeitsvorwurf

Es ist verschiedentlich vorgebracht worden, dass sich die Grenze zwischen (wettbewerbs-)konformem Verhalten (sog. Leistungswettbewerb[389]; performance competition respektive competition on the merits) und nichtkonformem Verhalten (sog. Nichtleistungswettbewerb respektive Behinderungswettbewerb; impediment competition)[390] anhand der dargestellten Kriterien oftmals nur unbefriedigend ziehen lasse. Die Gründe hierfür liegen demnach in den unterbestimmten Rechtsbegriffen: „Normaler Wettbewerb", „Leistungswettbewerb", „wirksamer und unverfälschter Wettbewerb", „Schutz des Restwettbewerbs" sowie „besondere Verantwortung" würden sich als Beurteilungskriterien sehr bedingt eignen, zumal die „decisional practice and case law is imprecise, and does not encapsulate a clear normative concept capable of satisfying the basic requirements of the rule of law and legal certainty".[391] Es bestehe folglich die latente Gefahr,

388 Weiterf. 299 ff.; vgl. *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 11 ff. – *Tomra*; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 29 – *Post Danmark*; zur Verwendung der antizipierten Kosten bei Kosten-Preis-Vergleichen sowie zur Auslegung von *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 65, Fn. 3 s. 323 ff.

389 Zur historischen Dimension des Begriffs s. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 345 ff.

390 *Vickers*, 115 Econ. J. 244 (2005), 246; Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Behinderungswettbewerb".

391 S. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 217; *Temple Lang/O'Donoghue*, in: The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC, 38 ff., 40 ff.; *Whish*, National competition law goals and the Commission' Guidance on Article 82 EC: the UK experience in: Pace (Hrsg.), 152 ff., 154: „[...] the Community courts have failed, to date, to provide a definition of the concept of abuse that sucessfully distinguishes conduct that should be tolerated on the part of dominant firms form behaviour that should be prohibited; the existence of case law, for example on predatory pricing, conditional rebates and refusal to supply, does not, in itself, explain why some conduct is abusive but why other conduct is not so"; weiterf. *Ondrejka*, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des „more economic approach", 75 ff.; ausdrücklich *a.M. Zäch*, Competition law should promote economic and social welfare by ensuring the freedom to compete - a lawyer's view, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), 121 ff., 123.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

anstatt des Wettbewerbs reflexartig (nicht schutzwürdige) Mitbewerber zu schützen.[392] Linderung soll eine Reformierung des Missbrauchsverbots schaffen, welche mit dem Schlagwort *more economic approach* assoziiert wird.[393]

c) Reformbestrebungen

aa) more economic approach

Der *more economic approach* (stärker wirtschaftliche respektive wirtschaftlichere Ansatz) bezeichnet im europäischen Kontext generell eine Ausrichtung der Wettbewerbspolitik „am aktuellen und wissenschaftlich anerkannten Stand der industrieökonomischen Theorie".[394] Insbesondere die Kommission kann als eine Treiberin dieser „Ökonomisierung" betrachtet werden: Rezeptionsansätze lassen sich schon seit Ende der 1980er-Jahre erkennen.[395] Der Begriff *more economic approach* wurde von ihr geprägt.[396] Es handelt sich namentlich nicht um einen (originär) ökonomischen Begriff.[397] Soweit ersichtlich findet er sich erstmals im „Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag – Arbeitsprogramm der Kommission

---

392 *EAGCP*, Report: An economic approach to Article 82, 2, 9; vgl. nur *Immenga/Mestmäcker*, in: dies. (Hrsg.), N 12 zu Einl EU D.

393 Weiterf. sogleich 104 ff.

394 *Budzinski*, Marb. Vwl. Beitr. 13/2007, 1, m.w.Verw.; weitergehend *Gerber*, 31 Fordham Int'l. L.J. 1235 (2008), 1247 f.: „The assumption embodied in the ‚more economic approach' is [...] that neo-classical economics itself provides the norms and goals for European competition law and that it also furnishes the principal methods for applying those norms".

395 Weiterf. *Korah*, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings: from protecting freedom to enter a market to an efficient allocation of resources to increase consumer welfare, in: Pace (Hrsg.), 8 ff., 11.

396 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 201.

397 *Bühler*, Ökonomik in der Rechtsanwendung - Bestandesaufnahme und Ausblick, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 33 ff., 38, mit dem Hinw., „dass man in den führenden ökonomischen Fachzeitschriften keinen einzigen (!) Beitrag unter diesem Titel" finde (Stand 2009; Betonung im Original).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nr. 99/027"; dort allerdings ohne nähere Erläuterung.[398] Der Begriff kann als „schillernd" bezeichnet werden und findet rege Verwendung.[399] Seine Konturen sind indes immer noch unscharf.[400]

Der *more economic approach* kann in seiner idealtypischen Form als ein Ansatz verstanden werden, im Rahmen dessen zum einen propagiert wird, wettbewerbliches Verhalten anhand seiner tatsächlichen (wohlfahrtsökonomischen) Effekte (Effektorientierung; *effects-based approach*) anstatt seiner rechtlichen Formen zu beurteilen.[401] Hierbei hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die moderne Industrieökonomik kaum (mehr) eine allgemeine Aussage über die im konkreten Fall eintretenden Wirkungen zulässt und dasselbe Verhalten unter verschiedenen Bedingungen nicht gleichsam als pro- oder anti-kompetitiv qualifiziert werden kann. Dies macht zum anderen eine einzelfallweise Beurteilung anhand einer *rule of reason* erforderlich (umfassende Einzelfallorientierung).[402] In der

---

398 *Kommission*, *ibid.*, ABl. 1999 C 132, Tz. 78; *Behrens*, Abschied vom more economic approach?, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 115 ff., 118; *Immenga/Mestmäcker*, in: dies. (Hrsg.), N 8 zu Einl EU D.

399 *Ewald*, ZWeR 2011, 15 ff., 15, 22, hält den Begriff für „etwas überstrapaziert" und „wettbewerbspolitisch überfrachtet" und „daher wenig geeignet, um [die] zentralen Fragen eines sachgerechten Grades der Ökonomisierung [des Kartellrechts] zu behandeln".

400 *Heinemann*, GRUR 2008, 949 ff., 949 mit Verw. auf *Immenga*, ZWer 2006, 346 ff., 348; *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 311; ausführlich *Wolters*, Die rechtsstaatlichen Grenzen des „more economic approach" im Lichte der europäischen Rechtsprechung.

401 Dabei muss man sich ohne Weiteres bewusst sein, dass die konkrete Einbeziehung der Ökonomik nicht derart absolut zu geschehen hat; der Ansatz beschränkt sich indes nicht auf die durchgehende Zulassung eines Effizienzeinwandes oder die Einführung von vermehrter *economic evidence* oder *a more quantitative approach,* s. *Albers*, Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen, Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 11 ff., 12; s.a. *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, 61; Dichotomien zwischen dem *more economic approach* und dem *effects-based approach* betonen *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 31; *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 44 f.

402 *Kerber*, Regelorientierte Wettbewerbspolitik aus rechtsökonomischer Sicht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 341 ff., 344; vgl. *Osterud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, 18, Fn. 16, welcher die Begriffe „effects-based" und „rule of reason" als deckungsgleich verwendet und jedem der beiden die kombinierte Absicht unterstellt; gleichfalls abweichend *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 44 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kombination ergibt sich daraus der Anspruch, über eine *theory of harm*[403] zu verfügen, welche die im jeweiligen Einzelfall eingetretenen respektive wahrscheinlichen negativen (wohlfahrts-)ökonomischen Effekte des inkriminierten wettbewerblichen Verhaltens zu belegen vermag. Die normative Implikation des wirtschaftlicheren Ansatzes tritt dabei deutlich zu Tage: Er geht einher mit der Orientierung am wohlfahrtstheoretischen Ansatz.[404]

Der *more economic approach* nimmt mithin die vorgängig zitierte Kritik (Ermangelung eines klaren normativen Konzepts, Fehlerhafte Rechtsanwendung, Rechtsunsicherheit)[405] auf – und ist daran zu messen.

bb) Normative Implikation

Der *more economic approach* beabsichtigt, wettbewerbliches Verhalten aufgrund industrieökonomischer Erkenntnisse anhand von dessen Wohlfahrtseffekten zu beurteilen. Er kann damit als eine praktische Konkretisierung des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes verstanden werden, welcher sich der Wohlfahrtstheorie als normativem Ordnungsmodell bedient.[406] Die (wettbewerbs-)politische Entscheidung fiel zugunsten der Berücksichtigung eines *consumer welfare*-Standards.[407] Auf die (auch primärrechtlichen) Bedenken, die damit verbunden sind, wurde bereits hingewiesen.[408] Weiter wurde aufgezeigt, dass eine kurzfristige Betrachtungsweise, welche sich auf eine im mikroökonomischen Grundmodell darstellbare Beurteilung statischer Effizienzwirkungen beschränkt (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.),[409] unter dem geltenden unionsrechtlichen Missbrauchsver-

---

403 S. die weiterf. begriffliche Annäherung auf 343 ff.

404 Diese verfassungsrechtliche Dimension wurde in den Anfängen vor allem von Ökonomen nicht umfänglich erkannt, welche den Ansatz als Antwort auf ein reines Rechtsanwendungsproblem betrachteten (s. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 918 f.); vgl. *Christiansen*, Der „More Economic Approach" in der EU-Fusionskontrolle, 285 ff.; weiterf. sogleich 106 f.

405 S. 103 f.

406 Weiterf. 68 ff.; 50.

407 *Albers*, Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen, Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 11 ff., 12, m.w.Verw.; *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 4; *Kommission*, Leitlinien zu Art. 81 Abs. 3 EG, Tz. 13 u. Tz. 33; s. 68; weiterf. 73.

408 S. 74 ff.

409 S. 38; 58 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bot als nicht zulässig erscheint.[410] Ein wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S., welcher daneben auch dynamische Wettbewerbselemente gebührend berücksichtigt,[411] wäre dagegen grundsätzlich mit den Schutzzielen des europäischen Missbrauchsverbots vereinbar.[412] Er scheitert wohl aber bisweilen an der ungenügenden Mess- und Vorhersehbarkeit dynamischer Markteffekte (auf gegenständlichem Markt wie auch benachbarten und potenziell neu entstehenden Märkten) und folglich an einer mangelnden Justiziabilität.[413] Im Übrigen muss die mit einem solchen *more economic approach* einhergehende einseitige Verengung der Betrachtungsweise (Konzentration auf Effizienzwirkungen) kritisch beleuchtet werden: Die potenzielle Zulässigkeit der Berücksichtigung langfristiger Wohlfahrtseffekte hat keineswegs zur Folge, dass der unverfälschte Wettbewerb fortan nicht mehr zu schützen wäre (und auch weiterhin des selbständigen Schutzes bedarf).[414] Eine derartige Beschränkung der Schutzziele erschiene als mit dem geltenden unionsrechtlichen Missbrauchsverbot nicht vereinbar. Im Ergebnis bietet der *more economic approach* in seiner idealtypischen Form insofern ein bisweilen nicht justiziables normatives Konzept, welches darüber hinaus in Bezug auf seine Schutzziele unzulässig „verengt" ist.

cc) Einzelfallbeurteilung anhand wohlfahrtsökonomischer Effekte

(1) Fehlerreduktion

Die Verfechter eines *more economic approach* in seiner idealtypischen Form propagieren eine einzelfallweise Analyse der wohlfahrtsökonomischen Effekte wettbewerblichen Verhaltens; jene fördere die Einzelfallgerechtigkeit.[415] Eine solche Ausrichtung geht mit einem Rückgang an rege-

410 S. 76 f.; vgl. 71.
411 S. 68 f.; 57 f.
412 S. 78; vgl. 71 ff.
413 S. 82 ff., m.w.Verw.
414 Vgl. 82.
415 Vgl. *Albers*, Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen, Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 11 ff., 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lorientierter Rechtsprechung einher[416] und erhöht damit den diskretionären Spielraum der rechtsanwendenden Behörden. Eine unbedingte Umsetzung des Ansatzes würde die Extremform innerhalb eines Kontinuums möglicher Beurteilungsformen darstellen. Sie hätte in letzter Konsequenz zur Folge, dass die Ausdifferenzierung des Wettbewerbsrechts in verschiedene Säulen, Tatbestände und Fallgruppen aufgegeben werden müsste.[417]

Eine Abkehr von einer (hypothetischen) Rechtsprechung, die wettbewerbliches Verhalten nach formalen Kriterien als entweder *per se* legal oder illegal qualifiziert, kann indes auch graduell erfolgen.[418] Als Argument für eine stärkere Beachtung der Auswirkungen im Einzelfall wird gemeinhin vorgebracht, dies führe zu einer Reduktion fehlerhafter Entscheidungen. Der *more economic approach* verfolgt damit das Ziel der „ökonomischen Punktlandung".[419] Nach einem der Statistik entlehnten Konzept wird zwischen Fehlern erster und zweiter Ordnung unterschieden. Fehler erster Ordnung (Typ I-Fehler; *false positives*) bezeichnen die Sanktionierung von rechtmässigem Verhalten (oder Leistungswettbewerb; sog. over-enforcement respektive -inclusiveness); Fehler zweiter Ordnung (Typ II-Fehler; *false negatives*) bezeichnen die Nicht-Sanktionierung von rechtswidrigem Verhalten (oder Behinderungswettbewerb; sog. under-enforcement respektive -inclusiveness).[420]

---

416 *Kerber*, Regelorientierte Wettbewerbspolitik aus rechtsökonomischer Sicht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 341 ff., 341.

417 Zu Recht kritisch *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 315, gemäss welchem es sich gerade hierbei um typische juristische Handwerkskunst handle, die Rechtssicherheit und Rationalität der Rechtsanwendung garantieren solle, hierzu sogleich 110 ff.; ebenso *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 13 zu Art. 102 AEUV; *Dreher*, WuW 2008, 23 ff., 27; weiterf. *Lianos*, Categorical Thinking in Competition Law and the „Effects-based" Approach in Article 82 EC, in: Ezrachi (Hrsg.), 19 ff., 22 ff.

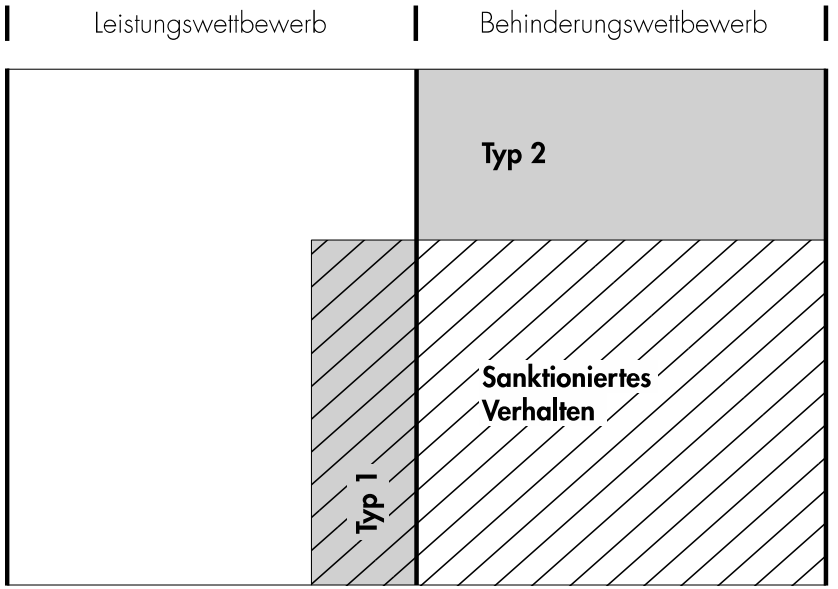
418 *O'Donoghue*, Verbalising a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), 327 ff., 332, verwendet in diesem Zusammenhang den Begriff „structured rule of reason"; *Osterud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, 18 f.; zum funktionalen Anwendungsbereich des AEC-Tests hierbei: 339 ff.

419 *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 933.

420 *McChesney*, 6 JCLE 11 (2010), 15; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 245, m.w.Verw.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 224; grundlegend *Easterbrook*, 63 Tex. L. Rev. 1 (1984); zur potenziell höheren Schädlichkeit von Typ I-Fehlern infolge Innovationshinderung s. *Lugard/Cardwell*, CPI Antitrust Chron. 2/2012, 2, m.w.Verw.; *Lao*, 79 Anti-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grafik 5: Fehler erster und zweiter Ordnung



Eine Qualifikation als „Fehler" erfordert nun aber unvermeidlich eine vorgängige normative Festlegung dessen, was als „richtig" (im Sinne der Fehlerfreiheit) verfolgt wird. Die dargestellte Terminologie wurde namentlich in ihren Anfängen von rechtsökonomischen Kreisen verwendet, die einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz[421] nahestehen. Massstab für die Beurteilung der Fehlerfreiheit sollte indes eine Orientierung an den (justiziablen) primärrechtlichen Schutzzielen sein.[422] Inwiefern der *more economic approach* hier zur Fehlerreduktion beiträgt, kann im Rahmen dieser Untersu-

trust L.J. 649 (2014), 663 ff., mit anschaulicher Darst. des diesbezüglichen Diskussionsstands.

421 S. 68 ff.

422 Weiterf. soeben 106 f.; vgl. *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 938 f.: „Die ‚Fehleranalyse' der Ökonomen ist [...] problematisch"; vgl. *Hylton*, The law and economics of monopolization standards, in: Hylton (Hrsg.), 82 ff., 100.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chung nicht umfassend behandelt werden.[423] Es ist jedenfalls zu konstatieren, dass hohe qualitative Anforderungen an eine rechtsanwendende Behörde zu stellen sind, damit jene ihren erhöhten diskretionärer Spielraum im Verhältnis zu einer strikteren Orientierung an gesetztem Recht und Fallrecht in einer Weise zu nutzen vermag, dass sie infolgedessen auch weniger Fehler produziert (Gefahr der Orientierungslosigkeit).[424] (Auch) die „ökonomische Punktlandung" gibt's schliesslich nicht „gratis". Die einzelfallweise Untersuchung der Effekte gilt als komplex; sie steigert den Verfahrensaufwand für alle Beteiligten (Verfahrensbeteiligte wie auch rechtsprechende Instanzen) potenziell exorbitant.[425]

(2) Rechtssicherheit

Fraglich ist weiter der Einfluss des *more economic approach* auf die Rechtssicherheit. Die Gewährleistung von Rechtssicherheit ist im Sinne der schweizerischen Terminologie eine rechtsstaatliche Funktion des Gesetzmässigkeitsprinzips; sie dient dazu, das generelle Vertrauen in die Voraussehbarkeit, Berechenbarkeit und Beständigkeit des Rechts zu schützen.[426] Nach der formelhaften Umschreibung für das notwendige Mass an Rechtssicherheit sollte „ein Unternehmer *ex ante* – d.h. im Zeitpunkt seiner Entscheidung über den Einsatz einer bestimmten Geschäftsstrategie –

423 Es scheint im Übrigen nicht restlos geklärt, welche der beiden Fehlerarten aus ökonomischer Perspektive weniger „schlimm" ist, wobei dies auch hier davon abhängen sollte, was ein „Fehler" ist; zu den Auswirkungen von Typ I-Fehlern s. *Hovenkamp*, 2006 Utah L. Rev. 841, 861: „The social costs of an overly aggressive rule is not simply the damages paid by one unlucky defendant, but also the billions of dollars that consumers will subsequently lose when firms are warned away from aggressive but competitive price cutting".

424 Vgl. *Vanberg*, Consumer welfare, total welfare and economic freedom - on the normative foundations of competition policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), 44 ff., 62; vgl. 82 i.f., betr. ökonomische Berater für Richter resp. „Ökonomen als Richter".

425 *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 313; *Schmidt*, Vwl. DP Univ. Kassel 92/07, 8 f.; zum Ganzen auch *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, 47 f.

426 S. *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 329 u. Rz. 625; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 22 N 6; *Künzler/Zäch*, AJP 2013, 754 ff., 763.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zumindest ansatzweise erkennen [können], ob er aufgrund seiner Stellung am Markt gesteigerten Verhaltensanforderungen unterliegt und inwieweit das von ihm ins Auge gefasste Verhalten erlaubt oder verboten ist“[427]. Rechtssicherheit ist insofern nie ein absoluter Zustand. Sie ist aber ohne Weiteres von gewichtiger Bedeutung, zumal eine behördliche Kontrolle für das inkriminierte Unternehmen mit langwierigen Verfahren verbunden ist und sehr hohe Kosten (sowohl Verfahrenskosten als auch Verwaltungsbussen, darüber hinaus potenzielle Folgeklagen) verursachen kann.[428] Die *ex ante*-Beurteilung des wettbewerblichen Verhaltens durch das Unternehmen selbst kann sich nun als um einiges schwieriger bis unmöglich gestalten, wenn dafür nicht auf die Form, sondern auf die im Einzelfall eintretenden Effekte abzustellen ist. Dies ist der Rechtssicherheit unzuträglich. Dagegen wäre die Vorhersehbarkeit quasi unbedingt gewährleistet, wenn ein bestimmtes Verhalten unstreitig durchwegs als (*per se*) legal oder illegal qualifiziert werden könnte.[429] Indes erweist sich dies als kaum realisierbar; die Typologie wettbewerblicher Verhaltensmuster ist nahezu unendlich und ihre Wettbewerbskonformität respektive -widrigkeit lässt sich phänomenologisch kaum auseinanderhalten.[430] Dem hat folgerichtig auch die Kartellgesetzgebung Rechnung getragen – konkret vorliegend betreffend Art. 102 S. 1 AEUV: Verboten ist „die *missbräuchliche* Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ (kursiv nur hier), womit die Norm selbst

---

427 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 250, mit Verw. auf *Dreher*, WuW 2008, 23 ff., 25; ähnlich *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 185, mit Verw. auf *EuG*, Urt. v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, Tz. 192 u. Tz. 188 – *Deutsche Telekom*: „Legal certainty requires inter alia that the lawfulness of a dominant undertaking's practices must not depend on information which is generally not known to the dominant undertaking, since it would otherwise not be in a position to assess the legalty of its own activities“; weiterf. zu Unsicherheiten infolge Anwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs s. 210 ff.; zu den erheblichen Bestimmungsschwierigkeiten des „contestable share“ s. 237 ff..

428 Weiterf. *Schmidt*, Vwl. DP Univ. Kassel 92/07, 9 ff.; ebenso *Kellerbauer*, AJP 2009, 1576 ff., 1578 f., gemäss welchem gerade in Untersuchungen mit ökonomischen Analysen keine Informationen einfliessen dürfen, welche dem marktbeherrschenden Unternehmen typischerweise unbekannt seien.

429 Vgl. *Adam/Maier-Rigaud*, ZWeR 2009, 131 ff., 133; *Dreher/Adam*, ZWeR 2006, 259 ff., 265: „A per-se-rule is [...], from a legal point of view, not in itself an evil that has to be overcome, but is to a certain degree the unavoidable consequence of implementing the rule of law“; *Hellwig*, Prepr. MPI Bonn 19/2007, 12 f.

430 *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 43 ff., 48 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einen gewissen Ermessensspielraum im Sinne einer *rule of reason* einräumt.[431]

Die vorgängigen Ausführungen zeigen, dass zwischen einem hohen Mass an Rechtssicherheit und dem *more economic approach* in seiner idealtypischen Form wohl zuweilen ein immanenter Zielkonflikt besteht. Es ist unbestritten, dass Rechtssicherheit kein Ersatz für eine haltbare rechtliche Begründung sein kann.[432] Soweit jedoch einer unbedingten einzelfallweisen Berücksichtigung der eintretenden Effekte das Wort geredet wurde, so ist jene zum einen aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht minder unzulässig, zumal sie ein gebührliches Mass an Rechtssicherheit nicht zu gewährleisten vermag.[433] Zum anderen ist sie auch aus institutionenökonomischer Sicht nachteilig: Rechtsunsicherheit steigert die Transaktionskosten;[434] darüber hinaus fördert sie aus Sicht der Unternehmen das Risiko von Fehlbeurteilungen und hält damit von an sich effizienten Verhaltensweisen ab.[435] Es gibt mithin eben auch eine „reason of rules".[436]

Als schwierig erweist sich in diesem Zusammenhang auch die Frage, ob der *more economic approach* an sich geeignet ist, bei der Formulierung „sicherer Häfen" (safe harbours) Hilfestellung zu bieten.[437] Dem Konzept liegt der Anspruch zugrunde, Unternehmen verhältnismässig einfache Kriterien zur Hand zu geben, bei deren Einhaltung sie sich „sicher" rechts-

---

431 Vgl. 99 ff.; *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 207; vgl. *Stehmann*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 220 zu B. Allgemeine Grundsätze - Vorbemerkungen zu den Art. 101-109 AUV, gemäss welchem der Wortlaut der Bestimmung die Anwendung eines wirkungsbezogenen Ansatzes nahezulegen scheine; zur Möglichkeit der Rechtfertigung s. 137 ff.

432 Vgl. nur *Hellwig*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: Engel/Möschel (Hrsg.), 231 ff., 261.

433 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 74.

434 Zum Begriff s. 31 f.; vgl. *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 206 f.; weiterf. *Christiansen*, Der „More Economic Approach" in der EU-Fusionskontrolle, 395 ff.; zum Konzept optimal differenzierter Wettbewerbsregeln s. *ibid.*, 444 ff.; *Christiansen/Kerber*, 2 JCLE 215 (2006).

435 *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 934 f., der in diesem Zusammenhang einen „even more economic approach" propagiert (*ibid*., 940).

436 Weiterf. *Brennan/Buchanan*, The Reason of Rules: Constitutional Political Economy; *Vanberg*, Consumer welfare, total welfare and economic freedom - on the normative foundations of competition policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), 44 f., 60.

437 Weiterf. zur „safe harbour"-Qualität des AEC-Tests s. 391 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

konform verhalten.[438] Dabei ist zu berücksichtigen, dass der *more economic approach* durch seine normative Konzeption mit dem geltenden unionsrechtlichen Missbrauchsverbot nicht unbedingt zielidentisch ist.[439] Sein Potenzial, Verhaltensanweisungen zu formulieren, ist daher möglicherweise regelmässig beschränkt.[440]

(3) Ergebnis

Es ist gegenüber der Rechtsprechung die Kritik vorgebracht worden, jene sei in ihrer Rechtsanwendung (zu) fehlerhaft und fördere die Rechtsunsicherheit. Inwiefern diese Kritik berechtigt ist, konnte hier nicht in allgemeiner Form behandelt werden. Die vorgehenden Überlegungen haben indes gezeigt, dass sich der *more economic approach* als allgemeiner Ansatz augenscheinlich zumindest nur bedingt eignet, bezüglich diese Kritik Linderung zu verschaffen. Er weist darüber hinaus gewissermassen systemische Schwächen auf, die seiner unbesehenen Übernahme entgegenstehen sollten. Deswegen müssen Reformbemühungen kritisch danach beurteilt werden, inwiefern sie den (rechtlichen) Anforderungen zu genügen vermögen.[441]

---

438 *Albers*, Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen, Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 11 ff., 15, Fn. 17, mit dem Hinw., dass abhängig von der formalen Ausgestaltung zwischen „administrativen" und „gesetzlichen" sicheren Häfen zu unterscheiden ist; dabei bieten erstere (z.B. die Prioritätenmitteilung) nicht dieselbe Rechtssicherheit wie letztere (z.B. Gruppenfreistellungen) bieten können.

439 S. soeben 106 f.

440 Zuversichtlicher *von Weizsäcker,* WuW 2007, 1078 ff., 1081, der indes offenbar auf eine hauptsächlich statische Betrachtungsweise abstellt: „Aber wenn nachgewiesen werden kann, dass [die Geschäftspraktik] die Konsumentenwohlfahrt – ceteris paribus – in erheblichem Masse steigert, dann entsteht doch sehr stark die Vermutung, dass es bei der Beschwerde der Konkurrenten weniger um den Schutz des Wettbewerbs als um den Schutz der Wettbewerber geht. Wenn umgekehrt ein Konsumentennachteil festgestellt werden kann, dann spricht manches für die Vermutung, dass es sich um eine Form des Ausbeutungsmissbrauchs oder des Behinderungsmissbrauchs handelt".

441 Es ist Aufgabe des (Wettbewerbs-)Rechts, den verbindlichen Rahmen der (Wettbewerbs-)Politik zu regeln, vgl. *Bester*, Theorie der Industrieökonomik, 15 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

d) Prioritätenmitteilung

aa) Entstehungsgeschichte

Das Missbrauchsverbot war der letzte Bereich des unionsrechtlichen Kartellrechts, in welchem ein ökonomisch gefärbter Reformierungsprozesses eingeläutet wurde. Ende des Jahres 2005 veröffentlichte die Generaldirektion „Wettbewerb" das „Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses" (Diskussionspapier). Vorgängig war sie von der Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) beraten worden, welche sich für einen dezidierten *more economic approach*[442] im Bereich des Behinderungsmissbrauchsrechts ausgesprochen hatte.[443] Als Argument für eine Erstreckung der Beurteilung wettbewerblichen Verhaltens anhand von dessen wohlfahrtsökonomischen Effekten im Einzelfall wurde – neben der dargestellten Kritik[444] – die „Kohärenz der Rechtsanwendung" angeführt, womit eine parallele Anwendung von Art. 101 und Art. 102 AEUV auf denselben Sachverhalt regelmässig zu „gleichen oder wertungsgleichen Ergebnissen" führen würde.[445] Die Ausführungen im Diskussionspapier beschränken sich auf das Verbot des Behinderungsmissbrauchs,[446] welches im Zentrum der wettbewerbspolitischen Debatte steht und einen Schwerpunkt in der Anwendungspraxis der Kommission darstellt.[447] Im Anschluss an dessen Publikation gingen zahl-

442 S. 104 ff.

443 S. *EAGCP*, An Economic Approach to Article 82; weiterf. nur *Drexl*, Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), 905 ff., 925 ff.

444 S. schon 103 f.

445 *Albers*, Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen, Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 11 ff., 14.; *Esteva Mosso*, The more economic approach paradigm - An effects-based approach to EU competition policy, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), 11 ff., 18.

446 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 3.

447 S. nur *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 92 zu Art. 102 AEUV; das Diskussionspapier enthält eine Einführung (Tz. 1-7), Bem. zum Verhältnis von Art. 82 EGV zu anderen Vorschriften (Tz. 8-10), zur Marktabgrenzung in Fällen der Missbrauchsaufsicht (Tz. 11-19) sowie zur Bestimmung von Marktbeherrschung (Tz. 20-50); im Anschluss enthält es allgemeine Ausführungen zur Beurteilung von missbräuchlichem Verhalten (Tz. 51-92) sowie besondere Ausführungen zu Kampfpreisstrategien (Tz. 93-133), Markenzwang und Rabatten (Tz. 134-176), Koppelung und Bündelung (Tz. 177-206), Lieferverweigerungen (Tz. 207-242)

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reiche Stellungnahmen ein und Mitte 2006 fand ein abschliessendes Hearing statt. Die Kommission stellte einen Leitlinien-Entwurf in Aussicht.[448] Ende 2008 veröffentlichte sie stattdessen den Entwurf ihrer Mitteilung „Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fällen von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen" (Prioritätenmitteilung; Guidance Paper); im Februar 2009 wurde die endgültige Fassung veröffentlicht.[449] Es war das erste Mal, dass ein Dokument mit dieser Bezeichnung im Bereich des Wettbewerbsrechts durch die Kommission erlassen wurde.[450] Zwischen der Ankündigung eines Leitlinien-Entwurfs und der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung[451] lagen insbesondere die Entscheidungen des *EuGH* in Sachen *British Airways* sowie des *EuG* in Sachen *Microsoft*[452], welche den *more economic approach* im Bereich des Missbrauchsverbots in die (verfassungs-)rechtlichen Schranken verwiesen haben.[453]

bb) Inhalt

(1) Zweckbeteuerung und allgemeine Ausführungen

Die Prioritätenmitteilung bezweckt nach Darstellung der *Kommission*, ihre Prioritäten bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Fälle des Behinderungsmissbrauchs durch Unternehmen zu erläutern, die eine alleinige marktbeherrschende Stellung innehaben. Sie soll in Ergänzung zu den einschlägigen Entscheidungen der Kommission mehr Klarheit und Voraus-

---

sowie zu Sekundärmärkten (Tz. 243-265); weiterf. zum Diskussionspapier s. etwa *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 70 ff.

448 Vgl. *Hertfelder*, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, 152, m.w.Verw.

449 Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, ABl. v. 24.2.2009.

450 *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: *ders.* (Hrsg.), 103 ff, 105 f.

451 Zur Bedeutung der Begriffe s. sogleich 128 ff.; zu den Gründen s. *Pace*, *ibid*.,105.

452 *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04 – *British Airways; EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04 – *Microsoft.*

453 Ähnlich *Lovdahl Gormsen*, ECLR 2010, 45 ff., 46; weiterf. 63 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sehbarkeit in Bezug auf den allgemeinen Prüfungsrahmen schaffen, anhand dessen die Kommission entscheidet, ob sie Fälle verfolgt, in denen die eine oder andere Form des Behinderungsmissbrauchs vorliegt. Zugleich soll die Prioritätenmitteilung den Unternehmen als Hilfestellung dienen, damit jene besser abschätzen können, ob ein bestimmtes Verhalten eine Tätigkeit der Kommission nach Art. 102 AEUV auslösen könnte.[454] Indes beabsichtigt die Kommission nach eigener Darstellung mit der Mitteilung „keine Aussage über die Rechtslage" und will der Auslegung von Art. 102 AEUV durch die Gerichte nicht vorgreifen.[455]

Die *Kommission* will „bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts darauf achten, dass die Märkte reibungslos funktionieren und die Verbraucher von der Effizienz und Produktivität profitieren, die ein wirksamer Wettbewerb zwischen Unternehmen hervorbringt". Es soll sichergestellt werden, dass „Unternehmen in marktbeherrschender Stellung ihre Wettbewerber nicht durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit [...] ausschliessen".[456] Die Prioritätenmitteilung hält schliesslich fest, es gehe „der Kommission vor allem darum, den Wettbewerbsprozess und nicht einfach die Wettbewerber zu schützen." Dies könne „durchaus bedeuten, dass Wettbewerber, die den Verbrauchern in Bezug auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation weniger zu bieten haben, aus dem Markt ausscheiden".[457] Die *Kommission* anerkennt, dass „Wettbewerb [...] ein dynamischer Prozess [ist], so dass sich eine Beurteilung des auf ein Unternehmen ausgeübten Wettbewerbsdrucks nicht alleinig auf die bestehende Marktlage stützen kann".[458]

Die Prioritätenmitteilung enthält neben Ausführungen zu den Auf- und Eingreifkriterien[459] des weiteren Bemerkungen zur Bestimmung von Marktmacht[460] sowie zu den Rechtfertigungsgründen „Objektive Notwendigkeit" und „Effizienzvorteile".[461] Sie schliesst mit einem umfangreichen Kapitel zu spezifischen Formen missbräuchlichen Verhaltens, welches

454 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 2 u. 4.
455 *Ibid.*, Tz. 3.
456 *Ibid.*, Tz. 5.
457 *Ibid.*, Tz. 6.
458 *Ibid.*, Tz. 16.
459 S. sogleich 118 ff.
460 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 9-18; weiterf. schon 47 f.
461 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 28-31; weiterf. 137; kritisch zur Einführung der Begriffe Marktmacht und Marktverschliessung als „neue Zentralkategorien" sowie zur Erstreckung von Art. 101 Abs. 3 auf Art. 102 AEUV: *Heinemann*, Verhaltenskon-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausschliesslichkeitsbindungen einschliesslich bedingter Rabatte, Kopplung und Bündelung, (Kampf-)Preisunterbietungen sowie Lieferverweigerung und Preis-Kosten-Scheren behandelt.[462] Die Prioritätenmitteilung findet in zeitlicher Hinsicht volle Anwendung auf Kommissionsverfahren, welche nach ihrer Veröffentlichung im Sinne von Kap. III der VO 1/2003 eröffnet worden sind.[463]

Sowohl der Titel der Mitteilung wie auch die darin eingangs angeführten Zweckbeteuerungen lassen nicht darauf schliessen, dass materielles Recht überhaupt Inhalt der Mitteilung wäre. Danach sollen die Prioritäten bei der Anwendung von Art. 102 AEUV dargelegt werden. Doch geht der ausdrückliche Zweck der Mitteilung darüber hinaus: Die Prioritätenmitteilung enthält materiellrechtliche Ausführungen zum Recht des Behinderungsmissbrauchs, welches auf Unternehmen mit alleiniger marktbeherrschender Stellung angewandt werden soll.[464] Fraglich ist mithin, ob sich die Kommission in der Prioritätenmitteilung tatsächlich mit einer Darstellung des geltenden Missbrauchsverbots begnügt.[465]

---

trolle von Marktbeherrschern: Auf der Suche nach festerem Grund, in: Trigo Trindade/Peter/Bovet (Hrsg.), 165 ff., 169.

462 *Ibid.*, Tz. 32-90.

463 Pressemitteilung MEMO/08/761, Frage 7; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 22 zu Art. 102 AEUV; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 189 zu Art. 102, mit Verw. auf *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 916 – *Intel*; Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (VO 1/2003).

464 Ebenso *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: ders. (Hrsg.), 103 ff., 106 f.; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 22 zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 14 zu Art. 102 AEUV; vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 74, 244; *Temple Lang*, Fondazione Eni Enrico Mattei WP 2009, 29; unklar *Whish*, National competition law goals and the Commission's Guidance on Article 82 EC: the UK experience, in: Pace (Hrsg.), 152 ff., 161.

465 Die nachfolgenden diesbezüglichen Ausführungen sind lediglich allgemeiner Natur; konkrete Untersuchungen zum Verhältnis des in der Prioritätenmitteilung entwickelten Standards zur Beurteilung preisbezogenen Missbrauchsverhaltens und dem geltenden Missbrauchsverbot finden sich insb. auf 339 ff.; zur Möglichkeit der (inhaltlichen) Anfechtung s. 131 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Aufgreifkriterium

Die *Kommission* will sich bei der Anwendung von Art. 102 AEUV „auf diejenigen missbräuchlichen Verhaltensweisen konzentrieren, die den Verbrauchern am meisten schaden".[466] Die Kommission statuiert damit ein Aufgreifkriterium, welches sich am wohlfahrtstheoretischen Ansatz unter Bezugnahme auf den *consumer welfare*-Standard orientiert. Sie will sich nicht festlegen, ob sie dabei eine kurzfristige oder langfristige Betrachtungsweise (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S. respektive i.w.S.) zur Anwendung bringen will.[467]

Die Einleitung, Durchführung sowie Art der Beendigung eines Verfahrens vor der Kommission ist geprägt vom Opportunitätsprinzip.[468] Gemäss dem *EuGH* darf die Kommission zur wirksamen Erfüllung der in Art. 105 Abs. 1 AEUV aufgeführten Aufgaben[469] den ihr vorliegenden Beschwerden unterschiedliche Priorität zuweisen.[470] *Pace* führt indes überzeugend aus, dass die Kommission nach der zitierten Rechtsprechung nicht befugt sei, *ex ante* und generell Verhaltensweisen zu benennen, welche die Einleitung eines Verfahrens auslösen würden. Vielmehr sei die Kommission lediglich ermächtigt, „einzelbeschwerdeweise" und unter Berücksichtigung ihrer beschränkten Kapazitäten zu entscheiden, ob ein genügendes Unionsinteresse zur Verfolgung eines konkreten Falles bestehe.[471] Indem die Kommission im Prioritätenpapier ein generell-abstraktes Aufgreifkriterium einführt, bewegt sie sich ausserhalb der angeführten Rechtsprechung.

Das in der Prioritätenmitteilung eingeführte Aufgreifkriterium betont darüber hinaus die Bedeutung der Verbraucherschädigung im Verhältnis

---

466 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 5.

467 *Lowe*, GCP 2.2009, 3; weiterf. zum gegenständlichen Ansatz und dessen verfassungsrechtlicher Legitimation s. 68 ff., insb. 73 ff., zur Zulässigkeit dieser Statuierung s. 74 f., zu deren Bindungswirkungen s. 132 ff.; s. immerhin die auslegungsweise Konkretisierung des Begriffs „Verbrauchernachteil" sogleich 123 ff.

468 *Weiss*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, in: Terhechte (Hrsg.), 1727 ff., 1760.

469 S. 130.

470 *EuGH*, Urt. v. 14.12.2000, Rs. C-344/98, Tz. 46 – *Masterfoods*; *EuGH*, Urt. v. 4.3.1999, Rs. C-119/97, Tz. 88 – *Ufex*; *EuGH*, Urt. v. 28.2.1991, Rs. C-234/89, Tz. 44 – *Delimitis*.

471 *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: Pace (Hrsg.), 103 ff., 108 f.; vgl. Stellungnahme *Basedow* (*Massing*, Discussion, in: Basedow/Wurmnest [Hrsg.], 53 f., 54).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zum geltenden Missbrauchsverbot[472] offensichtlich übermässig und kann damit mitnichten als eine exakte Nachzeichnung desselben bezeichnet werden.[473] Diese einseitige grundsätzliche Festlegung ist *m.E.* – die generelle Anwendung nicht explizit angeführter Kriterien vorbehalten – kritisch zu beurteilen. Das Aufgreifkriterium ist im Übrigen (zu) wenig bestimmt, da keine Anhaltspunkte bestehen, auf welche statischen oder dynamischen Effekte die Kommission abstellen will. Unternehmen sehen sich damit erheblichen Unsicherheiten betreffend die Frage gegenüber, ob ein Verfahren gegen sie eröffnet wird; das Aufgreifkriterium wird ihnen wohl kaum als Hilfestellung dienen, damit sie abschätzen können, ob ein bestimmtes Verhalten ein Tätigwerden der Kommission nach Art. 102 AEUV auslösen könnte.[474] Die Problematik erscheint umso gravierender, als der Beschluss zur Einleitung eines Verfahrens im Sinne von Art. 2 VO 773/2004 nicht selbständig angefochten werden kann.[475] Eine inzidente Kontrolle des Aufgreifkriteriums durch die Unionsgerichte ist mithin unmöglich.[476]

(3) Eingreifkriterium

> *„'Anti-competitive foreclosure' is the concept that is to achieve th[e] balance of competitive process, anti-competitive conduct and consumer harm."*[477]

---

472 S. 99 ff.

473 Vgl. *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 34: „Wenig kohärent wirkt es, das Aufgreifermessen losgelöst von der rechtlichen Bewertung im eigentlichen Verfahren wahrzunehmen. Es wäre doch sehr fragwürdig, wenn die Kommission ein Verfahren nach einer Prüfung im Sinne der Prioritätenmitteilung einleiten würde, um dann anhand anderer (höchstrichterlich bestätigter) Prüfkriterien zu entscheiden".

474 Vgl. soeben 115 ff.

475 Verordnung (EG) Nr. 773/2004 der Kommission vom 7.4.2004 über die Durchführung von Verfahren auf der Grundlage der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag durch die Kommission, ABl. L 123 v. 27.4.2004, 18 ff.; s. nur *Weiss*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, in: Terhechte (Hrsg.), 1727 ff., 1804.

476 Immerhin faktisch würde die Möglichkeit dann bestehen, wenn Aufgreif- und Eingreifkriterium identisch wären, was indes nicht der Fall ist, hierzu sogleich 119 ff.

477 *Mestmäcker*, The development of German and European competition law with special reference to the EU Commission's Article 82 Guidance of 2008, in: Pace (Hrsg.), 25 ff., 49.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Regelmässiges Eingreifkriterium stellt nach der Prioritätenmitteilung eine „aller Wahrscheinlichkeit nach“[478] eintretende „wettbewerbswidrige Marktverschliessung“ („présumé risque [...] [d’]une éviction anticoncurrentielle“; „likely [...] anti-competitive foreclosure“) dar. Hierbei handelt sich wohl um den zentralen Begriff der Mitteilung,[479] welcher „einen Sachverhalt [bezeichnet], in dem das marktbeherrschende Unternehmen durch sein Verhalten vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht und als Folge das marktbeherrschende Unternehmen aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen“;[480] „Preise erhöhen“ ist weit auszulegen.[481]

„(Market) foreclosure“ ist im gegenständlichen Kontext augenscheinlich ein aus der Industrieökonomik[482] herzuleitender Begriff.[483] Es kommt ihm mithin in einem ersten Schritt eine rein deskriptive Bedeutung zu.[484] Nach *Tirole* umschreibt er „very loosely [...] commercial practices (including mergers) that reduce the buyers’ access to a supplier and/or limit the

478 S. hierzu *Petit*, 32 World Comp. 485 (2009), 493, m.w.Hinw.; weiterf. zum divergierenden quantitativen Wahrscheinlichkeitserfordernis des EuGH beim Nachweis einer „potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung“: 345 ff.

479 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 97 zu Art. 102 AEUV; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 185 zu Art. 102; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 288; der Begriff findet sich freilich etwa schon im Diskussionspapier der *GD Wettbewerb,* s. *ibid.*, Tz. 59 u. 61.

480 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19 f.

481 *Kommission*, *ibid*., Tz. 11: „Die Formulierung ‚Preise erhöhen’ [beinhaltet] auch die Fähigkeit, Preise auf einem Niveau über dem Wettbewerbspreis zu halten, und bezieht sich als Kürzel auf die verschiedenen Arten und Weisen, wie Wettbewerbsparameter (z. B. Preis, Output, Innovation oder Angebot und Qualität der Waren bzw. Dienstleistungen) zugunsten marktbeherrschenden Unternehmens und zum Schaden der Verbraucher beeinflusst werden können“, bspw. Qualitätsreduktion des Guts bei selbem Preis nach Marktverschliessung mit einhergehenden Kosteneinsparungen.

482 S. 26 f.

483 *A.M. Steuer*, Foreclosure, in: ABA Section of Antitrust (Hrsg.), Vol. II, 925 ff., 925: „Foreclosure is a concept that has its origins in the English common-law torts of forestalling, engrossing, and regrating“, mit Verw. auf einen rechtshistorischen Artikel von *Letwin* in 21 U. Chi. L. Rev. 355 (1954), welcher die Entstehungsgeschichte des U.S. Sherman Act behandelt, derweil auf den Begriff „foreclosure“ keinen direkten Bezug nimmt.

484 Entsprechend *Petzold*, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 79.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

suppliers' access to a buyer".[485] Diese breite Umschreibung umfasst offenbar sowohl eine Einschränkung des Zugangs zu Lieferquellen als auch zu Abnehmern.[486] *Rey* und *Tirole* konzentrieren sich hingegen bei einer generellen Definition allem Anschein nach zunächst auf eine Verweigerung des Zugangs zu Lieferquellen zwecks Beschränkung eines Markt*segments*, indem „foreclosure refers to a dominant firm's denial of proper access to an essential good it produces, with the intent of extending monopoly power from that segment of the market (the bottleneck segment) to an adjacent segment (the potentially competitive segment)".[487] Die Einschränkung auf „input" wird in der Folge wieder aufgegeben, und es wird alsdann auf verschiedene Märkte abgestellt: „For the purpose of this survey, we will define foreclosure as a situation in which: (i) a firm dominates one market (bottleneck good); and (ii) it uses its market power in the bottleneck good market to restrict output in another market, perhaps but not necessarily by discouraging the entry or encouraging the exit of rivals".[488]

„Marktverschliessung" verfügt mitunter in qualitativer Hinsicht über eine „sachliche" sowie eine „räumliche" Dimension:[489] In ersterer kann zwischen einer Einschränkung des Zugangs zu Lieferquellen („input foreclosure") und zu Abnehmern („customer foreclosure") unterschieden werden;[490] In letzterer kann unterschieden werden, ob ein benachbarter, vor- oder nachgelagerter Markt beeinträchtigt wird („vertical foreclosure") oder ob es sich um ein Segment desselben Marktes handelt („horizontal

485 *Tirole*, The Theory of Industrial Organization, 193; die Behandlung erfolgt im Kapitel zu „Vertical Control".

486 Ebenso in der Folge auch *Steuer*, Foreclosure, in: ABA Section of Antitrust (Hrsg.), Vol. II, 925 ff., 925: „In its simplest terms, [foreclosure] means preventing a competitor or potential competitor from competing by denying it access to inputs or customers. Today, foreclosure arises in a variety of contexts and comes in various forms, all of which prevent or restrict access to either input or selling [upstream or downstream] opportunities".

487 *Rey/Tirole*, Chapter 33: A primer on foreclosure, in: Armstrong/Porter (Hrsg.), 2145 ff., 2148.

488 *Rey/Tirole*, *ibid.*, 2153.

489 In quantitativer Hinsicht kann die Erheblichkeit einer Marktverschliessung wiederum in (nicht entsprechenden) sachlichen, räumlichen sowie zeitlichen Dimensionen untersucht werden, weiterf. 352 ff.

490 Vgl. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19 i.f.: „[D]ie Kommission [befasst sich] mit wettbewerbswidriger Marktverschliessung entweder auf der Zwischenstufe oder auf der Stufe der Endverbraucher oder auf beiden Stufen".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

foreclosure“).[491] Damit der Begriff der Marktverschliessung allerdings für die Beurteilung von möglicherweise behinderungsmissbräuchlichen, sich gegen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber auf dem beherrschten oder einem benachbarten Markt gerichtete Verhaltensweisen[492] eine umfassende Verwendung finden kann, sollte er gegenständlich weit gefasst sein und folglich – wie in der Prioritätenmitteilung richtigerweise unterlassen – in den identifizierten Dimensionen keine Einschränkung erfahren.[493]

Eine Marktverschliessung kann wohlgemerkt (*prima facie*) behinderungsmissbräuchlich sein, sie muss es jedoch keineswegs.[494] Ob eine Marktverschliessung „wettbewerbswidrig“ im Sinne der Prioritätenmitteilung ist, hängt namentlich davon ab, in welchem Ausmass der Markt aller Wahrscheinlichkeit nach verschlossen wird: Werden lediglich Konkurrenten diszipliniert oder verdrängt, welche ökonomisch ineffizient i.e.S.[495] sind, liegt möglicherweise ein Verhalten vor, welches als Leistungswettbewerb zu qualifizieren ist.[496] Eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung ist jedenfalls von einer solchen Erheblichkeit und einer solchen Be-

---

491 Vgl. *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 301 – *SIX*; *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 69 ff.; *Fatur*, EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries, 139 ff.; zur Bestimmung des „effektiven“ Preises bei bedingten Rabatten infolge Segmentierung des Marktes in einen nicht-bestreitbaren und einen bestreitbaren Teil, weiterf. 230; zur Qualifikation verschiedener Formen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs nach diesen Kriterien, s. 360 ff.

492 S. schon 97 ff.

493 Sinngemäss entsprechend die weite Definition des Begriffs „predatory foreclosure“, welche auch Verhaltensweisen der „cheap exclusion“ (s. hierzu 255) umfasst, im Beitrag der Vereinigten Staaten in *OECD*, Policy Roundtable Predatory Foreclosure, 227: „For the purpose of this discussion, we will define predatory foreclosure as a unilateral act in which one firm seeks to impose costs on its rivals with the aim of reducing competition“; ähnlich *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 82: „By foreclosure is meant that actual or potential competitors are completely or partially denied profitable access to a market“.

494 Entsprechend *Akman*, 73 Mod. L. Rev. 605 (2010), 613; *Lowe*, GCP 2.2009, 6; vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 80: „[F]oreclosure [...] ist the very essence of competition“.

495 Zum Begriff s. schon 53.

496 Vgl. *Barry Wright Corporation v. ITT Grinell Corporation*, 724 F.2d 227, Tz. 33 (1st Cir. 1983), Justice Breyer: „[V]irtually every contract to buy „forecloses“ or „excludes“ alternative sellers from some portion of the market, namely the portion consisting of what was bought“; *Petzold*, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 93, verwendet, für eine Situation wie der im Text erwähnten, die Bezeichnung „efficient foreclosure“; s.a. *Temple Lang*, 39 World Comp. 5

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständigkeit, dass „das marktbeherrschende Unternehmen [als Folge der Marktverschliessung] aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage ist, die Preise zum Nachteil der Verbraucher gewinnbringend zu erhöhen".[497]

Gewisse Unsicherheiten bestehen hinsichtlich der Frage, was „zum Nachteil der Verbraucher" bedeutet: Es sollte in dieser Hinsicht berücksichtigt werden, dass sich die Kommission zu einem weiten Verbraucherbegriff bekannt hat.[498] Auch deswegen ist *m.E.* eine (Stipulanten-nahe) Auslegung vorzugswürdig, wonach auf eine wahrscheinliche Beeinträchtigung der langfristigen *consumer welfare* abzustellen ist.[499] *Fuchs* und *Möschel* verdienen insofern uneingeschränkte Zustimmung, als „zum Nachteil der Verbraucher" „sinnvollerweise weiter zu verstehen [ist] als das blosse Ergebnis einer Berechnung der aggregierten Verbraucherrente"[500], sofern damit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.e.S.[501] eine Absage erteilt wird.[502]

Das von der Kommission propagierte allgemeine Eingreifkriterium der „aller Wahrscheinlichkeit nach" eintretenden „wettbewerbswidrigen

---

(2016), 5: „[D]istinguishing between legitimate, pro-competitive foreclosure of competitors (primarily by offering better products or services at lower prices) and illegal exclusionary conduct" (Hervorh. d. Verf.); *Lowe*, GCP 2.2009, 7; weiterf. die relativierenden Hinw. auf 192 ff.

497 Hierfür muss der fragliche Markt über gewisse strukturelle Voraussetzungen verfügen, weiterf. 349 ff.; zu den Anforderungen an die quantitative Erheblichkeit einer Marktverschliessung in „sachlicher", „räumlicher" und „zeitlicher" Hinsicht, welche im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigen sind, weiterf. 352 ff.; zum funktionalen Anwendungsbereich des AEC-Tests hierbei s. 357 ff.

498 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19 Fn. 2; s. schon 73, insb. Fn. 249; ebenso *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 206 u. 355; zustimmend *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 187 zu Art. 102 AEUV.

499 S. *Lowe*, GCP 2.2009, 4: „[...] for enforcement to be effective the Commission must be able to intervene before likely harm has turned into actual harm"; vgl. *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 45: „[T]he aim of competition policy enforcement is to enhance consumer welfare by protecting competition. This implies that competitors are only protected to the extent that they contribute to consumer welfare"; kritisch *Lianos*, Concurrences 2009, 34 ff., 34 f., m.w.Hinw.

500 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 204 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf Tz. 99 der Voraufl. v. *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Art. 102 AEUV.

501 Zum Begriff s. 68 ff.

502 Keine Hand bieten sollte ein „weites" Verständnis des „Verbrauchernachteil"-Begriffs indes zu einer eklektischen Handhabung des Wohlfahrtsstandards durch eine Berücksichtigung von Partikularinteressen, welche anderweitig nicht legitimiert sind, vgl. die entsprechenden Überlegungen schon auf 76.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Marktverschliessung“ kann als vor- und umsichtiger Ansatz bezeichnet werden, die vielgestaltigen Erscheinungsformen behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens zu erfassen.[503] Bedenklich erschiene es allemal, wenn – wie die eingangs zitierte allgemeine Umschreibung des Kriteriums den Eindruck entstehen lassen vermag – negative Effekte auf die Konsumentenwohlfahrt in signifikanter Weise in den Beurteilungsrahmen miteinbezogen würden. Wiederholt wäre auf die ungenügende Mess- und Vorhersehbarkeit von dynamischen Markteffekten hinzuweisen.[504]

Nach hier vertretener Auffassung sollte dem „Verbrauchernachteil“ indessen kein derartiger Status bei der Beurteilung einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung zukommen. Zu viel Gewicht erhält das fragliche Kriterium allerdings, wenn eine zweischrittige Prüfungsstruktur für das Eingreifkriterium („[i] Marktverschliessung; [ii] Verbrauchernachteil“) propagiert wird,[505] weil die beiden Merkmale infolgedessen „auf dieselbe Ebene“ gestellt würden. Freilich ist die Überschrift zu den Tz. 19-22 der Prioritätenmitteilung (zumindest in der deutschen Fassung) doppelsin-

503 Ähnlich *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 204 zu Art. 102 AEUV; s.a. *Immenga/Mestmäcker*, in: dies. (Hrsg.), N 33 zu Einl EU D, gemäss welchen der „wohlfahrtstheoretische Ansatz [aber] nicht überwunden“ sei, m.w.Hinw.

504 S. 68 f.; 83 f.

505 So aber *Neven/Zenger*, C & R 2011, 25 ff., 27: „The relevant test for finding anti-competitive unilateral conduct is therefore (i) to show that the conduct is very likely to foreclose competitors (foreclosure) and (ii) that such foreclosure is likely to reduce consumer welfare relative to the counterfactual (consumer harm)“; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 204 zu Art. 102 AEUV: „Es handelt sich im Grundsatz um einen zweistufigen Test: In einem ersten Schritt wird das Potenzial einer Verhaltensweise zur Behinderung von Wettbewerbern untersucht. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob sich daraus Nachteile für Verbraucher ergeben“ (Hervorh. weggelassen); *Renda*, CEPS SP 118 (2015), 37; s.a. *Petit*, 32 World Comp. 485 (2009), 489 ff.: „A careful reading of this definition [*Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19, s. im Text i.i.] suggests that the concept of ‚anti-competitive foreclosure’ is composed of two constituent elements, namely *foreclosure* [...] and *consumer harm* [...], which the Commission must prove to reach a finding of abuse under the effects-based approach“ (*Petit*, *ibid*., 489; Hervorh. im Original, notabene stark relativierend alsdann *ibid*., 492 f.: „The Communication’s language makes the consumer harm requirement redundant“); zutreffender hingegen *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 186 zu Art. 102.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nig;[506] mutmasslich missverständlich sind auch die Ausführungen ebendort, wonach „[d]ie Feststellung eines voraussichtlichen Schadens für den Verbraucher [...] auf der Grundlage qualitativer und, wann immer möglich und zweckmässig, auch anhand quantitativer Beweismittel erfolgen kann".[507] Der aller Wahrscheinlichkeit nach eintretende Verbrauchernachteil ist aber – wie die Umschreibung der Kommission sogleich klarstellt („in der Folge"[508]) – lediglich Effekt der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung; regelmässig „wettbewerbswidrig" ist letztere bereits, wenn sie *im Markt* aller Wahrscheinlichkeit nach die inkriminierten Wirkungen nach sich zieht.[509]

Die hier vertretene Auffassung erhellt einerseits, wenn man sich die in der Prioritätenmitteilung zur Bestimmung einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung angeführten allgemeinen Faktoren vergegenwärtigt, welche allesamt keinen direkten Bezug auf einen Verbrauchernachteil nehmen.[510] *Monti* konkludiert, dass „foreclosure is assumed to cause con-

506 Sie lautet: „Marktverschliessung zum Schaden des Verbrauchers (‚wettbewerbswidrige Marktverschliessung')" (Hervorh. d. Verf.); die Bezugnahme auf einen einzelnen resp. bestimmten Verbraucher ist kaum beabsichtigt und wohl ein Redaktionsfehler; schon besser die engl. Fassung: „Foreclosure leading to consumer harm (‚anti-competitive foreclosure')" (Hervorh. d. Verf.).

507 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19.

508 S.a. *Peeperkorn/Viertiö*, CPN 2009, 17 ff., 18: „determining whether the allegedly abusive conduct is likely to restrict competition and thereby harm consumers".

509 Entsprechend *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 24 – *Post Danmark*; möglicherweise anders *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.280: „What distinguishes anti-competitive exclusion from competition on the merits is whether, as a result of the exclusion, consumers are likely to be harmed"; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Tz. 96 zu Art. 102 AEUV: „Ob eine Marktverschliessung wettbewerbswidrig ist, hängt nach den Durchsetzungsprioritäten also davon ab, ob sie wahrscheinlich nachteilige Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt zur Folge hat"; relativierend indes *Bulst*, RabelsZ 2009, 703 ff., 719, 725; vgl. im Übrigen die Umschreibung einer „market distorting foreclosure" in *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 1 u. Tz. 58, sowie *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 6: „Mit ihrem Vorgehen im Falle von Behinderungsmissbrauch will die Kommission in erster Linie den Wettbewerbsprozess schützen [...]".

510 S. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, weiterf. sogleich im Text; *gl.M. Monti*, JECL&P 2010, 2 ff., 3; *a.M. Lovdahl Gormsen*, ECLR 2010, 45 ff., 47, 49.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sumer harm".[511] Dem ist zuzustimmen, wenn – und wie von *Monti* wohl impliziert – ein gewisser Grad der Marktverschliessung erreicht worden ist, und letztere ferner von einer gewissen Beständigkeit ist.[512] Unbefriedigend wäre es jedenfalls, die Vermutung eines Verbrauchernachteils bereits aus der Tatsache herzuleiten, dass die Wettbewerbsbehörde den Fall überhaupt aufgegriffen hat.[513] Andererseits ist bezeichnend (und insofern folgerichtig), dass die *Kommission* in der Entscheidung *Intel* den Nachweis eines Verbrauchernachteils lediglich qualitativ geführt hat und jener im Verhältnis zum Nachweis des marktverschliessenden Verhaltens äusserst kurz geraten ist.[514] Eine Quantifizierung von Effizienznachteilen ist in der Prioritätenmitteilung im Übrigen in diesem Stadium ohnehin nicht vorgesehen.[515]

Dieserart erscheint das allgemeine Eingreifkriterium bei abstrakter Betrachtung – im Gegensatz zum Aufgreifkriterium[516] – grundsätzlich schutzzielkonform und weitgehend mit der Rechtsprechung vereinbar.[517]

---

511 *Monti*, *ibid*., mit Verw. auf *Peeperkorn/Viertiö*, zit. in Fn. 508; entsprechend *Renda*, CEPS SP 118 (2015), 37; *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 183: „Rather, most [of these general factors] seem to indicate a traditional market structure analysis, from which possible consumer harm could at best be indirectly inferred".

512 S. schon bei Fn. 497.

513 Weiterf. zum Aufgreifkriterium s. soeben 118 f., mit kritischen Anm.

514 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1597-1616 – *Intel*; die Kommission führte auf sechs S. den Nachweis einer „significant reduction of consumer choice" und „lower incentives to innovate"; der Marktverschliessungs-Nachweis anhand des AEC-Tests umfasste 596 Tz. auf 152 S.; *Zenger* und *Walker* sprechen darüber hinaus der Auswahlbeschränkung die Eigenschaft einer *theory of harm* (weiterf. zum Begriff s. 343) ab, s. *dies.,* Theories of harm in European competition law: A progress report, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 185 ff., 207; insgesamt sehr kritisch *Gerardin*, JECL&P 2010, 112 ff., 120; vgl. im Übrigen *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 80 ff., Tz. 102 ff. – *Intel*.

515 Ebenso *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 96 zu Art. 102 AEUV; damit erübrigen sich hier im Grundsatz auch beweismassrechtliche Überlegungen hinsichtlich des „aller Wahrscheinlichkeit nach" eintretenden Verbrauchernachteils; zu den sich daraus indes ergebenden Implikationen betr. das rechtsgenügliche Vorbringen einer Effizienzrechtfertigung s. 142 ff., insb. 143 f.

516 S. den Verw. soeben in Fn. 513.

517 Dies ändert notabene nichts am Umstand, dass lediglich Verhaltensweisen einer Eingreifprüfung unterzogen werden, welche vorgängig aufgegriffen worden sind; zumal Aufgreif- und Eingreifkriterium nicht identisch sind, bleiben dementsprechend gewisse wettbewerbswidrige Marktverschliessungen ungesühnt; zu Abweichungen zwischen dem Eingreifkriterium der Kommission und der unionsgerichtl. Rspr. hinsichtl. die Anwendung des AEC-Tests s. 339 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Umschreibung des Begriffs „Wettbewerbswidrige Marktverschliessung" lässt erkennen, dass dem Schutz des Restwettbewerbs gebührende Bedeutung zugemessen werden kann.[518] Der hohe Abstraktionsgrad[519] des allgemeinen Eingreifkriteriums wird in der Prioritätenmitteilung durch eine ungewichtete Liste von Faktoren konkretisiert, welche freilich einer weiteren Strukturierung bedarf:[520] Nach Auffassung der *Kommission* sind bei der Prüfung die „Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens", die „Bedingungen auf dem relevanten Markt", die „Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens", die „Stellung der Abnehmer bzw. der Anbieter von Inputs", das „Ausmass des mutmasslichen missbräuchlichen Verhaltens","[m]ögliche Beweise für eine tatsächliche Marktverschliessung" sowie „[u]nmittelbare Beweise für eine Behinderungsstrategie" zu berücksichtigen.[521] Darüber hinaus finden sich ergän-

---

518 Diese Möglichkeit zeigt sich im Übrigen auch daran, dass im Rahmen einer gegebenenfalls vorgebrachten Effizienzrechtfertigung (wiederum) geprüft wird, ob das fragliche Verhalten „einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt", s. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 4. Lemma; weiterf. 147 f.

519 Vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 356; vgl. die kritische Beurteilung bei *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 80: „[T]he concept of anticompetitive foreclosure advanced in the Guidance Paper is both uninformative and potentially overinclusive"; zu Typ I-Fehlern s. 108 f.

520 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20; für eine Darstellung s. auch *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 101 ff. zu Art. 102 AEUV; für eine (nicht restlos korrespondierende) Auflistung von „relevant factors for finding abuse" s. *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.056; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 80 bemerken m.w.Hinw., dass diese „plus factors" zwar Folge missbräuchlichen Verhaltens sein *können*, wohlgemerkt aber nicht müssen; den „structural, not behavioural" Charakter dieser Faktoren betonend, „and so they are relevant to dominance rather than abuse": *Temple Lang*, Fondazione Eni Enrico Mattei WP 2009, 12; nochmals *Temple Lang*, 39 World Comp. 5 (2016), 6, 19; s.a. *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 25 ff.; insgesamt unkritisch etwa *Whish*, National competition law goals and the Commission' Guidance on Article 82 EC: the UK experience, in: Pace (Hrsg.), 152 ff., 156.

521 Kritisch hinsichtlich letzteren Kriteriums: *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 80, mit Verw. auf *Temple Lang*, Fondazione Eni Enrico Mattei WP 2009, wonach dem Nachweis absichtlichen Verhaltens nach der Rspr. keine konstitutive Bedeutung zukomme; s. hierzu schon 102 f. mit Verw. auf die stark relativierenden Ausführungen auf 299 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zende Ausführungen zu spezifischen Formen des Behinderungsmissbrauchs. Als besonderes Kriterium will die Kommission bei preisbezogenen Verhaltensweisen untersuchen, ob andere, genauso effiziente Wettbewerber (as efficient competitors) wie das marktbeherrschende Unternehmen daran gehindert werden beziehungsweise bereits gehindert worden sind, am Wettbewerb teilzunehmen.[522] Diese umfangreiche Begründung einer *prima facie* Missbräuchlichkeit erübrigt sich nach der Prioritätenmitteilung schliesslich lediglich bei Verhaltensweisen, welche als „by object"-Wettbewerbsbeschränkungen – wie etwa sogenannte reine Beschränkungen (naked restrictions) – qualifiziert werden.[523]

cc) Rechtsnatur und Erlasskompetenz

Die Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission trägt die Bezeichnung „Mitteilung". Derartige Massnahmen sind im AEUV nicht ausdrücklich vorgesehen.[524] Im Allgemeinen kommt Mitteilungen die Funktion zu, nationale Stellen auf ihre unionsrechtlichen Rechte und Pflichten hinzuweisen oder sie formulieren durch Auslegung des Unionsrechts einheitliche Anwendungsregeln für die Kommission.[525] Art. 288 AEUV enthält einen Katalog möglicher Rechtsakte der Union, welcher nach *h.L.* keine abschliessende Aufzählung zulässiger Handlungsformen der Unionsorgane

522 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 23-27; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.270 ff.; weiterf. 162 ff.

523 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 22; s. *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1641 ff. – *Intel*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 198 ff. – *Intel*; ebenso *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 185 zu Art. 102; kritisch hinsichtlich dieser Kategorie, weil es sich um sehr seltene Fälle handeln soll: *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 24 f.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 449 f.; dies legt im Übrigen nahe, dass für die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit einer Marktverschliessung der Rechtfertigungsschritt grundsätzlich bereits erfolglos durchlaufen sein sollte; in i.d.S. wohl *Peeperkorn/Viertiö*, CPN 2009, 17 ff., 18; weiterf. *Roth*, AJP 2017, 1341 ff., 1345.

524 S. nur *Whish*, National competition law goals and the Commission's Guidance on Article 82 EC: the UK experience, in: Pace (Hrsg.), 152 ff., 156: Eine Mitteilung, die „Prioritäten" enthalte, sei „a concept not recognised in any of the legislative acts as set out in the EU Treaties".

525 S. nur *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 33 zu Art. 288 AEUV, m.w.Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

darstellt.[526] Mitteilungen sind keine mit gesetzlicher Bindungswirkung ausgestatteten Rechtsakte im Sinne von Art. 288 Abs. 1 bis Abs. 4 AEUV (Verordnung, Richtlinie, Beschluss).[527] Es erfolgt denn auch keine Publikation von Mitteilungen im Teil „L" des Amtsblatts der Europäischen Union, sondern in dessen Teil „C", in welchem keine rechtlich verbindlichen Akte veröffentlicht werden.[528] Weiter sind Mitteilungen von den Empfehlungen und Stellungnahmen im Sinne von Art. 288 Abs. 5 AEUV zu unterscheiden, wobei sie jenen in Bedeutung und Wirkung regelmässig nahe kommen und sich die Abgrenzung folglich schwierig gestalten kann.[529] Betreffend Empfehlungen und Stellungnahmen gilt indes – wie im Übrigen auch bei Verordnungen, Richtlinien und Beschlüssen – der Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung;[530] jener gilt nicht für Mitteilungen. Im Ergebnis sind Mitteilungen somit einer eigenständigen Kategorie des EU-Rechts zuzuordnen (Unvertypte Rechtsakte *sui gene-*

526 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), N 98 zu Art. 288 AEUV; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 2 zu Art. 288 AEUV; *Brohm*, Die „Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 65.

527 *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 189 zu Art. 102; *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 21 zu Art. 1 VO 1/2003; *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 424; es handelt sich damit formell nicht um delegierte Rechtsakte oder Durchführungsrechtsakte nach Art. 290 f. AEUV, allein schon, da sie ohne Mitwirkung von Rat oder Parlament erlassen werden (vgl. Art. 103 Abs. 1 AEUV), weiterf. *Brohm*, Die „Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 54 ff.; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 286 f.; zur Qualifikation als „Quasisekundärrecht" resp. „Tertiärrecht" infolge faktischer Bindungswirkungen s. 135.

528 *EuGH*, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, Tz. 30 – *Expedia*; *EuGH*, Urt. v. 12.5.2011, Rs. C-410/09, Tz. 35 – *Polska Telefonia Cyfrowa*; *Brohm*, Die „Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 59 f., mit Hinw. auf die weitere Unterscheidung des Teils in L (I) (Rechtsakte mit Gesetzescharakter) und L (II) (Rechtsakte ohne Gesetzescharakter) u.w.Hinw.; *Korah*, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, in: Pace (Hrsg.), 8 ff., 19, mit dem Hinw., dass „Autorin" die Kommission und nicht (bloss) das Sekretariat sei.

529 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 33 zu Art. 288 AEUV betr. Stellungnahmen; vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 77, Fn. 102 betr. Empfehlungen.

530 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 144 u. N 147 zu Art. 288 AEUV; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), N 97 zu Art. 288 AEUV.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ris).[531] Sie zählen hierin zur Gruppe der europarechtlichen Verwaltungsvorschriften.[532]

Die Kommission hat nur punktuelle und im Bereich des Missbrauchsverbots nicht einschlägige originäre Rechtsetzungsbefugnisse.[533] Der Erlass von Mitteilungen bedarf einer Zuständigkeit im fraglichen Sachgebiet.[534] Der Kommission als Exekutivorgan der Union obliegt es nach Art. 105 Abs. 1 AEUV, auf die Verwirklichung der in Art. 101 und Art. 102 AEUV niedergelegten Grundsätze zu achten; sie hat die Wettbewerbspolitik der europäischen Union festzulegen und gemäss ihrer Ausrichtung durchzuführen. Damit ist die Befugnis der Kommission zum Erlass von Mitteilungen im Bereich des Missbrauchsverbots begründet.[535]

---

531 *Ruffert*, *ibid.*, N 98 u. N 102 zu Art. 288 AEUV; *Pampel*, EuZW 2005, 11 ff., 12; *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 423 f., welcher Mitteilungen als eine Subeinheit von „Leitlinien" bezeichnet. Der Begriff „Leitlinien" wird indes soweit ersichtlich mehrheitlich für Kommissionspapiere in der Form von Mitteilungen verwendet, welchen eine gewisse (auch nur faktische) materielle Verbindlichkeit zukommen (soll) (vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 16 zu Art. 102 AEUV; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 75 ff.); die Publikation von Leitlinien erfolgt aber offenbar in der Form von Bekanntmachungen der Kommission (z.B. Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, 2004/C 101/07); zur rechtlichen Bedeutung der Prioritätenmitteilung s. sogleich 132 ff.; ferner *Siegel*, NVwZ 2008, 620 ff., zum offenbar deckungsgleichen Begriff der „Auslegungsmitteilung".

532 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), N 100 u. N 102 zu Art. 288 AEUV; weiterf. *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 287 ff.; vgl. *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 286 f., welche die Prioritätenmitteilung der Kategorie der sog. „non regulatory documents" zuordnen: „*Formally*, the Guidance Paper is, thus, merely a tool created by the Commission for the purpose of its own application of art.82 EC [...]".

533 Vgl. nur *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rn. 365; *Kugelmann*, in: Streinz (Hrsg.), N 31 zu Art. 17 EUV; daneben kann die Kommission von Rat und Parlament ermächtigt werden, Ergänzungen oder Änderungen bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften eines Gesetzgebungsakts zu erlassen (Delegierte Rechtsakte; Art. 290 AEUV) oder Durchführungsrechtsakte zur Herstellung einheitlicher Bedingungen für die Durchführung verbindlicher Rechtsakte zu erlassen (Art. 291 AEUV), hierzu soeben Fn. 527.

534 *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 424.

535 Vgl. *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 5 zu Art. 4 VO 1/2003;. *Puffer-Mariette*, *ibid.*, N 20 zu Art. 1 VO 1/2003; *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, § 13 N 22.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Während die grundsätzliche Befugnis zum Erlass einer Mitteilung im Bereich des Missbrauchsverbots wohl unstrittig ist, wird der konkrete Gehalt der Prioritätenmitteilung kritischer beurteilt.[536] Es wird darüber hinaus grundsätzlich beanstandet, dass die Kommission ihre Wettbewerbspolitik zunehmend in allgemeinen Bekanntmachungen anstatt anhand von individuellen Entscheidungen entwickelt. Damit werde die Möglichkeit der Rechtsprechung stark eingeschränkt, zu neuen, regelmässig umstrittenen Fragen zeitnah Stellung beziehen zu können.[537] Einleitend ist in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit hinzuweisen, innert zweimonatiger Frist eine Nichtigkeitsklage gegen Mitteilungen zu erheben. Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* ist die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV gegen alle Massnahmen der europäischen Organe unabhängig von ihrer Rechtsnatur oder Form gegeben, die Rechtswirkungen erzeugen.[538] Insofern Mitteilungen keine eigenständigen Verpflichtungen enthalten, ist gegen sie auch kein Rechtsschutz möglich (vgl. die Analogie zu Empfehlungen und Stellungnahmen; Art. 263 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 288 Abs. 5 AEUV).[539] Überschreitet die Kommission indes ihre Befugnisse und ordnet eigenständige Verpflichtungen an, kann eine Mitteilung mit Nichtigkeitsklage angefochten werden. Entscheidender Massstab sowohl für Zulässigkeit wie auch Begründetheit einer Nichtigkeitsklage ist alsdann, ob die Mitteilung sich tatsächlich auf die Darstellung des geltenden Rechts beschränkt. Nur eine exakte Nachzeichnung respektive „authentische Auslegung" erscheint mithin als unbedenklich.[540] Gegen die Prioritätenmitteilung wurde innert Frist keine Nichtigkeitsklage erhoben; jene ist unterdessen abgelaufen (vgl. Art. 263 Abs. 6 AEUV).[541]

Auch ein Beschluss der Kommission im Sinne von Art. 288 Abs. 1 AEUV kann indes mittels Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 2 AEUV angefochten und dabei auf seine unionsrechtli-

536 S. soeben 115 ff.

537 *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 38 zu Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV.

538 *EuGH*, Urt. v. 20.3.1997, Rs. C-57/95, Tz. 7 – *Frankreich/Kommission*; *EuGH*, Urt. v. 16.6.1993, Rs. C-325/91, Tz. 9 – *Frankreich/Kommission*; *EuGH*, Urt. v. 31.3.1971, Rs. 22/70, Tz. 42 – *Kommission/Rat*.

539 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 148 zu Art. 288 AEUV.

540 Weiterf. *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 425; *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, § 13 N 43 ff.; *Siegel*, NVwZ 2008, 620 ff., 620.

541 Weiterf. nur *Cremer*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), N 75 zu Art. 263 AEUV.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

che Rechtmässigkeit überprüft werden.[542] Dadurch kann die Prioritätenmitteilung, sofern die Entscheidung der Kommission sich inhaltlich auf jene abstützt, gegebenenfalls einer inzidenten Prüfung unterzogen werden. Es ist hierbei zu beachten, dass in den Rechtsmittelverfahren vor den Unionsgerichten grundsätzlich lediglich die vorgebrachten Klagegründe geprüft werden; eine umfassende Überprüfung der rechtlichen (sowie tatsächlichen) Erwägungen der Kommission findet nicht statt.[543] Eine Verletzung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots infolge Anwendung der Prioritätenmitteilung müsste diesfalls also konkret gerügt werden.

dd) Rechtliche Wirkungen

Der *EuGH* hat betreffend die Innenwirkung einer Mitteilung festgehalten, dass Verwaltungsvorschriften die erlassende Behörde in ihrem Ermessen zu beschränken vermögen (Gleichbehandlungsgrundsatz); daneben ist bei Massnahmen mit Aussenwirkung überdies der Vertrauensgrundsatz zu be-

542 S. nur *Ehricke*, in: Streinz (Hrsg.), N 46 zu Art. 263 AEUV; weiterf. zur formal unbeschränkten Prüfung einer Geldbusse auch durch den *EuGH* (Art. 31 VO 1/2003 i.V.m. Art. 261 AEUV) s. nur *Kienapfel*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Art. 31 VO 1/2003.

543 *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 56 ff., m.w.Hinw.; fortwährende Rspr. auch unter Geltung von Art. 31 VO 1/2003, s. *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, insb. Tz. 55 – *Telefónica*, mit Verw.; vgl. *EuG*, Urt. v. 29.6.1995, Rs. T-30/91, Tz. 98 – *Solvay*; vgl. zur entsprechenden Rechtslage in der Schweiz: *BVGer*, Urt. v. 24.2.2010, Rs. B-2050/2007, Erw. 10.7.4 d) – *Swisscom*; kritisch *Heinemann*, The Setting of Fines - Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher (Hrsg.), 138 ff., 149, gemäss welchem „[i]t seems preferable to develop a more active role of the courts when examining the legality of adminstrative decisions", zumal „it seems not very satisfying that in a case brought by several applicants involved in the same anti-competitive behaviour the outcome may vary depending on the pleas of the parties".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

achten.[544] Der Prioritätenmitteilung kommt Aussenwirkung zu.[545] Die Innen- und Aussenwirkung erscheinen diesfalls gewissermassen als zwei Seiten derselben Medaille.

Inwieweit eine Mitteilung gleiche Behandlung der Adressaten gebietet und deren Vertrauen auf konsistente Anwendung schützt, darf indes nicht nur von der formellen Qualifikation als „Mitteilung" abhängen, sondern vielmehr auch von deren tatsächlichen Inhalt.[546] Betreffend eine Beschränkung ihres Aufgreifermessens relativiert die Kommission insofern ihren Selbstbindungswillen in der Prioritätenmitteilung, als sie sich ausdrücklich die Möglichkeit vorbehält, eine Beschwerde abzulehnen, wenn sie der Auffassung ist, dass der betreffende Fall trotz Erfassung durch den in der Prioritätenmitteilung ausgeführten allgemeinen Rahmen aus ande-

---

544 *EuGH*, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, Tz. 28 – *Expedia*; *EuGH*, Urt. v. 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02, C-202/02, C-205/02 bis C-208/02, C-213/02, Tz. 209 ff. – *Dansk Rørindustri*: „[Der *EuGH*] hat in Bezug auf von der Verwaltung erlassene interne Massnahmen bereits entschieden, dass sie zwar nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden können, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat, dass sie jedoch eine Verhaltensnorm darstellen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind. [...] Diese Rechtsprechung ist erst recht auf Verhaltensnormen übertragbar, die Aussenwirkungen entfalten sollen, wie es bei den Leitlinien der Fall ist, die Wirtschaftsteilnehmer betreffen. [...] Das fragliche Organ hat dadurch, dass es derartige Verhaltensnormen erlassen und durch ihre Veröffentlichung angekündigt hat, dass es sie von nun an auf die von diesen Normen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung seines Ermessens beschränkt und kann nicht von diesen Normen abweichen, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde"; vgl. *Pampel*, EuZW 2005, 11 ff., 12, mit Verw. auf die gleichgelagerte ältere Rspr. des *EuG* in Urt. v. 3.4.2003, Rs. T-119/02, Tz. 242 – *Philips/Kommission*, Urt. v. 17.12.1991, Rs. 7/89, Tz. 53 – *Hercules Chemicals* u. Urt. v. 30.4.1998, T-214/95, Tz. 89 – *Vlaams Gewest*; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 148 zu Art. 288 AEUV; *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, § 13 N 32.

545 S. *Bulst*, RabelsZ 2009, 703 ff., 708; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 26 zu Art. 102 AEUV.

546 Vgl. die ständige Rspr. des *EuG*, wonach sich auf den Vertrauensschutz (nur) berufen kann, wem gegenüber die Unionsverwaltung durch bestimmte und unbedingte Zusicherungen begründetes Vertrauen geweckt hat (*EuG*, Urt. v. 19.3.2003, Rs. T-273/01, Tz. 26 – *Innova Privat-Akademie GmbH*; *EuG*, Urt. v. 21.7.1998, verb. Rs. T-66 u. T-221/97, Tz. 104 u. Tz. 107 – *Mellett*; *EuG*, Urt. v. 18.1.2000, Rs. T-290/97, Tz. 59 – *Mehibas Dordtselaan*).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren Gründen (bspw. fehlendes Gemeinschaftsinteresse) nicht prioritär zu behandeln ist.[547] Allgemein behält sich die Kommission vor, „den in dieser Mitteilung erläuterten Ansatz in dem Masse an[zu]passen, das im jeweiligen Fall vernünftig und zweckmässig erscheint".[548] Auch das Eingreifkriterium will die Kommission nicht zwingend unisono handhaben.[549] Allein die Prioritätenmitteilung vermag deshalb wohl nur bedingt ein schutzwürdiges Vertrauen in eine konsistente und gleichmässige Anwendung der dargelegten Prinzipien zu begründen.[550] Im Zusammenspiel mit einer entsprechenden Rechtsanwendung durch die Kommission wird sich dieses freilich erhärten können.

Die Prioritätenmitteilung entfaltet gegenüber den Unionsgerichten keine rechtlichen Bindungswirkungen.[551] Die Gerichte und Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind an Mitteilungen grundsätzlich nur dann gebunden, wenn sie ihnen zugestimmt haben (Begründung eines quasivertraglichen Charakters).[552] Daneben besteht die Möglichkeit, dass ein Mitgliedsstaat eine Ausrichtung seines Wettbewerbsrechts an jenem der

---

547 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 3; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 33, geht von einer „gewissen Selbstbindung" aus.

548 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 8; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 27 zu Art. 102 AEUV.

549 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 20: „In der Regel"; s.a. die relativierenden Ausführungen zum von einem weniger leistungsfähigen Wettbewerber ausgehenden Wettbewerbsdruck in *ibid.*, Tz. 24, hierzu s.a. 186.

550 Ebenso *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 185, m.w.Hinw.; vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 15 zu Art. 102 AEUV, welche die Selbstbindungswirkung der Prioritätenmitteilung in der Tendenz u.U. als stärker beurteilen; ebenso *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 287; *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: Pace (Hrsg.), 103 ff., 117; s.a. GAin *Kokott*, Schlussanträge v. 21.5.2015, Rs. C-23/14, Tz. 59 – *Post Danmark II*: „Selbstverpflichtung [...], im Hinblick auf preisbezogene Behinderungsmissbräuche in der Regel einen AEC-Test durchzuführen"; weiterf. *Bulst*, RabelsZ 2009, 703 ff., 709, 716 ff.; vgl. *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 160 ff. – *Intel*.

551 S. schon 129; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 16 zu Art. 102 AEUV.

552 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 33 zu Art. 288 AEUV; *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 433; *Bulst*, RabelsZ 2009, 703 ff., 718; sehr deutlich *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 52 – *Post Danmark II*: „[D]ie Verwaltungspraxis der Kommission [entfaltet] für die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte keine Bindungswirkung"; dagegen sind die Mitgliedsstaaten bei der Ent-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

EU festlegt, was unter Umständen eine Pflicht der nationalen Wettbewerbsbehörde zur Berücksichtigung der Prioritätenmitteilung zu begründen vermag.[553]

ee) Tatsächliche Wirkungen

Von den rechtlichen Wirkungen der Kommissionsmitteilungen können deren tatsächliche unterschieden werden. Die Lehre bedient sich für letztere teilweise der Begriffe „Quasisekundärrecht" oder „Tertiärrecht". So spricht *Jickeli* „trotz der rechtlichen Unverbindlichkeit der Leitlinien von ‚Quasisekundärrecht', da die Kommission notfalls die Verfahren an sich ziehen kann (Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003), sie dann an ihre eigene Verlautbarung gebunden ist (Selbstbindung der Verwaltung), und die Gerichte ihr einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Würdigung wirtschaftlicher Sachverhalte lassen, die Leitlinien also nicht antasten werden"[554]. Wie gesehen gilt die hier angeführte Selbstbindung der Kommission betreffend die Prioritätenmitteilung nicht absolut;[555] soweit ersichtlich hat die Kommission vom Evokationsrecht nach Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 noch nie Gebrauch gemacht.[556] Trotzdem sind die tatsächlichen Bindungswirkungen der Prioritätenmitteilung gegebenenfalls auch für Gerichte und Wett-

---

scheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten bspw. verpflichtet, Empfehlungen i.S.v. Art. 288 Abs. 5 AEUV zu berücksichtigen, s. *EuGH*, Urt. v. 13.12.1989, Rs. 322/88, Tz. 18 – *Grimaldi*.

553 *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 287, wonach dies u.U. auf Dänemark zutreffe; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 25 zu Art. 102 AEUV, wonach dies in Italien und ansatzweise in Grossbritannien der Fall sei; ebenso *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: Pace (Hrsg.), 103 ff., 116, mit Verw. auf Art. 1 u. Art. 4.1 287/90 (Italien) sowie Sec. 60 Competition Act 1998 (UK).

554 *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 311, Fn. 38.

555 Vgl. soeben 133 f.

556 Vgl. *Leupold*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 42 zu Art. 11 VO 1/2003; *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 186, wonach ein derartiges Vorgehen unwahrscheinlich sei, m.w.Hinw.; zum Ganzen s. *Divivier*, Die Reichweite der Befugnis mitgliedstaatlicher Gerichte und Wettbewerbsbehörden zur Anwendung des EU-Kartellrechts, 171 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nicht zu unterschätzen:[557] Der *EuGH* hat die der Kommission zugewiesene Aufgabe betont, „die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft festzulegen und gemäss ihrer Ausrichtung durchzuführen".[558] Die kohärente Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots bedingt mithin, dass die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte keine den Entscheidungen der Kommission und der Unionsgerichte widersprechende Rechtsprechung erlassen.[559] Darüber hinaus dürfen nationale Wettbewerbsbehörden keine „'negative' Sachentscheidung" treffen, womit nur die Kommission zuständig ist, die Zulässigkeit eines Verhaltens nach Art. 102 AEUV festzustellen.[560] Sofern die Kommission das unionsrechtliche Missbrauchsverbotsrecht also entsprechend ihrer Prioritätenmitteilung anwendet und diese Auslegung durch die Unionsgerichte auch gestützt wird, werden tatsächlich auch die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte die Prioritätenmitteilung anwenden (müssen).[561]

---

557 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 24 f. zu Art. 102 AEUV; *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 10 zu Einl EU D; vgl. *Siegel*, NVwZ 2008, 620 ff., 620, m.w.Verw.; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 287; zur Bedeutung des Europäischen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden (ECN) als Plattform für Prioritätenmitteilungs-„Werbung" s. *Bulst*, RabelsZ 2009, 703 ff., 718.

558 *EuGH*, Urt. v. 14.12.2000, Rs. C-344/98, Tz. 46 – *Masterfoods*.

559 Vgl. Art. 16 VO 1/2003; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.11.2012, Rs. C-199/11, Tz. 50 ff. – *Otis*; weiterf. zu den Grenzen der Kohärenzpflicht s. nur *Becker/Vollrath*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 25 ff. zu Art. 16 VO 1/2003.

560 *EuGH*, Urt. v. 3.5.2011, Rs. C-375/09, Tz. 30 – *Tele2 Polska*.

561 Im Ergebnis ähnlich: *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 34; im Übrigen wird die Möglichkeit von „amicus curiae" der Kommission an die staatlichen Gerichte (vgl. Art. 15 VO 1/2003) augenscheinlich kaum genutzt.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

e) Rechtfertigung

aa) Zweischrittige Prüfung

Art. 102 AEUV enthält im Unterschied zu Art. 101 AEUV mit dessen Abs. 3 keinen Freistellungstatbestand.[562] (Auch) im Rahmen von Art. 102 AEUV kann ein Verhalten indes nicht missbräuchlich sein, wenn es „gerechtfertigt" werden kann; ist das Verhalten hingegen missbräuchlich, ist es ausnahmelos („*per se*") verboten.[563] Die Prüfung der Rechtswidrigkeit hat hier mithin vollumfänglich „integral" zu erfolgen: Im Sinne einer „tatbestandsimmanenten Interessenabwägung" ist das Merkmal „missbräuchliche Ausnutzung" danach auszulegen, ob eine Rechtfertigung für das *prima facie* missbräuchliche Verhalten vorliegt. Der *EuGH* bedient sich eines Prüfungsmusters in zwei Schritten, welches sich in jüngerer Zeit – simultan zu den Reformbestrebungen der Kommission – klarer herauszubilden begonnen hat:[564] Zuerst stellt er fest, ob das Verhalten geeignet ist, den

562 *EuGH*, Urt. v. 16.03.2000; verb. Rs. C-395/96 u. C-396/96; Tz. 135 – *Compagnie maritime belge*: „[...] nach ständiger Rechtsprechung kann für den Missbrauch einer beherrschenden Stellung keine wie auch immer geartete Freistellung gewährt werden"; eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV beeinträchtigt im Übrigen nicht die Anwendung von Art. 102 AEUV s. *ibid.,* Tz. 130; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-310/93, Tz. 11 – *BPB Industries*.

563 *EuGH*, Urt. v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Tz. 25 – *Continental Can*; *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 117; vgl. *Fuchs*, Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht?, in: Fleischer/Zimmer (Hrsg.), 69 ff., 87; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 283: „in some ways a tautology".

564 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 152 f. zu Art. 102 AEUV, mit dem Hinw., dass sich „Andeutungen" zu einem solchen Prüfungsmuster schon in der früheren Rspr. finden würden, m.w.Verw.; *Fuchs/Möschel* haben die noch in der Voraufl. v. *Möschel* vorgebrachte dezidierte Kritik an der Zweistufigkeit (s. *ders.*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 4. Aufl., N 121 zu Art. 82) aufgegeben und sprechen sich nun im Grundsatz für das vom *EuGH* gewählte Vorgehen aus, m.w.Verw. (*ibid*., N 162 f. zu Art. 102); vgl. *Osterud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, 245 ff.; kritisch: *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 286 ff., mit Verw. auf die durch die Kommission und die gerichtliche Praxis regelmässig kursorische Prüfung des zweiten Schritts (*ibid*., 287); vgl. *Fuchs/Möschel*, in: *ibid*., N 163 zu Art. 102 AEUV, welche zumindest den nennenswerten praktischen Anwendungsbereich der Effizienzrechtfertigung ebenfalls in Frage stellen, hierzu sogleich insb. 147; *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 118 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Wettbewerbsprozess zu behindern; bejaht der Gerichtshof dies, eröffnet er die Möglichkeit zur Rechtfertigung.[565]

bb) Systematisierung der Rechtfertigungsgründe

Eine allgemein konsentierte Systematisierung der Rechtfertigungsgründe war bisher nicht möglich; die Rechtsprechung hat eher kasuistischen Charakter.[566] Grundlegend erscheint, dass sich entsprechend der objektiven Natur des Merkmals „missbräuchliche Ausnutzung“[567] auch die tatbestandsimmanente Rechtfertigung auf objektive Gründe stützen können muss. Anerkennung findet zum einen die Gruppe der ausserhalb des Unternehmens liegenden, das fragliche Verhalten als „objektiv notwendig“ erscheinen lassenden Gründe.[568] Grundsätzliche Anerkennung als objektiver Rechtfertigungsgrund finden zum anderen (nun) auch im Rahmen einer „Gesamtbewertung“ eintretende Effizienz-Kompensationen (Effizienzrechtfertigung; *efficiency defence*).[569] Die Wahrung *eigener* berechtigter wirtschaftlicher Interessen (sog. *meeting competition defence*) ist wohl – jedenfalls im Rahmen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsver-

565 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 47 – *Post Danmark II*; *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 68 f. – *British Airways;* vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-457/10, Tz. 134 – *AstraZeneca*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Tz. 31, 77, 88, 97 – *TeliaSonera*; s. auch *EuG*, Urt. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 696 f. – *Microsoft*; vgl. schon *EuGH,* Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Tz. 184 – *United Brands*; *EuGH*, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94, Tz. 37 – *Tetra Pak*; *EuGH*, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, Tz. 52, 2. Lemma – *IMS Health*; zum Ganzen *Friederiszick/Gratz*, 11 JCLE 671 (2015).

566 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 136 zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 156 zu Art. 102 AEUV; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 179 zu Art. 102: „Die Äusserungen der Unionsgerichte und der Kommission zum Problemkreis der Rechtfertigung summieren sich zu einer bislang wenig systematisierten Kasuistik“; vgl. immerhin die Systematisierungsansätze bei *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), N 145 ff. zu Art. 102 AEUV.

567 S. 102 f.

568 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 41 – *Post Danmark*; *EuGH*, Urt. v. 3.10.1985, Rs. 311/84, Tz. 27 – *CBEM*.

569 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 47 f. – *Post Danmark II*; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 41 f. – *Post Danmark*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 76 – *TeliaSonera*; *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 69 u. Tz. 86 – *British Airways*; weiterf. 142 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bots – nicht als Rechtfertigungsgrund zu qualifizieren.[570] Die Rechtfertigung von Preisnachlässen als „Mengenrabatte" weist Besonderheiten dahingehend auf, dass sie bereits im Rahmen der Beurteilung der *prima facie* Missbräuchlichkeit zu erbringen ist.[571] *Akman* identifiziert daneben öffentliche Interessen als selbständigen Rechtfertigungsgrund.[572]

cc) Beweislast

Die dargestellte zweischrittige Prüfung ist namentlich auch von beweisrechtlicher Bedeutung. Die Kommission und die Gerichte weisen die Behauptungs- und Substanziierungslast für den zweiten Schritt (Rechtfertigung) dem sich *prima facie* missbräuchlich verhaltenden Unternehmen zu. Diesbezüglich hat das *EuG* ausgeführt, „dass die Kommission zwar die Beweislast für das Vorliegen der Umstände trägt, aus denen sich ein Verstoß gegen Art. [102 AEUV] ergibt; es ist jedoch Sache des betroffenen beherrschenden Unternehmens und nicht der Kommission, vor dem Ende des Verwaltungsverfahrens gegebenenfalls eine etwaige objektive Recht-

570 Weiterf. 273 ff; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 136 ff. u. insb. N 139 f. zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 153 f. zu Art. 102 AEUV. jew. mit Verw. auf die einschlägige Rechtsprechung u.w.Verw.; die Prioritätenmitteilung sieht *eine meeting competition defence* nicht vor, anders noch *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 78 u. Tz. 81 ff.; der *EuGH* hat die Wahrung *eigener* wirtschaftlicher Interessen nicht (ausdrücklich) als Rechtfertigungsgrund angeführt (*EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 41 – *Post Danmark*); in welchem Mass derartige Vorbringen als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden, stellt eine Austarierung des Spannungsfeldes „besondere Verantwortung" vs. „(legitimate) loss minimizing reactions" des marktbeherrschenden Unternehmens dar, welche beide im Grundsatz vom *EuGH* anerkannt wurden (*EuGH*, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81, Tz. 57 – *Michelin*; *EuGH,* Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Tz. 189 ff. – *United Brands*), weiterf. *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 180 f. zu Art. 102, deren Ausführungen insb. auch aufzeigen, wie unklar die Abgrenzung der *meeting competition defence* von einer *efficiency defence* ist; vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 38 u. N 67 zu Art. 7, mit Verw. auf einen potenziell eigenständigen Anwendungsbereich im Ausbeutungsmissbrauchsverbot u.w.Verw.

571 Weiterf. 371 f.; zum Begriff Mengenrabatte s. 368 ff.

572 *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 261 ff., unter Verw. auf die Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV und das Gebot einer säulenübergreifend kohärenten Auslegung; die Bedeutung letzterer betonend *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 45; *Gerardin*, 11 JCLE 579 ff. (2015), 602.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fertigung geltend zu machen und dafür Argumente und Beweise vorzubringen. Dann hat die Kommission, wenn sie einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung feststellen will, darzutun, dass die von dem Unternehmen vorgebrachten Argumente und Beweise nicht stichhaltig sind und dass folglich die geltend gemachte Rechtfertigung nicht durchgreifen kann".[573] Zitierte Rechtsprechung wurde in die Prioritätenmitteilung übernommen und vom *EuGH* bestätigt.[574] Nach offenbar überwiegender Meinung ist diese „Aufgabenteilung" sachgerecht; sie führe dazu, dass das Ermittlungsverfahren der Kommission nicht allzu leicht mit dem Hinweis auf die fehlende Berücksichtigung verschiedenster (nahe- oder fernerliegender) Rechtfertigungsgründe in die Länge gezogen werden könne.[575]

Aus dogmatischer Sicht ist die zitierte Rechtsprechung indes kritisch zu beurteilen.[576] Der Wortlaut von Art. 102 AEUV enthält keine Anhaltspunkte betreffend eine Zweischrittigkeit. Nach Art. 2 VO 1/2003 obliegt die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV der Partei oder der Behörde, die diesen Vorwurf erhebt (Art. 2 S. 1 VO 1/2003); die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen (Art. 2 S. 2 VO 1/2003). Unzulässig scheint eine (direkte) Anwendung von Art. 2 S. 2 VO 1/2003 auf Verfahren nach Art. 102 AEUV[577], weil erstere Norm die letztere gerade nicht erwähnt und überdies die „Eingreifkriterien" der Freistellungsnorm und einer Rechtfertigung nach Art. 102 AEUV nicht übereinstimmen.[578]

---

573 *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 688 – *Microsoft*; *EuG*, Urt. v. 9.9.2009, Rs. T-301/04, Tz. 140 – *Clearstream*; vgl. *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, 63 f.

574 S. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 31; *Rousseva*, Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 239 ff., 288; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 40 f. – *Post Danmark*.

575 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 150 zu Art. 102 AEUV, jedenfalls betr. eine Effizienzrechtfertigung; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), N 160 zu Art. 102 AEUV; zustimmend auch *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 182 zu Art. 102.

576 Ebenso *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 289 f.; *Dreher/Adam*, ZWeR 2006, 259, 269 f.; *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), N 160 zu Art. 102 AEUV; *Bulst*, *ibid.*, N 150 zu Art. 102 AEUV.

577 *Ebenso O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 290.

578 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 163 zu Art. 102 AEUV: „[...] die höhere Eingriffschwelle bei Art. 102 AEUV [...] beginnt [dort],

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 2 VO 1/2003 umfasst für sowohl unionsrechtliche als auch mitgliedstaatliche Verfahren lediglich die materielle Beweislast oder das Beweisrisiko (Risiko der tatsächlichen Nichtaufklärbarkeit).[579] Er betrifft indes nicht die Beweisführungslast (formelle Beweislast).[580] Die Beweisführungslast ist dem jeweilig anwendbaren Verfahrensrecht zu entnehmen. Selbst wenn man Art. 2 S. 2 VO 1/2003 auf Fälle von Art. 102 AEUV anwenden möchte, stellt jener mithin keine rechtliche Grundlage dar, die Beweisführungslast auf das inkriminierte Unternehmen zu übertragen. Folglich müsste das besagte Unternehmen also lediglich das Beweisrisiko im zweiten Schritt – nach dem Nachweis einer *prima facie* Missbräuchlichkeit – tragen, wenn die Behördenermittlung (noch) nicht zum Nachweis von rechtfertigenden Tatsachen geführt hat.[581] Fraglich ist schon diesfalls, ob damit der in einem bussgeldrechtlichen Verfahren geltenden Unschuldsvermutung (Art. 48 Abs. 1 Grundrechtecharta; vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK) entsprochen wird.[582] Die Rechtsprechung geht indes wie dargestellt offenbar noch weiter, indem sie auch die Beweisführungslast dem

---

wo die Freistellungsfähigkeit von Verhaltenskoordinationen nach Art. 101 AEUV regelmässig endet"; *a.M. Rousseva*, Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 239 ff., 289; *Rousseva/Marquis*, JECL&P 2013, 32 ff., 49; weiterf. *Bryde*, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, 183 ff.

579 S. S. 4 des 5. Erwägungsgrundes; *Bechtold/Bosch/Brinker*, N 16 zu Art. 2 VO 1/2003.

580 Er enthält auch keine Aussagen über das erforderliche Beweismass: *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 1 u. N 8 zu 3. Artikel 2; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 3 zu Art. 2 VO 1/2003; hierzu s. sogleich: 145 ff.

581 Vgl. *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 57.

582 Zur Auslegung von Art. 6 EMRK nach der Rspr. des EGMR und deren Verbindlichkeit aufgrund von Art. 52 Abs. 3 Grundrechtecharta (Transferklausel) auch für die Auslegung von Art. 48 Grundrechtecharta s. nur *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, 14 ff.; für eine Nichtanwendung von Art. 2 S. 2 VO 1/2003 in Bussgeldverfahren plädieren: *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 15 zu 3. Artikel 2; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 15 zu Art. 2 VO 1/2003.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unternehmen überträgt.[583] Soweit ersichtlich enthält das unionsrechtliche Verfahrensrecht hierfür keine genügende Grundlage.[584]

Wenigstens in tatsächlicher Hinsicht erscheint das ominöse Vorgehen etwas weniger bedenklich, wenn sich das inkriminierte Unternehmen mit ausserhalb des Unternehmens liegenden, das fragliche Verhalten als objektiv notwendig erscheinend lassenden Gründen rechtfertigen kann. Entsprechende Argumente sollten gegebenenfalls vorgebracht werden können.[585] Problematischer, weil mit vielerlei Unsicherheiten verbunden, erweist sich indes das rechtsgenügliche Vorbringen einer Effizienzrechtfertigung.[586]

dd) Effizienzrechtfertigung

(1) Voraussetzungskatalog

Die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung ist in der jüngeren Rechtsprechung des *EuGH* nun weitgehend anerkannt worden;[587] danach hat „das Unternehmen in beherrschender Stellung nachzuweisen, dass die durch das betreffende [*prima facie* missbräuchliche] Verhalten möglicherweise eintretenden Effizienzvorteile wahrscheinlich negative Auswirkun-

583 S. die Nachweise in Fn. 573 f.

584 Weiterf. die Darstellung der *m.E.* im Ergebnis nicht durchdringenden Argumente insb. bei *Paulis*, The Burden of Proof in Article 82 cases; *Rousseva*, Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 239 ff., 289; *Bryde*, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, 342 ff.

585 Ähnlich *Grätz*, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, 269, mit Verw. auf den diesbezüglich regelmässigen Wissensvorsprung des inkriminierten Unternehmens gegenüber der Kommission; vgl. *Volpin*, 51 CMLR 1159 (2014), 1173, welche in der Rspr. der Unionsgerichte ein „proof-proximity principle" erkennt, welches „[allocates] the evidential burden of proof [...] upon the party in whose hands evidence is more likely to be available".

586 S. sogleich 142 ff.

587 S. die Nachweise in Fn. 569; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 156 zu Art. 102 AEUV; in der Tendenz zurückhaltender *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 181 zu Art. 102; ablehnend *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 36 zu B. Allgemeine Grundsätze - Vorbemerkungen zu den Art. 101-109 AEUV; *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: Pace (Hrsg.), 112 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen auf den Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher auf den betroffenen Märkten ausgleichen, dass diese Effizienzvorteile durch das genannte Verhalten erzielt worden sind oder erzielt werden können und dass dieses Verhalten für das Erreichen der Effizienzvorteile notwendig ist und einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt".[588] Die zitierte Rechtsprechung entspricht inhaltlich sehr weitgehend dem Voraussetzungskatalog, welchen die Kommission gemäss ihrer Prioritätenmitteilung anzuwenden gedenkt; jener ähnelt demjenigen des Art. 101 Abs. 3 AEUV.[589] Allem Anschein nach werden die Behauptungs- und Beweisführungslast für die kumulative Erfüllung der (positiven) Voraussetzungen vollumfänglich dem inkriminierten Unternehmen übertragen.[590]

(2) Effizienzvorteile, negative Auswirkungen sowie Bilanzierung

Beweisgegenstand sind einerseits „Effizienzvorteile", welche sich nach Ansicht der *Kommission* „unter anderem [aus] technische[n] Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb" ergeben können.[591] Während „technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung" wohl als Produktinnovationen und damit eine Komponente der dynamischen Effizienz bei gesamtgesellschaftlicher Betrach-

588 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 49 – *Post Danmark II*; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 42 – *Post Danmark*.

589 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, mit Verw. auf die Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV (ABl. C 101 v. 27.4.2004, 97 ff.); *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 515 zu Art. 102 AEUV: "Die Parallelität der vier Voraussetzungen mit dem Tatbestand von Art. 101 Abs. 3 ist unverkennbar"; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 142 u. N 149 zu Art. 102 AEUV, m.w.Hinw.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 155 u. N 160 zu Art. 102 AEUV; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 285; vgl. *Posner*, Antitrust Law, 195: „The defendant can rebut by proving that although it is a monopolist and the challenged practice exclusionary, the practice is, on balance, efficient".

590 Zur dogmatischen Kritik s. soeben 140 ff.

591 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 1. Lemma; weiterf. die konkretisierenden Hinw. in *ibid*., Tz. 46, Tz. 62, Tz. 74 u. Tz. 89; unklar *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 217 – *France Télécom*, wonach Effizienzvorteile offenbar nur selektiv berücksichtigungsfähig sein sollen, weiterf. 225 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung zu qualifizieren sind,[592] dürften „Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb“ neben den gleichgelagerten Prozessinnovationen[593] auch technische Effizienz und damit eine Komponente der produktiven Effizienz bei unternehmensinterner, statischer Betrachtung (ökonomische Effizienz i.e.S.)[594] umfassen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass dynamische Effizienzen sich schwerlich und jedenfalls nicht entsprechend statischen Effizienzen „berechnen“ lassen.[595] Statische und dynamische Effizienzen sind darüber hinaus wohl (vielfältig) interdependent.[596] Eine Quantifizierung der Effizienzvorteile wäre – selbst wenn dynamische Effizienzen genügend substanziierbar wären – mittels einer „simplen Addition“ augenscheinlich unzulässig.[597] Grundsätzlich positiv zu beurteilen ist indes, dass mit der Berücksichtigung von dynamischen Effizienzwirkungen eine langfristige Betrachtungsweise erfolgt (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.),[598] welche insofern mit dem europäischen Missbrauchsverbot als (zumindest bedingt) schutzzielkompatibel erscheint.[599]

Besagte Effizienzvorteile sind alsdann „mit [den] negative[n] Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher auf den betroffenen Märkten“ ins Verhältnis zu setzen. Sinnvollerweise sind die „negative[n] Auswirkungen auf den Wettbewerb“ in diesem Zusammenhang dahingehend zu beurteilen, inwiefern jene im Sinne eines wohlfahrtstheoretischen Ansatzes i.w.S. zu statischen und dynamischen Ineffizienzen führen. Der Hinweis auf die „negative[n] Auswirkungen auf [...] die Interessen der Verbraucher“ – die Kommission spricht in diesem Zusammenhang von „negative[n] Auswirkungen auf [...] das Verbraucherwohl auf den betroffenen Märkten“[600] – ist dahingehend zu deuten, dass

592 S. 57 f.
593 S. 57.
594 S. 53 f.
595 S. 58 f.
596 S. 59 f.
597 Ähnlich *Bryde*, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, 225; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 287 f., mit dem Hinw., dass ein derartig detailliertes Wissen über die eintretenden Effizienzeffekte *ex ante* (im Zeitpunkt der Entscheidung über das fragliche Verhalten) umso weniger vorhanden sei, vgl. hierzu 110 ff.
598 S. 68 f.
599 Weiterf. 71 ff., 78 u. 82 ff.
600 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 3. Lemma.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein *consumer welfare*-Standard[601] zur Anwendung gelangen soll respektive Konsumenteninteressen zumindest überproportional berücksichtigt werden sollen.[602]

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern die Kommission insofern „vorleistungspflichtig" ist respektive sein sollte, die wahrscheinlichen negativen Effizienzwirkungen – soweit und sofern dies zumindest möglich ist – vorgängig zu quantifizieren. Andernfalls erscheint es für das inkriminierte Unternehmen als regelmässig unklar, welche Form von Effizienzen und welches nötige Ausmass zu substanziieren sind.[603]

(3) Tatsachen- und Prognosenbeweise sowie Beweismass

Die zitierte Rechtsprechung will in die Beurteilung „möglicherweise eintretende Effizienzvorteile" sowie „wahrscheinlich negative Auswirkungen" einbeziehen; Effizienzvorteile sind insoweit berücksichtigungsfähig, als sie „durch das [*prima facie* missbräuchliche] Verhalten erzielt worden sind oder erzielt werden können".[604] Berücksichtigt werden mithin Geschehnisse aus der Vergangenheit und (mögliche) Wirkungen in der Zukunft, womit prozessuale Beweise einerseits über tatsächliche Umstände (Tatsachenbeweise), andererseits über wettbewerbliche Prognosen (Pro-

601 S. 73 ff.

602 Eine unbedingte Orientierung am *consumer welfare*-Standard wäre indes einigermassen widersprüchlich, weil im Rahmen der Effizienzvorteile zuvor ökonomische Effizienzen i.e.S. und damit Produzenteninteressen berücksichtigt wurden; eine derartige Auslegung erschiene im Übrigen auch mit den primärrechtlichen Schutzzielen als nicht kompatibel, vgl. 78; kritisch hierzu *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), N 64 zu Art. 102 AEUV.

603 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 128 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf die wenig ergiebige Rspr., insb. *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 561 – *Microsoft*; s. auch *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 205, Fn. 789 zu Art. 102 AEUV, gemäss welchen eine Quantifizierung spätestens dann erforderlich werde, „wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen [...] auf Effizienzgewinne beruft".

604 Vgl. auch *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 31: Es obliege der Kommission, zwischen den etwaigen offensichtlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen und den vorgebrachten und substanziierten Effizienzen abzuwägen, ob jene „unter dem Strich" (*ibid.*, Tz. 30) *wahrscheinlich* zum Schaden der Verbraucher sind.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gnosebeweise) zu führen sind.[605] Die Berücksichtigung zukünftiger Wirkungen ist grundsätzlich ohne Weiteres folgerichtig mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.w.S., zumal bei einer langfristigen Betrachtungsweise auch dynamische Effizienzwirkungen berücksichtigt werden müssen.[606] *Akman* kritisiert indes, dass eine derartige *ex ante*-Berücksichtigung von Effizienzvorteilen analog fusionsrechtlichen Kriterien (vgl. Art. 2 FKVO) im Missbrauchsverbot systemwidrig erscheine. Im Rahmen von Art. 102 AEUV sei „*past* conduct" zu beurteilen; die Norm biete keine Grundlage, „to control all actions of a dominant undertaking to ensure that they benefit consumers".[607] Dem ist einerseits entgegenzuhalten, dass zwischen dem Verhalten und dessen Wirkung zu unterscheiden ist: (Zukünftige) Effizienzwirkungen können sehr wohl durch ein vergangenes (oder gegebenenfalls weiterhin andauerndes) *prima facie* missbräuchliches Verhalten ausgelöst worden sein. Andererseits führt deren Berücksichtigung bei der Rechtfertigung (zweiter Prüfungsschritt) grundsätzlich nicht dazu, dass jedes Verhalten danach beurteilt würde, sondern eben gerade nur *prima facie* missbräuchliches Verhalten (Bejahung des ersten Prüfungsschrittes als notwendige Bedingung).[608]

Die prozessuale Beweisführung über wettbewerbliche Prognosen ist nun aber auch aus wissenschaftstheoretischen Gründen nur beschränkt möglich: Strikte Prognosebeweise sind unmöglich, weswegen das Beweismass notwendigerweise gesenkt werden muss.[609] Diesfalls scheint das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit („51 %"; „Es spricht mehr für als gegen das Vorliegen eines behaupteten Umstandes"; entspre-

605 Vgl. *Holterhus*, Beweisführung in der Europäischen Fusionskontrolle, 25 ff., m.w.Hinw.

606 S. 69.

607 *Akman*, 73 Mod. L. Rev. 605 (2010), 621; *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 281.

608 Wenigstens zur Begründung einer *prima facie* Missbräuchlichkeit eignet sich das (schwergewichtige) Abstellen auf dynamische Effekte indes tatsächlich kaum, s. schon 119 ff., sowie die kritischen Bem. zur Berücksichtigung insb. von Lerneffekten bei der Verwendung des AEC als Beurteilungsmassstab, mit Verw. auf problematische Tendenzen der *ex ante*-Regulierung beim Missbrauchsverbot: 195 ff.

609 Weiterf. vgl. nur *Holterhus*, Beweisführung in der Europäischen Fusionskontrolle, 36 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chend den Anforderungen im Fusionskontrollrecht[610] sowie bei Art. 101 Abs. 3 AEUV[611]) grundsätzlich als angemessen.[612] Fraglich ist indes, ob diese Beweismasssenkung bei der Effizienzrechtfertigung im Rahmen von Art. 102 AEUV generell und insbesondere auch für Tatsachenbeweise gelten soll. Es spricht hier *m.E.* einiges dafür, das erforderliche Beweismass flexibel zu handhaben, je nachdem wie komplex sich die ökonomische Beweisführung darstellt. So kann zum Beispiel wohl gerade beim Nachweis von ökonomischen Effizienzen i.e.S.[613] regelmässig die Erfüllung eines höheren Beweismasses gefordert werden als etwa für den Nachweis von dynamischen Effizienzen.

(4) Keine Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs

Schliesslich ist nach zitierter Rechtsprechung Beweisgegenstand, dass das *prima facie* missbräuchliche Verhalten „einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt". Die Kommission anerkennt Rivalitäten zwischen Unternehmen als wichtigen Anreizfaktor für wirtschaftliche Effizienz; dem „Schutz der Rivalität und des Wettbewerbsprozesses" werde immer dann Vorrang vor möglichen

---

610 S. *Holterhus*, *ibid*., welcher zum überzeugenden Schluss gelangt, dass betr. Prognosebeweise im Fusionskontrollrecht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit angemessen und (nun) auch von der Rspr. anerkannt sei (*ibid.*, 203 ff., mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 31.3.1998, verb. Rs. C-68/94, C/30/95, Tz. 228 – *Kali & Salz*; *EuG*, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Tz. 63 – *Airtours*; *EuG*, Urt. v. 25.10.2002, Rs. T-5/02, Tz. 155, 162, 212, 223, 227, 256, 281, 312 – *Tetra Laval*; *EuGH*, Urt. v. 15.2.2005, Rs. C-12/03, Tz. 41 – *Tetra Laval*; *EuG*, Urt. v. 14.12.2005, Rs. T-210/01, Tz. 69, 76, 295, 297, 327, 332 f., 340, 405, 429, 433, 464, 469, 577 – *General Electric*; *EuGH*, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06, Tz. 52 – *Impala II*).

611 *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, 232; *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 746; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 270 zu Artikel 101 AEUV.

612 Ebenso *Grünberger*, Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen, in: Möschel/Bien (Hrsg.), 134 ff., 147; *a.M.* offenbar *WEKO-Sekretariat*, RPW 2003/1, 62 ff., 70 f. (Tz. 42 ff., insb. Tz. 45) – *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung.*

613 S. 53.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„[‚Netto'-]Effizienzvorteilen" eingeräumt, wenn es keinen Restwettbewerb gebe und in absehbarer Zeit kein Markteintritt drohe.[614] Während diese Forderung aus der Perspektive der Schutzzielkonformität zuzustimmen ist,[615] verweisen *O'Donoghue* und *Padilla* wohl zutreffend auf eine „logical contradiction between the the substantive test for abuse [erster Prüfungsschritt] and the availability of an efficiency defence [zweiter Prüfungsschritt]": Die Bejahung von Marktbeherrschung und einer erheblichen Marktverschliessung[616] verhindere regelmässig die erfolgreiche Geltendmachung dieser letzten Voraussetzung und damit die Effizienzrechtfertigung an sich, zumal dann kein wirksamer Wettbewerb mehr vorhanden sei.[617]

B. Schweiz

aa) Ausgangslage

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG in der gültigen Fassung vom 6. Okt. 1995 (in Kraft getreten am 1. Feb. 1996) verhalten sich Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschende Stellung[618] auf

---

614 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 4. Lemma; ähnlich schon die Forderung von *Fuchs*, Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht?: in: Fleischer/Zimmer (Hrsg.), 69 ff., 88: „Das Programm des Art. [102 AEUV], den Restwettbewerb auf einem durch die Präsenz des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächten Markt zu schützen, verlangt jedenfalls, dass die Effizienzeinrede nicht so gehandhabt werden darf, dass sie zu einer den Restwettbewerb vollends erstickenden Effizienzspirale wird. In Zweifelsfällen sollte man auf die vom Marktbeherrscher angebotenen konkreten statischen Effizienzgewinne verzichten und auf die, wenngleich ungewissen, dynamischen Effizienzen durch wirksamen Wettbewerb setzen."; ebenso *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 316.

615 Weiterf. 63 ff.

616 Vgl. schon 119 ff.

617 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 288; ebenso *Renda*, CEPS SP 118 (2015), 37; sinngemässe Überlegungen hinsichtlich des (Un-)Sinns zweier Prüfungsschritte mit identischen Beurteilungskriterien finden sich schon bei: *Bishop/Marsden*, ECJ 2006, 6.

618 Zur Marktbeherrschung im schweizerischen Recht s. nur *Reinert/Bloch*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 4 Abs. 2; *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Art. 4 II LCart; *Heizmann*, Der Begriff des marktbeherrschenden Unter-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem relevanten Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfasst sämtliche denkbaren Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.[619] Entsprechend der unionsrechtlichen Regelung in Art. 102 S. 1 AEUV ist Marktbeherrschung alleine keineswegs missbräuchlich.[620] Art. 7 Abs. 2 enthält wie Art. 102 AEUV eine exemplarische, nicht abschliessende Liste potenziell missbräuchlicher Verhaltensweisen;[621] sie entspricht inhaltlich weitgehend des-

---

nehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 159 ff.; der Begriff der Marktbeherrschung ersetzte jenen der kartellähnlichen Organisationen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG 1985; dessen Einführung geschah auf Druck der Industrie, welche sich für eine möglichst weitgehende Übernahme des unionsrechtlichen Marktbeherrschungsbegriffs einsetzte, s. nur *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 110 f., m.w.Verw., hierzu vorne Fn. 97; zur Frage der Kausalität zwischen beherrschender Stellung und ihrer missbräuchlichen Ausnutzung s. ausführlich *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 66 f. zu Art. 7 I LCart; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 19 ff. zu Art. 7; BGE 137 II 199 E. 4.3.4.

619 *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 8 zu Art. 7.

620 S. BGE 137 II 199 E. 4.3.4 mit Verw. auf *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 1 zu Art. 7 I LCart; *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 43 ff., 45, m.w.Verw.; vgl. *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 46 ff., zur (ungünstigen) vom Ausland abweichenden Verwendung des Begriffs „Missbrauchsprinzip"; es gilt auch in der Schweiz das Verbotsprinzip betr. Art. 5 u. 7 KG mit folgerichtig deklaratorischer Wirkung behördlicher resp. gerichtlicher Entscheide; s.a. *BGer,* Urt. v. 28.6.2016, Rs. C-180/2014, Erw. 5.3.4 – *Gaba.*

621 BGE 139 I 72 E. 8.2.2; vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.2; *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 282 – *Swatch Group Lieferstopp*, mit Verw. auf die Praxis der WEKO; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 25 zu Art. 7; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 4 zu Art. 7; Berichterstattung Simmen Rosmarie zu Art. 7 KG, SR 1995, Amtl. Bulletin, 858: „In den Literae a bis f von Absatz 2 werden Beispiele solch unzulässiger Verhaltensweisen aufgezählt. Die Aufzählung entspricht dem europäischen Recht, wie es sich seit Abschluss der Römer Verträge weiterentwickelt hat."; vgl. 99.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sen Abs. 2[622] und ist bei der Bestimmung der Missbräuchlichkeit wettbewerblichen Verhaltens von geringer Hilfe.[623]

Das *BGer* hat offengelassen, ob Art. 7 Abs. 1 KG hinreichend bestimmt für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG ist.[624] *M.E.* lässt zumindest der Wortlaut von E. 8.2.2 der zitierten Rechtsprechung nicht erkennen, dass das *BGer* eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG „alleine" gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG *a priori* als unzulässig erachten würde.[625] In *Swisscom ADSL II* hat das *BVGer* eine Preis-Kosten-Schere als „eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG" zugeordnet, jene vorliegend als ausreichend bestimmte Sanktionsgrundlage erachtet sowie die Verhängung einer Geldbusse im Umfang von CHF 186 Mio. be-

---

622 Keine ausdrückliche Erwähnung in Art. 102 S. 2 AEUV finden die Fallgruppen der missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) sowie die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (lit. d); materiell sind jene auch im Unionsrecht indes anerkannt, weiterf. 361); s. *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 111 f.; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 111 ff. zu Art. 7 I LCart, je m.w.Hinw.

623 Vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 24 ff. zu Art. 7 mit Verw. auf die *a.M.* von *Heizmann*, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 5: „[D]ie Beurteilung einer Verhaltensweise dahingehend, ob Wettbewerber behindert werden oder ob die Marktgegenseite benachteiligt wird, stellt in der Regel kein besonderes Anwendungsproblem dar, da Art. 7 Abs. 2 KG einen Beispielkatalog von behindernden oder benachteiligenden Verhaltensweisen enthält. Diese Verhaltensweisen sind gesetzlich hinreichend bestimmt"; vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.2.

624 BGE 139 I 72 E. 8.2 mit Verw. auf die Anforderungen nach Art. 7 EMRK sowie Art. 15 UNO-Pakt II, vgl. Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 1 StGB; jedenfalls i.V.m. einem Katalogtatbestand (*i.c.* Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) war die gesetzliche Grundlage zur Sanktionierung rechtsgenüglich.

625 Die Rechtsgenüglichkeit alleine des Grundtatbestands (*m.E.* zutreffenderweise) bejahend *Heinemann*, Jusletter 21.6.2010, Rz. 24; *Heinemann*, Missbrauch von Marktmacht: Artikel 7 Kartellgesetz in der Krise?, in: Hochreutner/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 45 ff., 47 ff., mit Verw. auf eine hinlängliche Konturierung gerade bei einer Orientierung an der EU-Praxis; ähnlich *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 49 zu Art. 7 I LCart; hierzu sogleich 157; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 298 – *SIX*; *a.M. BVGer*, Urt. v. 24.2.2010, Rs. B-2050/2007, E. 4.5.1 – *Swisscom*; *BVGer*, Urt. v. 27.4.2010, E. 8.1.5.1 – *Publigroupe*; *Wildhaber*, Jusletter 4.7.2011, Rz. 87; kryptisch *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 5 ff. zu Art. 7 sowie insb. N 8 zu Art. 49a; vgl. die Beweisführung der *WEKO* mit Eventualbegründung-Charakter in *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 115 ff., insb. 127 f. – *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stätigt.[626] Das inkriminierte Unternehmen hat angekündigt, das Urteil ans *BGer* weiterzuziehen.[627]

Die Konkretisierung missbräuchlichen Verhaltens erweist sich im schweizerischen Recht als ebenso anspruchsvoll wie im Unionsrecht.[628] Die Lehre und Rechtsprechung orientiert sich zur Strukturierung an den internationalen Systematisierungsansätzen.[629] Es wird zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch unterschieden.[630] Gemäss der *WEKO* bezeichnet ersterer Sachverhalte, in welchen marktbeherrschende Unternehmen die aktuellen Konkurrenten schwächen oder vom Markt verdrängen oder den Markteintritt von potenziellen Konkurrenten be- oder gar verhindern; „[e]s kommt zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung ([*anticompetitive*] *foreclosure*). Der Behinderungsmissbrauch führt dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte oder Dienstleistungen ausschliessen. Es kommt daher nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerber, sondern zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs an sich".[631] Beachtenswert scheint darüber hinaus, dass die *WEKO* wahrscheinliche negative Effekte auf die (Konsumenten-)Wohlfahrt offen-

---

626 *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 436 ff., Tz. 591 ff. u. Tz. 788 – *Swisscom ADSL II.*

627 *Swisscom AG*, Medienmitteilung v. 6.10.2015.

628 Vgl. *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 43 ff., 51: „Inhaltsreiche Kriterien der Unzulässigkeit marktmach[t]gestützten Verhaltens sind in Art. 7 KG nicht enthalten", m.w.Verw.

629 *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 91 zu Art. 7 I LCart; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 41 ff. zu Art. 7; die Fallgruppenbildung wird von der Rspr. grundsätzlich anerkannt, s. *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 282 ff. – *Swatch Group Lieferstopp*; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 298 – *SIX*, je m.w.Verw.; vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3; weiterf. 97 ff.

630 Zur Unterteilung in Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch s. BGE 139 I 72 E. 10.1.1, m.w.Verw.; entsprechend *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 388 – *Swisscom ADSL II.*

631 *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 284 f. – *Swatch Group Lieferstopp*; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 300 f. – *SIX*, jew. mit Verw. auf *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 5 f. u. Tz. 19 und dem Hinw. auf die Subkategorien der horizontalen resp. vertikalen Marktverschliessung; der Nachweis einer *wahrscheinlichen* wettbewerbswidrigen Marktverschliessung sollte auch in der Schweiz genügen, vgl. weiterf. 160 sowie *ibid.* insb. Fn. 673.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bar ebenso wenig als eigentliche Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung betrachtet.[632]

Die Möglichkeit einer Rechtfertigung findet in der Schweiz allgemeine Anerkennung.[633] In ständiger Praxis wenden auch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden eine zweischrittige Prüfung an.[634] Dem Wortlaut von Art. 7 KG kann indes genauso wenig entnommen werden, welche Rechtfertigungsgründe bestehen. Als umfassende Bezeichnung wird hierfür der (aus dem angelsächsischen Rechtsraum entlehnte) Begriff der *legitimate business reasons* verwendet;[635] danach bezeichnen jene „[s]achliche Gründe, welche ein strategisches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens als zulässig erscheinen lassen".[636] Die Lehre spricht sich dafür aus, in Anlehnung an die unionsrechtliche Dogmatik[637] die Kategorien der objektiven Rechtfertigung sowie der Effizienzrechtfertigung

---

632 Vgl. die Ausführungen zur Definition der Kommission schon auf 119 ff.

633 *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 8 u. N 63 zu Art. 7, m.w.Verw.; zum Ganzen *Sievers*, Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG; *Krauskopf/Kaufmann*, sic! 2013, 499 ff.

634 Vgl. 137; s. nur *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 43 ff., 59, mit Verw. sowie die zit. Entscheide sogleich in Fn. 636.

635 *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 99 zu Art. 7 I LCart; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 63 zu Art. 7; es finden sich dort auch entsprechende Umschreibungen wie „adequate" oder „valid business justification" resp. „reasons", vgl. etwa *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992); *Baker*, 7 Geo. Mason L. Rev. 495 (1999).

636 Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 569, mit dem Hinw, dass jene insb. vorliegen würden, „wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann"; BGE 139 I 72 E. 10.1.2: „Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe"; entsprechend *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 124 – *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 375 u. Tz. 377 – *Swatch Group Lieferstopp; WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 305 u. Tz. 407 ff. – *SIX*, jew. mit Verw. auf das dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechende Gebot der Unerlässlichkeit, vgl. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 28 ff.; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 102 ff. zu Art. 7 I LCart.

637 S. 137 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu unterscheiden.[638] Inwieweit dieselben Rechtfertigungsgründe wie im Unionsrecht anerkannt werden (sollen), ist im Übrigen auch eine Frage nach dem Mass an Rechtsanwendungsharmonisierung.[639] *Clerc* erachtet es als angemessen, die Beweislast entsprechend der unionsrechtlichen Rechtsprechung zu verteilen.[640] Das *BVGer* hat in *Swisscom ADSL II* unter Verweis auf Art. 30 Abs. 2 KG ein öffentliches Interesse an einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung im Rahmen von Kartellverfahren bejaht, weswegen das inkriminierte Unternehmen „nach Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht im Hinblick auf die Darstellung von Rechtfertigungsgründen" treffe, „die sich für die Wettbewerbsbehörden nicht aufgrund des massgeblichen Sachverhalts offensichtlich ergeben und im Rahmen des Verfügungsantrags des Weko-Sekretariats abgehandelt werden". Dies gelte „unabhängig davon, dass einem Kartell[...]sanktionsverfahren gemäss Art. 49a KG ein strafrechtsähnlicher Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK beizumessen ist".[641] Durch die Anerkennung einer „Mitwirkungspflicht" – welche notabene eine prozessrechtliche Obliegenheit darstellt[642] – geht das *BVGer* (immerhin) nicht so weit, dem inkriminierten Unternehmen die Beweisführungslast für den Rechtfertigungsschritt übertragen zu wollen;[643] an den gravierenden Substanziierungsschwierigkeiten infolge der unscharfen Voraussetzungen ändert dies freilich nichts.[644]

638 *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 63 ff. zu Art. 7; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 99 ff. zu Art. 7 I LCart; zur Anerkennung von Effizienzgründen als Rechtfertigung durch die *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 408 i.f., m.w.Verw. – *SIX*; *Sturny, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht,* 115, Fn. 607, zur grundsätzlichen Anerkennung von öffentlichen Interessen als weiterem Rechtfertigungsgrund, vgl. Art. 8 KG (vgl. *Akman*, bei Fn. 572).

639 S. sogleich 154 ff.

640 S. 139 ff.; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 108 zu Art. 7 I LCart; zu Fragen des Beweismasses s. *Tschudin*, AJP 2014, 1333 ff.; vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2, zum (reduzierten) Beweismass bei der Beurteilung der Marktstellung.

641 *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 570 – *Swisscom ADSL II.*

642 Vgl. *Krauskopf/Emmenegger*, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), N 55 zu Art. 12.

643 Vgl. die diesbezüglichen „Ambitionen" in der Rspr. des *EuG* auf 141 f.

644 Vgl. zum Ganzen soeben 137 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Harmonisierung der Rechtsanwendung

(1) Implikationen der Konvergenzschaffung

Das geltende schweizerischen Missbrauchsverbot wurde im Zeitpunkt seiner Rechtsetzung dem Unionsrecht angeglichen (Unilaterale Konvergenzschaffung).[645] Hierzu bestand damals ebenso wenig eine staatsvertragliche Pflicht wie aktuell.[646] Fraglich ist, ob eine mit dem Unionsrecht harmonisierte Auslegung des schweizerischen Rechts aufgrund der strukturellen und inhaltlichen Ähnlichkeit zulässig ist respektive ob die Konvergenzschaffung allenfalls gar eine Angleichung in der Rechtsanwendung gebietet.

Eine harmonisierte Auslegung des schweizerischen mit dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot würde voraussetzen, dass die primärrechtli-

---

645 Entsprechend *WEKO*, Verf. v. 21.9.2015, Untersuchung 32-0244, Tz. 502 i.i. – *Swisscom WAN-Anbindung*; vgl. auch *BGer,* Urt. v. 28.6.2016, Rs. C-180/2014, Erw. 5.3.4 – *Gaba*; zum tatsächlichen Ausmass s. soeben 148 ff.; in Anlehnung an *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 18 f., werden die Begriffe (Rechts-)Angleichung und Harmonisierung synonym verwendet; die Terminologie Konvergenz(-schaffung) findet sich bei *Borer*, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl (Hrsg.), 217 ff., 219 f.; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 49 zu Art. 7 I LCart; *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 545 ff., 547 f.; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 109 f.; weiterf. *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 71 ff., 110 ff.

646 Zu Art. 23 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22.07.1972, Stand am 29.05.2005, SR 0.632.401 s. nur *Drexl*, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 11 ff., 13 ff.; das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (Bundesbeschluss v. 20.6.2014, BBl. 2014, 5205; AS 2014 3711) enthält keine materiellrechtlichen Bestimmungen, wohl aber weiterreichende Möglichkeiten zum Informationsaustausch, weiterf. *Brei/Hoffet*, NZKart 2013, 393 ff.; *Ducrey*, JECL&P 2013, 437 ff.; differenzierend *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 126, mit Verw. auf die Botschaft zur Änderung KG 2012, S. 3919 f., wonach das Kooperationsabkommen von einem „vergleichbaren Rechtsbestand" im Bereich des Wettbewerbs in der Schweiz und der EU ausgehe (s. Einl. Erw. Abs. 3; hierzu auch unter Fn. 657) u.w.Hinw.; BGE 137 II 199 E. 4.3.1.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Schutzziele übernommen wurden respektive bereits dieselben waren; lediglich eine Nahezu-Identität bei rein grammatikalischer Auslegung der Normen dürfte nicht genügen. Diesbezüglich wurde nachgewiesen, dass die verfassungsrechtlich begründeten Schutzziele der untersuchten system- und wohlfahrtstheoretischen Ansätze sowohl im geltenden Unionsrecht wie auch schweizerischen Missbrauchsverbot weitgehend identisch sind.[647] Das in der Europäischen Union überdies immer schon verfolgte Ziel der Binnenmarktintegration[648] findet in der Schweiz ebenfalls weitgehend parallele Entsprechung, indem nicht lediglich die „interne" Integrationsfunktion des schweizerischen Wettbewerbsrecht (Abschaffung interkantonaler Grenzen), sondern auch deren „internationale" (Abschaffung privater Abschottungen ausländischer Märkte) betont wird.[649] Mithin stehen einer einheitlichen Auslegung keine divergierende Schutzziele entgegen.

Die Übernahme fremder Regelungsinhalte kann im Allgemeinen freilich graduell erfolgen. So kann sie am Anfang der Intensitätsskala nach der hier verwendeten Terminologie bloss eklektisch geschehen („allgemeine Inspiration"), wohingegen „autonomer Nachvollzug" eine nahezu unveränderte Übernahme europarechtlicher Regelungsmodelle und damit das gegensätzliche Extrem darstellen soll.[650]

Es ist in der Literatur höchst strittig, ob das schweizerische Kartellgesetz als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren ist.[651] Die konkrete Bedeutung der Einordnung erscheint bei näherer Betrachtung indes fraglich.

---

647 S. 61 ff., insb. 82 ff.

648 S. Fn. 178.

649 *Stoffel*, Das Wettbewerbsrecht der EU und der Schweiz, in: Europa Forum Luzern (Hrsg.), 52 ff., 55 f.; weiterf. *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 62 ff.

650 S. *Heinemann*, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 3 ff., 21, 33 f.; *Kunz*, ZVglRWiss 2009, 31 ff., 44 ff.

651 Pro: *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 76 f.; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 112 ff.; contra: *Cottier/Dzambo/Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney/Theuerkauf/Rivière (Hrsg.), 357 ff., 389: "Anlehnung an bewährte Grundsätze [...], ohne dass dabei von autonomem Nachvollzug oder von einer Verpflichtung gesprochen werden kann"; *Kunz*, recht 2012, 37 ff., 48, mit Verw. auf BGE 137 II 208 E. 3, jedoch ohne inhaltliche Stellungnahme.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Das *BGer* bedient sich der Rechtsvergleichung als „fünfter Auslegungsmethode“[652]. Namentlich im Falle eines autonomen Nachvollzugs sei auch die Rechtsprechung des *EuGH* beachtlich, welche nach Inkrafttreten des fraglichen Erlasses ergangen ist.[653] Auch eine vorbehaltlose Qualifikation unter das Extrem „autonomer Nachvollzug“ würde aber keinen Zwang begründen, der europäischen Rechtsprechung unbesehen und „absolut“ zu folgen: (Begründete) Abweichungen blieben auch diesfalls möglich.[654] Einen autonomen Nachvollzug zu verneinen, impliziert dagegen mitnichten, dass eine unbedingt bezugslose Auslegung geboten erschiene. Grundsätzlich verhindert eine Bejahung insofern weder eine abweichende Auslegung noch vermöchte eine Verneinung die „Auslegungssouveränität“ zweckmässig zu stärken.

Das *BGer* hat sich erst in jüngerer Zeit und überdies wenig eindeutig zum Verhältnis zwischen dem schweizerischen und dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot geäussert. In BGE 137 II 199 hat es den Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG enger als im Unionsrecht ausgelegt.[655] Das *BGer* führte zur Begründung aus, die Kartellgesetznovelle von 1995 habe „keinen besonderen europapolitischen Hintergrund“ gehabt. Auch aus der Verwendung derselben Terminologie wie in Art. 102 S. 2 lit. a AEUV lasse sich „nicht ableiten, dass

652 *Tschentscher*, JZ 2007, 807 ff., 812 f.; grundlegend *Häberle*, JZ 1989, 913 ff., 916 ff.; vgl. *Amstutz*, Interpretatio multiplex, in: Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow (Hrsg.), 67 ff., zur Anwendung im schweizerischen Privatrecht.

653 BGE 129 III 335 E. 5.1 u. 6; vgl. BGE 130 III 182 E. 5.5.1; BGE 137 II 199 E. 4.3.1; *Seiler*, Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft“ der Schweiz und Liechtensteins?), 12 f.

654 BGE 136 II 4 E. 4.3; unklar BGE 137 II 199 E. 4.3; weiterf. *Heinemann*, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 3 ff., 35 f.: „Der Autonomie der legislatorischen Anpassung entspricht die Autonomie in der Auslegung“; *ders*., *ibid*., 34, spricht sich *m.E.* überzeugend dafür aus, den tatsächlichen Grad „autonomer Anpassung“ festzustellen; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 125 f.

655 BGE 137 II 199 E. 4.3.2; kritisch zur Auslegung des *BGer* s. nur die Verw. bei *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 545 ff., 556; *Vahrenholt*, SZW 2011, 497 ff., 505 f.; ausführlich *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Rz. 358 ff., 450 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zwingend eine identische Regelung angestrebt [gewesen sei]".[656] In BGE 139 I 72 hielt es alsdann fest, dass „das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert". Folglich sei „auch die Praxis zu Art. 102 [AEUV zwecks Gewinnung von Erkenntnissen über den Normsinn] zu berücksichtigen".[657]

(2) Zweckmässigkeit der Harmonisierung

Eine harmonisierte Auslegung des schweizerischen mit dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot erscheint aufgrund weitgehender Identität der einschlägigen Normen in Bezug auf Struktur und Inhalt sowie weitgehend identischer Schutzziele als zulässig; trotz hohem Grad an autonomer Anpassung besteht hierzu indes keine Pflicht. Es bleibt zu untersuchen, inwieweit eine harmonisierte Rechtsanwendung tatsächlich angezeigt erscheint.

Unternehmen, welche sowohl auf dem europäischen wie auch dem schweizerischen Markt tätig sind, werden grundsätzlich von beiden Wettbewerbsrechten erfasst.[658] In Abwesenheit einer harmonisierten Rechtsan-

---

656 BGE 137 II 199 E. 4.3.2, mit Verw. auf Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 484, 497 ff., 518 ff.: Das Ziel einer EU-Kompatibilität werde nicht genannt; vgl. die fundierte Kritik bei *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 50 zu Art. 7 I LCart; *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Rz. 419 ff.; *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 554 f.

657 BGE 139 I 72 E. 8.2.3, m.w.Verw.; wohl auch *WEKO*, Verf. v. 21.9.2015, Untersuchung 32-0244, Tz. 502 – *Swisscom WAN-Anbindung*: „Zwar hat Art. 7 KG keinen EU-politischen Hintergrund, dennoch kann sich die Praxis in der Schweiz an die in der EU gelebte Praxis anlehnen"; vgl. das Kooperationsabkommen, SR 0.251.268.1, welches in den einleitenden Erwägungen die „Tatsache [berücksichtigt], dass die Systeme der Union und der Schweiz für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten"; vgl. *Ducrey*, JECL&P 2013, 437 ff., 439 f.: „Accordingly, the principle of equivalence between the two legal systems is recognised by the EU, both in terms of procedural and substantive law"; Letzteres ist nicht unumstritten.

658 Weiterf. 89 ff. u. 94 ff.; vgl. *Rab/Stempler/Brei*, SZW 2012, 136 ff., 136; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 124, mit Verw. auf die engen wirtschaftlichen Verflechtungen der EU und der Schweiz.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wendung sind besagte Unternehmen mit unterschiedlichen Wettbewerbsregeln konfrontiert. Die Teilnahme auf beiden Märkten verursacht höhere Transaktionskosten[659], zumal sich die Unternehmen über zwei unterschiedliche Rechte und die sich jeweils daraus ergebenden Verhaltensoptionen informieren müssen; Produkte und Marketingstrategien müssen an zwei unterschiedliche Rechte angepasst werden.[660] Dies kann gerade bei kleineren oder mittleren ausländischen Unternehmen dazu führen, dass sie sich gegen eine Teilnahme auf dem schweizerischen Markt entscheiden. Folglich kann eine divergente Rechtsanwendung eine abschottende und protektionistische Wirkung auf dem Inlandmarkt entfalten, insbesondere wenn sie strenger ausfällt.[661]

Es wird weiter darauf hingewiesen, dass die schweizerische Wettbewerbskommission zu wenige Einzelfälle habe und insbesondere eine grössere Fallpraxis zu mehr Rechtssicherheit[662] führen würde.[663] Eine harmonisierte Rechtsanwendung würde es vermehrt ermöglichen, auf die Fallpraxis zum europäischen Missbrauchsverbot abzustellen, was der Rechtssicherheit zuträglich wäre.[664]

Die beiden vorgängig angeführten Argumente sprechen für eine grundsätzliche Harmonisierung der Missbrauchsverbotsauslegung mit derjenigen der Europäischen Union. Indes ist zu beachten, dass zwischen dem Wettbewerbsschutz in der Schweiz und in der europäischen Union ein bedeutender konzeptioneller Unterschied besteht: Das Missbrauchsverbot der Schweiz ist im Sinne eines Einebenensystems ausschliesslich dem

---

659 S. 31.

660 Vgl. *Franck*, Rechtsetzung für den Binnenmarkt: Zwischen Rechtsharmonisierung und Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), 47 ff., 50.

661 Vgl. *Drexl*, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 11 ff., 23 f., mit dem Hinw., dass aber gerade kleinere Staaten auf den Wettbewerbsdruck von aussen angewiesen seien, um die Wettbewerbsordnung im Inland zu erhalten, diese vor Monopolisierung zu schützen und schliesslich die eigenen Unternehmen wettbewerbsfähig zu halten.

662 Weiterf. 110 ff.

663 Vgl. Stellungnahme *Borer* (*Rizvi*, Résumé der Diskussion, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 159 ff., 161).

664 Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3: „[Die Berücksichtigung der Praxis zu Art. 102 AEUV lässt] Erkenntnisse über den Normsinn und damit auch Rechtssicherheit gewinnen"; *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 545 ff., 563.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bund zugewiesen (vgl. Art. 96 BV).[665] Hingegen existieren neben dem unionsrechtlichen weiter die verschiedenen einzelstaatlichen Missbrauchsverbote. Auf rein nationale Sachverhalte ist nicht Unionsrecht, sondern das jeweilige nationale Recht anwendbar.[666] Weiter können die Mitgliedsstaaten gemäss Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 auf einseitige Handlungen von Unternehmen strengere Vorschriften des nationalen Wettbewerbsrechts anwenden; dies unabhängig davon, ob das fragliche Verhalten zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet ist.[667] Im europäischen Binnenmarkt herrscht damit im Bereich des Missbrauchsverbots kein restlos vereinheitlichtes Recht. Zur Begründung wurde unter anderem vorgebracht, dass die mitgliedsstaatlichen Wettbewerbsgesetze zum Teil in einem jahrzehntelangen Prozess konkretisiert und an nationale Besonderheiten angepasst worden seien; in der behördlichen und gerichtlichen Praxis hätten sich Auslegungs- und Anwendungsgrundsätze über einen langen Zeitraum hinweg entwickelt und geformt.[668]

Art. 102 AEUV stellt immerhin einen verbindlichen Minimalstandard in seinem Anwendungsbereich dar (vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003). Im Rahmen des gerade auch durch Art. 3 VO 1/2003 ausgelösten Harmonisierungsprozesses haben denn sämtliche Mitgliedstaaten Inhalt und Struktur von Art. 102 AEUV in ihr nationales Wettbewerbsrecht übernommen.[669] Selbst eine wörtliche Übernahme des Normtextes führt indes nicht dazu, dass das einzelstaatliche Missbrauchsverbot mit dem Unionsrecht voll-

---

665 *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 59.

666 Zur Abgrenzung des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs vom ausschliesslichen Anwendungsbereich der einzelnen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechte s. 92 f.

667 *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 15 zu Art. 3 VO 1/2003, m.w.Hinw.; zur Auslegung des (unklaren) Begriffs „einseitige Handlungen" s. nur *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 34 ff. zu Art. 3 VO 1/2003; für eine Darstellung strengerer Vorschriften in einzelnen Mitgliedstaaten s. bspw. die Länderberichte in Koeck/Karollus (Hrsg.), The Modernisation of European Competition Law, Initial Experiences with Regulation 1/2003.

668 *Monopolkommission*, Sondergutachten 32, Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, 22 f.

669 S. nur *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 3 f. zu Art. 102, m.w.Hinw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ständig identisch ausgelegt werden müsste;[670] namentlich eine strengere Auslegung durch den einzelnen Mitgliedstaat ist wie gesehen zulässig.[671]

Aus Gründen der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit erscheint es infolgedessen – zumindest sofern keine anderslautende ständige Rechtsprechung besteht – angebracht, dass das schweizerische Missbrauchsverbot den Mindeststandard von Art. 102 AEUV ebenfalls nicht unterschreitet.[672] Damit wird eine einheitliche Behandlung betreffend die Beurteilung von Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem europäischen Binnenmarkt respektive dem schweizerischen Markt gewährleistet. Hingegen erscheint eine strengere Auslegung des schweizerischen Kartellrechts analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 nicht als inopportun, wenn jene mit einer (relativen) Besonderheit des schweizerischen Binnenmarktes begründet werden kann; es erscheint in diesem Zusammenhang sowie zur Gewährleistung einer erhöhten Rechtssicherheit insbesondere behelflich, wenn diese strengere Auslegung sich alsdann auch auf eine EU-mitgliedstaatliche Rechtsanwendungspraxis stützen kann.[673] Zu berücksichtigen ist – wie bereits erwähnt – immer die Gefahr einer dadurch ausgelösten marktabschottenden Wirkung.

---

670 Vgl. *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 159 zu A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV; nicht unterschätzt werden darf im Übrigen der „tatsächliche" Einfluss der innerstaatlichen Verfahrensvorschriften auf die resultierenden (potenziell voneinander abweichenden) materiellen Entscheidungen, vgl. *Monopolkommission*, *ibid.*, 18.

671 Beachte immerhin das Evokationsrecht der Kommission nach Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 mit *ex nunc*-Entfall der einzelstaatlichen Zuständigkeit.

672 Problematisch also BGE 137 II 199 E. 4.3, wo dem Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens" im Gegensatz zur unionsrechtlichen Auslegung eine selbständige und einschränkende Bedeutung zuerkannt und damit der unionsrechtliche Mindeststandard unterschritten wurde; vgl. die Überlegungen zur Tatbestandskonstitutivität des *recoupment*-Kriteriums, weiterf. hierzu 304 ff.

673 Vgl. *Drexl*, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 11 ff., 37 f., zur Statuierung strengerer Wettbewerbsregeln *de lege ferenda*; für eine entsprechende Bspr. der Motion Birrer-Heimo s. *ibid.*, 33 ff.; nicht angezeigt erschiene unter diesen Gesichtspunkten aber bspw., wenn in der Schweiz für behinderungsmissbräuchliches Verhalten der Nachweis einer *tatsächlichen* wettbewerbswidrigen Marktverschliessung erforderlich wäre, während im Unionsrecht ein (leidlich bestimmter) Grad an Wahrscheinlichkeit genügt (weiterf. schon 101 u. 119 ff. sowie alsdann 348 ff.); im Ergebnis entsprechend *Heinemann*, Jusletter 29.6.2015, Rz. 56, m.w.Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Konsequenzen für das weitere Vorgehen

Der vergleichbare Rechtsbestand sowie die generelle Wünschbarkeit einer harmonisierten Auslegung lassen nachfolgend eine integrale Untersuchung des unionsrechtlichen und schweizerischen preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbots im Hinblick auf den Beurteilungsmassstab eines *as efficient competitor* als sachgerecht erscheinen. Darstellungen, Empfehlungen und Kritik gelten im Grundsatz für beide Rechtsordnungen; lediglich konkrete Abweichungen finden eine gesonderte Auseinandersetzung.[674]

674 Die aktuellen schweizerischen Kommentierungen stellen bei der Auslegung von Art. 7 KG gleichfalls schwergewichtig auf die unionsrechtliche Lehre und Rspr. ab, vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 7; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Art. 7 I LCart; *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Art. 7 II LCart; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, Art. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zweiter Teil: predatory pricing und der „ebenso effiziente Wettbewerber“

I. Einleitung

Nachdem der erste Teil der Untersuchung die industrieökonomischen Grundlagen sowie rechtlichen Rahmenbedingungen des unionsrechtlichen und schweizerischen Behinderungsmissbrauchsverbots erarbeitet hat, setzt sich der vorliegende zweite Teil ausführlich mit dem „ebenso effizienten Wettbewerber“ oder auch „ebenso leistungsfähigen Wettbewerber“ („as efficient competitor“ respektive „equally efficient competitor“; nachfolgend: „AEC“)[675] sowie seiner Verwendung als Beurteilungskriterium auseinander.

Zunächst werden die Bezugnahmen auf einen AEC bei der industrieökonomischen Beurteilung kompetitiver Preissetzungsstrategien und in der Prioritätenmitteilung der Kommission dargestellt sowie eine Begriffsklärung vorgenommen. Anschliessend werden die Qualitäten und Restriktionen der Verwendung eines AEC als „Referenzpunkt“ für die Beurteilung von behinderungsmissbräuchlichem Verhalten auf die Probe gestellt: Es werden deren wohlfahrtstheoretischen Implikationen gemustert und untersucht, inwieweit eine Berücksichtigung von Grössen- und Verbundvorteilen sowie dynamischen Effekten möglich und angezeigt ist. Es folgen Betrachtungen zur Kosten- und Preisbestimmung sowie eine eingehende Würdigung von deren Vergleichsmassstäben. In diesem Rahmen werden namentlich auch die Bedeutung der unternehmerischen Intention sowie der Möglichkeit zum Verlustausgleich (*recoupment*) examiniert; darüber hinaus werden die temporalen Aspekte von Kosten-Preis-Vergleichen berücksichtigt.

Auf der Grundlage dieser Erkenntnisse kann alsdann der AEC-Test bestimmt und abgegrenzt werden. Es wird weiter möglich sein, den funktionalen Anwendungsbereich des AEC-Tests anlässlich des von der Kommission propagierten Eingreifkriteriums „Aller Wahrscheinlichkeit nach ein-

675 Vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 17 u. 51 ff. – *Post Danmark II*; in der engl. Lit. u. Rspr. finden sich die deckungsgleichen Bezeichnungen „as efficient rival“ resp. „equally efficient rival“.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tretende wettbewerbswidrige Marktverschliessung“ in abstrakter Weise zu klären. Besagter Anwendungsbereich wird schliesslich mit demjenigen verglichen, welchen die Unionsgerichte dem AEC-Test beim Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung des fraglichen Preissetzungsverhaltens zugestehen. Dies lässt einerseits eine kritische Würdigung zu und bietet andererseits Gelegenheit, Handlungsempfehlungen für marktbeherrschende Unternehmen im Hinblick auf ihr Preissetzungsverhalten zu formulieren. Die schweizerische Rechtsprechung findet – im Umfang ihres Bestehens – eine integrale Berücksichtigung.

II. Statuierungen

1. Die „Geistigen Väter“ und der industrieökonomische Kontext

A. Ursprünge

a) predatory pricing

Die industrieökonomische Beurteilung kompetitiver Preissetzungsstrategien[676] erfolgt regelmässig unter Bezugnahme auf den Begriff *predatory pricing*; sie blickt auf eine lange Tradition zurück.[677] Es finden sich dabei mit einer gewissen Beständigkeit Umschreibungen eines AEC.[678] Unter *predatory pricing* ist grundsätzlich jedes preisstrategische Behinderungsverhalten zu verstehen, mit welchem die Verdrängung oder Schwächung bestehender Konkurrenten, die Verhinderung des Markteintritts potenzieller Konkurrenten respektive die (damit einhergehende) Schwächung des Wettbewerbs zum Zweck der Gewinnmaximierung erreicht wird oder zu-

676 Vgl. 44 u. 47 zur Möglichkeit kooperativer Verhaltensweisen als strategische Marktzutrittsschranken.

677 S. etwa schon *Giddings*, 2 Polit. Sci. Q. 62 (1887), 77: „underselling for predatory purposes“; vgl. *Elzinga/Mills*, Predatory pricing, in: Blair/Sokol (Hrsg.), 40 ff., 41, mit Verw. auf *Clark*, The Social Control of Business, 131: „[P]redatory competition differs from ordinary competition in that producers who have the [...] most influence on the market [...] do not stop lowering prices at a point which covers all costs, [...] but go below this level“.

678 S. sogleich 165 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mindest beabsichtigt ist.[679] *Predatory pricing* – in dieser terminologischen Verwendung – *kann* behinderungsmissbräuchlich im Sinne von Art. 102 AEUV respektive Art. 7 KG sein.[680] Notabene werden die Begriffe „predatory pricing" und „predation" in der wettbewerbsrechtlichen Doktrin und Rechtsprechung hingegen teilweise synonym für „preisbezogenen Behinderungsmissbrauch" oder zumindest für hiervon erfasste Verhaltensweisen verwendet;[681] regelmässig stehen sie gar bloss als Bezeichnung für

---

679 *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 4; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.298; *Bork* bezeichnet „predation" „as a firm's deliberate aggression against one or more rivals through the employment of business practices that would not be considered profit maximizing except for the expectation that (1) rivals will be driven from the market, [...] or (2) rivals will be chastened sufficiently to abandon competitive behavior" (*Bork*, The Antitrust Paradox, 144); ebenso *Cabral/Riordan*, 62 Econometrica 1115 (1994), 1126: „Predation refers to actions that are unprofitable but for their possible contribution to a rival's exit"; *Scheffman*, Comments on „An economic definition of predatory product innovation", in: Salop (Hrsg.), 397 ff., 400: „([S]uccessful) predation [is] any action taken by a firm with market power which causes a rival to exit and in so doing reduces social welfare"; s.a. *Haucap/Heimeshoff*, Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), 149 ff., 153; *Haucap/Kruse*, PdW 2004, 337 ff., 342, Fn. 3 verwenden deckungsgleich den Begriff „Verdrängungspreise", ebenso schon *Haucap/Kruse*, Diskussionspapier Nr. 115, 2 f.; vgl. *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 198; *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 93.

680 Zu den generellen Unzulänglichkeiten bei der Offenlegung von *predatory pricing* s. 256 ff.

681 Zum preisbezogenen Behinderungsmissbrauch s. schon 98; s. etwa *Posner*, welcher als „exclusionary practices" zuerst diejenigen Verhaltensweisen bezeichnet, „by which firms attempt to exclude a rival, other than by having lower costs and therefore lower prices. Predatory pricing, tying arrangements, vertical integration, exclusive dealing, and group boycotts are the main examples of the practices that belong – or are thought to belong – in this category" (*Posner*, 41 U. Chi. L. Rev. 506 (1973-1974), 507), alsdann die Begriffe „predatory pricing" und „exclusionary pricing" aber offenbar deckungsgleich verwendet (*ibid*., 518), hierzu sogleich 166; vgl. *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 720 ff., welche den AVC-Beurteilungsstandard auf andere Verhaltensweisen als generelle Preisreduktionen anwenden, hierzu sogleich 167; vgl. die Artikel-Überschrift bei *Petzold*, JECL&P 2015, 346 ff.: „It Is All Predatory Pricing: Margin Squeeze Abuse and the Concept of Opportunity Costs in EU Competition Law"; zur „stand-alone abuse"-Qualität von Preis-Kosten-Scheren nach der *EuGH*-Rspr. weiterf. 388 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

idealtypische, nicht-diskriminierende (Kampf-)Preisunterbietungen.[682] Die Nachweise des AEC im Kontext des weiten Begriffs *predatory pricing* ermöglichen seine historische und funktionelle Verortung.

b) Mikroökonomische Fundierung

Die Beurteilung wettbewerblichen Verhaltens mittels der modernen Industrieökonomik[683] findet ihren Ursprung vornehmlich in der U.S.-amerikanischen Lehre. Anfänglich haben sich namentlich Vertreter der *Chicago School of Antitrust Analysis*[684] der mikroökonomischen Theorie und insbesondere der Kostentheorie bedient; sie haben damit zur Anwendung dieser Bereiche der Industrieökonomik im Wettbewerbsrecht beigetragen.[685]

In einem vielbeachteten Artikel bezweifelte *McGee* die Rationalität von *predatory pricing* bei Geltung der Gewinnmaximierungshypothese[686] sowie unter der Annahme von perfekter Information[687]: Vorausgesetzt, dass „the monopolizer's costs are equal to those of his competitors", sei eine

---

682 Weiterf. zur engeren Verwendung im Rahmen des Nachweises einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung s. 360 ff., insb. 361 ff.; vgl. etwa *Whish/Bailey*, Competition Law, 781: „selling at a loss".

683 S. hierzu (keineswegs umfänglich) 26 ff.

684 Vgl. den gleichnamigen Artikel von *Posner* in 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979), welcher indes schon damals einen „decline of ‚schools'" festgestellt hat (*ibid*., 940, 944: „[T]he debate [over predatory pricing] is no longer one between schools that employ consistently different and ideologically tinged premises to reach predictably opposite results").

685 Grundlegend *Director/Levi*, 51 Nw. U. L. Rev. 281 (1956-1957), 282: „We believe the conclusions in economics do not justify the application of the antitrust laws in many situations in which the laws are now applied"; *Bork*, The Antitrust Paradox, 7: „A consumer-oriented law must employ basic economic theory to judge which market structures and practices are harmful and which beneficial"; *ibid*., 117: „To abandon economic theory is to abandon the possibility of a rational antitrust law"; vgl. *Kahn*, The economics of regulation; für eine Darstellung früherer ökonomischer Theorien s. *Hovenkamp*, 84 Mich. L. Rev. 213 (1985), 217 ff. sowie die Verw. auf Darstellungen der wettbewerbstheoretischen Leitbilder auf 61 ff., insb. Fn. 172; zur Rezeption in der U.S.-amerikanischen Rspr. s. *Hovenkamp*, U. Iowa LS RP 2010; vgl. *Kellerbauer*, EuZW 2015, 261 ff., 261; zur Kostentheorie s. 32 ff.; zum dabei verfolgten wohlfahrtstheoretischen Ansatz vgl. 68 ff.

686 S. 28 f.: „Rational" ist eine Strategie mithin, wenn sie sich *ex ante* als gewinnmaximierend darstellt, s.a. *Haucap/Kruse*, Diskussionspapier Nr. 115, 8, Fn. 4.

687 S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Übernahme des Konkurrenten anstelle seiner Vertreibung aus dem Markt „both cheaper and more permanent".[688]

Kahn betonte, die Preissetzung eines Unternehmens sei im Hinblick auf dessen MC zu beurteilen; es seien insbesondere nicht die Kosten der Mitbewerber zu berücksichtigen. Grundsätzlich seien die LMC relevant, in Monopolsituationen sei gegebenenfalls (jedenfalls im Falle von excess capacity) auf die SMC abzustellen.[689] (Weitergehende) Preissenkungen könnten „predatory in intent or effect" sein.[690]

c) Posner zum Ersten

Schon im Jahre 1974 bemerkte *Posner*: „It would seem that only two practices should be forbidden as predatory or (a better term perhaps) exclusionary pricing. The first is selling below short-run marginal cost [SMC]. [...] A sale below cost [...] can only have the purpose and effect of excluding an equally or more efficient rival. [...] The second practice that should be forbidden is selling below long-run marginal cost [LMC] with the intent to exclude a competitor. [...][I]f there is an intent to exclude, [...] pricing below long-run marginal cost will have the purpose and likely effect of excluding an equally efficient competitor".[691]

---

688 *McGee*, 1 J. Law Econ. 137 (1958), 138 ff., insb. 140 f.; ähnlich *Easterbrook*, 48 U. Chi. L. Rev. 263 (1981): „Conduct that might be predatory always involves lower prices, greater output, innovation, or other features that usually increase consumers' welfare. Any attempt to administer a rule against predation entails a significant risk of condemning the outcome of hard competition" (*ibid*., 336); für eine Übersicht der Auseinandersetzung mit erstzitiertem Art. s. etwa *Elzinga/Mills*, 57 J. Law Econ. 181 (2014), 186 ff.; *Elzinga/Mills*, Predatory pricing, in: Blair/Sokol (Hrsg.), 40 ff., 43 ff.; zumindest relativierend im Übrigen auch schon *Posner*, 41 U. Chi. L. Rev. 506 (1973-1974), 516 f.; *Posner*, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979), 939 f.; unterdessen ist in der Industrieökonomik anerkannt, dass *predatory pricing*-Strategien durchaus sowohl rational als auch erfolgreich sein können, wenn die idealtypische Modellbedingung „Perfekte Information" fallengelassen wird und darüber hinaus eine imperfekte Marktbestreitbarkeit besteht, weiterf. 174 ff.

689 *Kahn*, The economics of regulation, 164, 180, mit Verw. auf Fälle der „excess capacity"; zu den Kostenarten MC, SMC und LMC s. 35 ff.

690 *Ibid*., 175.

691 *Posner*, 41 U. Chi. L. Rev. 506 (1973-1974), 518 f., bereits mit dem Hinw., dass „the need to rely on evidence of intent is a disturbing feature of this approach, especially to economists, whose assumption is that people's actions yield better

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Areeda und Turner

a) Relevante Kostengattungen

Areeda und *Turner* unternahmen ein Jahr später (ebenfalls) den „attempt to formulate meaningful and workable tests for distinguishing between predatory and competitive pricing by examining the relationship between a firm's costs and its prices".[692] Die Kostengattungen zur Identifikation von „predatory, ‚below cost', selling" würden einerseits jenen entsprechen, die ein profitmaximierendes Unternehmen beachten müsse, zumal ein solches „normally [is] responding to acceptable economic incentives and thus is not engaging in predatory behavior". Folglich seien die Grenzkosten (MC) die relevante Kostengattung.[693] Wenn ein „monopolist"[694] zu MC-Preisen produziere, würden nur weniger effiziente Wettbewerber „larger losses" pro Outputeinheit erleiden; die Preissetzung oberhalb der MC führe dazu, dass „[o]utput that could be produced at a lower cost than its value to consumers would be eliminated".[695] Es sei zu erwarten, dass ein Unternehmen versuche, kurzfristig gewinnmaximierend zu handeln, weswegen „selling at a shortrun profit-maximizing (or loss-minimizing) price is clearly not [predatory]." Der Verzicht auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung respektive Verlustreduzierung („sacrifice of shortrun profits") sei notwendige, indes nicht ausreichende Voraussetzung des *predatory pri-*

---

insight into their true purposes than what they say" (*ibid*., 520); zur Bedeutung der „Verdrängungsabsicht" s. insb. 299 ff.; zur Auslegung der Begriffe *predatory* resp. exclusionary *pricing* s. soeben 163 ff.

692 *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 699 f.; für weitere Darst. s. etwa *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 296; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 389; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 43 ff.

693 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 701 ff., mit Herleitung.

694 *Areeda* und *Turner* definieren eine „firm with monopoly power" als ein Unternehmen, welches „[has] captured a sufficiently large part of a market to determine market price by varying its output" (*dies*., *ibid.*, 702 f.); der Begriff ist nicht identisch mit der in dieser Untersuchung verwendeten Monopoldefinition, s. 42 f.; dennoch bestimmen die Autoren in der Folge den (kurzfristig) gewinnmaximierenden Output eines „monopolist" dementsprechend; die sogleich folgenden Ausführungen von *Areeda* und *Turner* lassen insofern eine „dynamische Betrachtungsweise" erkennen, als Markt(anteils)-veränderungen in die Betrachtung miteinfliessen.

695 *Areeda/Turner*, 88 Harv L. Rev 697 (1975), 711.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cing: Es sei nicht ohne Weiteres unzulässig, kurzfristige Gewinne für langfristige zu opfern.[696]

Andererseits seien die durchschnittlichen Kosten (AC) bedeutsam, zumal eine Deckung der TC ökonomische „Profitabilität" bedeute.[697] *Areeda* und *Turner* bemerken, dass das Verhältnis zwischen den AC und dem Preis keine Aussage hinsichtlich gewinnmaximierenden Verhaltens zulasse. Wenn ein „monopolist" zu Preisen verkauft, die mindestens den AC entsprechen, indes nicht gewinnmaximierend gesetzt sind, sei „the necessary element of predation" vermutungsweise vorhanden: „Unless acting irrationally or out of ignorance" tue dies das Unternehmen nämlich, um seinen Marktanteil zu erhöhen oder Wettbewerber vom Markteintritt abzuhalten. Dennoch sei „the [non-profit-maximizing temporary as well as permanent] price at or above average cost [...] competition on the merits and excludes only less efficient rivals".[698] *Areeda* und *Turner* führen indes sogleich aus, dass die Anwendung einer derartigen Regel mit Schwierigkeiten verbunden sei, zumal insbesondere die Bestimmung der Opportunitätskosten („'normal' return on investment") üblicherweise nicht präzise möglich sei.[699] Die Setzung von Preisen über dem Wettbewerbsniveau sei im Übrigen aus tatsächlichen Gründen nicht zu verhindern;[700] Preisbeschränkungen hätten auch „perverse effects on the efficiency and innovation aspects of a monopolist's on-going performance by eliminating the reward".[701]

---

696 *Areeda/Turner*, *ibid.*; weiterf. 272.

697 Zur Berücksichtigung der Opportunitätskosten im Rahmen des ökonomischen Kostenbegriffs s. 32; zu den Kostenarten TC u. AC s. 33 f.

698 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 704 ff., mit dem sinngemässen Hinw., dass ein derartiges Verhalten Marktmacht und Grössenvorteile voraussetze, hierzu 47 f.; die Aussage steht unter der Bedingung, dass der Preis auch zumindest den MC entspricht (*ibid*., 705).

699 *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 709; zu den Opportunitätskosten s. der Verw. soeben Fn. 697.

700 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 707, mit Verw. auf die theoretischen und praktischen Probleme bei der Bestimmung eines „'reasonable' (nonmonopoly) price", die hohen Marktüberwachungskosten, die Beeinflussung der Nachfragemenge (s. hierzu 38 f.) sowie die Widersprüchlichkeit der Verleihung von Schutzrechten bei anschliessender Verweigerung der Monopolprofite (s. hierzu 43 f.).

701 *Areeda/Turner*, *ibid*., 707 f., m.w.Hinw.; zum Verhältnis von Marktstruktur und dynamischer Effizienz s. 59 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Preise unterhalb den AC können das Überleben von „equally efficient rivals with less staying power than the monopolist" gefährden.[702] *Areeda* und *Turner* bezeichnen indes lediglich die Preissetzung unterhalb den MC als grundsätzlich „predatory or exclusionary practice". Bei Preisen oberhalb den MC würden „only less efficient firms [...] suffer larger losses per unit of output; more efficient firms will be losing less or even operating profitably". Die Gefahr der Vertreibung respektive Fernhaltung eines „equally efficient rival" sei einzugehen, zumal „[e]stablishing a price floor above marginal cost would permit survival not only of equally efficient firms, but less efficient ones as well". Bei Preisen unterhalb den MC würde der „monopolist [...] not only incur private losses but wast[e] social resources [...]. And pricing below marginal cost greatly increases the possibility that rivalry will be extinguished or prevented for reasons unrelated to the efficiency of the monopolist".[703] Es sei auf jene Kosten abzustellen, welche „reasonably anticipated" gewesen seien.[704]

b) AVC als Indikator für die MC

Areeda und *Turner* verweisen auf erhebliche Schwierigkeiten bei der Bestimmung der MC, zumal „[t]he incremental cost of making and selling the last unit cannot readily be inferred from conventional business accounts, which typically go no further than showing observed average variable cost [AVC]. Consequently, it may well be necessary to use the latter as an indicator of marginal cost."[705]

Die MC können abhängig vom Outputniveau sowohl den AVC (ausnahmeweise) entsprechen als auch darüber oder darunter liegen; es sei keine „a priori reason" ersichtlich, weswegen ein Unternehmen ein Outputni-

---

702 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 709.

703 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 709 ff., m.w.Hinw., insb. zur Zulässigkeit der Preissetzung unterhalb der MC, wenn die AC überschritten werden (*ibid*., 713).

704 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 715; weiterf. zur Betrachtungsperspektive auf 323 ff.

705 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 716; die Autoren verwenden den Begriff „incremental" offenbar deckungsgleich mit „marginal", zur Differenzierung im Rahmen der vorliegenden Untersuchung s. 35 f.; vgl. *Kahn*, The economics of regulation, 70: „It is no simple matter to measure marginal costs – that is probably the understatement of the year".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

veau anstreben würde, bei welchem die MC den AVC entsprechen würden. Die AVC seien gleichwohl ein sinnvoller Ersatz für die MC.[706]

C. Reaktionen

a) Posner zum Zweiten

Im wiederum folgenden Jahr statuierte *Posner* abermals: „I believe the most useful definition of predatory pricing is the following: *pricing at a level calculated to exclude from the market an equally or more efficient competitor*".[707] Nur zwei Verhaltensweisen würden von dieser Definition erfasst: „selling below short-run marginal cost" sowie „selling below long-run marginal cost with the intent to exclude a competitor".[708]

Für die Preissetzung unterhalb der SMC sei kein Grund „consistent with an interest in efficiency" ersichtlich. Deswegen könne jene nur den Zweck und – sofern dauerhaft verfolgt – den wahrscheinlichen Effekt der Verdrängung eines „equally, or more, efficient rival" haben.[709] Die Preissetzung unterhalb der LMC sei hingegen nur anti-kompetitiv, wenn damit eine Verdrängungsabsicht verfolgt werde („a tactic calculated to exclude an equally efficient competitor"), nicht aber, wenn sie zum Zwecke eines „graceful – [...] cost-minimizing" Marktaustritts erfolge. Die Zuweisung der MC auf ein einzelnes Produkt oder einen einzelnen Markt sei indes manchmal schwierig; noch weit schwieriger sei aber der angemessene Absichtsnachweis („Any doctrine that relies upon proof of intent is going to be applied erratically at best").[710] Das Kriterium lasse sich gegebenenfalls praktikabler gestalten, wenn man die um einiges einfacher kalkulierbaren

---

706 *Areeda/Turner*, *ibid.*, 716 ff., m.w.Hinw.; unklar insofern *Gruber*, MR-Int 2006, 167 ff., 168, welcher *Areeda* und *Turner* offenbar eine Statuierung der *AKZO*-Formel (s. *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 72 – *AKZO*, weiterf. hierzu 265 u. 278) in Bezug auf Preise zwischen AVC und ATC unterstellt; ebenso alsdann *Keller*, Kampfpreisstrategien - Aktuelle Entwicklungen im Lichte des More Economic Approach, 18 f.

707 *Posner*, Antitrust Law (1976), 188 (Hervorh. im Original).

708 *Ibid*., 188 f.; s. schon 166.

709 *Ibid*., 188 f., mit gleichzeitigem Verw. auf „measurement problems" resp. verkaufsfördernde Effekte eines solchen Vorgehens, welche als kausale zukünftige Erlöse besagten Verhaltens berücksichtigt werden sollten.

710 *Ibid*., 189 f., m.w.Hinw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„average balance-sheet costs“[711] anstelle der LMC verwende. Zum Nachweis eines „prima facie case of predatory pricing“ seien alsdann die auf dem fraglichen Markt tatsächlich angefallenen Kosten zu berücksichtigen, was eine Schätzung der anteilmässigen Gemeinkosten[712] erfordere. Darauf sei es am Beklagten vorzubringen, dass die „average balance-sheet costs“ den LMC nicht entsprechen würden oder dass vorliegend die SMC Berücksichtigung finden sollten.[713]

Posner kritisierte den von *Areeda* und *Turner* vorgeschlagenen AVC-Beurteilungsstandard als „zu tief“ und bemängelte darüber hinaus dessen Legitimierung als MC-Indikator: „A standard of average variable cost should be defended on its own merits, rather than by reference to a different standard for which it is the crudest possible proxy“, was die Autoren unterlassen hätten.[714]

b) Baumol

Letzterer Aufforderung kam *Baumol* nach, wenn auch freilich mit zwei „Kunstgriffen“: Zum einen stellte er den Referenzmassstab MC in Frage, zum anderen reinterpretierte er den AVC-Beurteilungsstandard nach *Areeda* und *Turner* als ein eigentliches AAC-Kriterium.[715]

Nach Baumol ist es bei der Beurteilung von wettbewerblichem Verhalten nicht ausreichend, lediglich die MC zu betrachten, zumal die Preissetzung zu Grenzkosten aus Sicht der Gewinnmaximierung immer dann keine „legitimate business practice“ darstelle, wenn tatsächlich höhere Preise hätten verlangt werden können. Umgekehrt bestünden evidente Situationen, in welchen die Preissetzung unterhalb der MC zumindest kurzfristig

---

711 Darunter ist die Division der gesamten, der Buchhaltung des Unternehmens zu entnehmenden TC durch das totale Outputniveau zu verstehen; es handle sich um einen „tolerable proxy“ in „steady state“-Situationen, während welchen Nachfrage und Kosten stabil seien, s. *ibid*., 190.

712 Zum Begriff s. 177 ff.

713 *Posner*, Antitrust Law (1976), 190 f.

714 *Ibid.*, 191 ff.; *Posner*, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979), 941 f.; zum vorgängig von *Posner* vorgeschlagenen Niveau s. 166; vgl. *Mandorff/Sahl*, Konkurrensverket WP 2013:1, 5.

715 *Baumol*, 39 J. Law Econ. 49 (1996); für weitere Darst. s. etwa *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 297; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 393 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

angezeigt sei. Folglich würden weder Preise unter- noch oberhalb der MC einen „legitimate business purpose" belegen.[716]

Der „proper Areeda-Turner price" sei „one that does not threaten the existence (or at least the presence) of any equally efficient or more efficient supplier"[717]. Ein gewinnmaximierendes respektive verlustminimierendes Unternehmen verbleibe im Markt, wenn der Erlös die „total *variable* cost" decke; „*variable* cost" enthalte alle „*fixed* costs that are not *sunk*, so that they can be escaped if the firm exits from the market".[718] Relevanter Kostenmassstab seien folglich die AAC; jene seien als Interpretation der AVC „the really pertinent criterion, and not merely an inferior proxy for marginal cost".[719] Mit einer Preissetzung oberhalb der durchschnittlichen inkrementellen Kosten (AIC) werde im Übrigen dem AAC-Kriterium entsprochen, zumal bei ersteren die bereits versunkenen Kosten zu berücksichtigen sind und sie infolgedessen regelmässig höher liegen.[720]

c) Ein weiterer „dual cost approach"

Bolton, *Brodley* und *Riordan* sprachen sich ebenfalls für die AAC als Beurteilungsmassstab aus; sie machten indes geltend, dass es sich dabei um eine kurzfristige Kostenart handle, zumal „like AVC, it does not include any sunk costs incurred before the period of predation (since these are not escapable)".[721] Bezugnehmend auf den bereits im Jahre 1979 veröffentlichten Artikel von *Joskow* und *Klevorick*[722] empfahlen sie die LAIC als „a necessary benchmark in addition to short run cost". Die LAIC würden sämtliche produktspezifischen R&D- sowie Marketing-Kosten „of the predatory product or increment of sales even if those costs were sunk before the period of predatory pricing" enthalten; es handle sich um den praktikableren Massstab als die ATC gerade bei Mehr-Produkte-Unternehmen, weil bei ersterem die Gemeinkosten nicht auf die spezifischen Produkte

716 *Baumol*, *ibid.*, 54, m.Hinw.; weiterf. zu den Gründen für eine Unterschreitung der AVC resp. AAC s. 272 ff.
717 *Baumol*, *ibid.*, 50.
718 *Ibid.*, 56 (Hervorh. im Original).
719 *Ibid.*, 58, 71.
720 *Ibid.*, 58.
721 *Bolton/Brodley/Riordan*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2271 f.
722 *Joskow/Klevorick*, 89 Yale L.J. 213 (1979), 252 ff.; vgl. die Darst. bei *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 394 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufgeteilt werden müssen. Eine Preissetzung unterhalb der LAIC „may reflect a strategy of sacrificing current profit in order to exclude or discipline a rival and thereafter hold price at the monopoly level". Ein derartiges Verhalten zu erfassen, sei eine notwendige „predatory pricing rule".[723] In Fällen der Preissetzung zwischen den AAC und den LAIC trage die Beklagte die „initial burden of production – of coming forward with some tangible evidence of efficiency or legitimate business purpose. Second, once the defendant has offered such an explanation, the burden of persuasion would then shift to the plaintiff to persuade the court that the pricing conduct was predatory".[724]

D. Posner zum Dritten

Schliesslich schlug *Posner* den folgenden „standard for judging practices claimed to be exclusionary" vor: In einem ersten Schritt habe der Kläger zu beweisen, dass die Beklagte „monopoly power"[725] habe sowie das fragliche Verhalten „is likely in the circumstances to exclude from the defendant's market an equally or more efficient competitor". Die Beklagte könne darauf den Gegenbeweis führen („rebut by proving"), dass „although it is a monopolist and the challenged practice exclusionary, the practice is, on balance, efficient".[726]

Zur Begründung führt *Posner* aus, dass Verhaltensweisen, die ausschliesslich weniger effiziente Unternehmen verdrängen würden – beispielsweise eine Preissenkung „nearer to (but not below) his cost" – nicht unzulässig seien, „because we want to encourage efficiency". Nur wenn „monopoly power" benutzt werde, um „equally or more efficient firms" abzuschrecken und um „[to perpetuate] a monopoly [...] not supported by superior efficiency", sollte das Recht eingreifen. Selbst diesfalls

723 *Bolton/Brodley/Riordan*, *ibid.*, 2272; i.d.S. eben bereits *Joskow/Klevorick*, *ibid.*: „Although pricing below average variable cost is a sufficient condition for establishing predatory behavior, we do not believe it should be a necessary condition", welche sich indes noch für die ATC als oberen Massstab ausgesprochen hatten.

724 *Bolton/Brodley/Riordan*, *ibid.*, 2273; die Preissetzung oberhalb der LAIC resp. ATC sei im Übrigen in keinem Fall missbräuchlich (*ibid.*).

725 Zum Begriff s. *Posner*, Antitrust Law, 194 f.; zum Begriff der Marktmacht s. 47.

726 *Posner*, Antitrust Law, 194 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

müsse aber der pro-kompetitive Effekt des behindernden Verhaltens berücksichtigt werden.[727]

In Bezug auf *predatory pricing* hält *Posner* an den Beurteilungsmassstäben Preissetzung unter den SMC respektive unter den LMC einschliesslich Verdrängungsabsicht fest.[728]

E. Exkurs: Rationalität und Erfolgsaussichten von predatory pricing

a) Strategisches Potenzial

Die Verwendung von Kosten-Preis-Vergleichen zum Nachweis von *predatory pricing* bedingt allemal, dass derartige Strategien überhaupt potenziell zielführend sind: Während die Rationalität von Verdrängungsstrategien anfänglich bezweifelt wurde,[729] konnte in der Folge mittels spieltheoretischer Modelle nachgewiesen werden, dass *predatory pricing*-Strategien für marktmächtige Unternehmen sowohl rational als auch erfolgreich sein *können*.[730] Erkenntnisse im noch jungen Forschungsbereich „behavioural antitrust" vermögen diese Einsicht zusätzlich zu stützen.[731] Es gelten indes restriktive Bedingungen von zwei qualitativ unterschiedlichen Arten: Informationsasymmetrien sind unerlässlich; zumindest als massgeblich erweist sich eine graduelle Imperfektion der Marktbestreitbarkeit.[732]

---

727 *Ibid.*, 194 ff.

728 *Ibid.*, 215 f., wiederum mit Verweis auf die substanziellen Messprobleme und „average balance-sheet costs" als Indikator im Rahmen des problematischen Absichtsnachweises, s. schon 170 f.

729 S. schon 165 f.

730 S. die Begriffe (in Reihenfolge ihrer Verw.) auf 45 f., 163 ff. u. 47; „erfolgreich" ist eine Strategie im Übrigen, wenn sie tatsächlich zum Marktaustritt des angegriffenen Konkurrenten führt resp. seinen Markteintritt verhindert, vgl. nur *Haucap/Kruse*, PdW 2004, 337 ff., 344, Fn. 4.

731 Weiterf. nur *Heinemann*, Chapter 11: Behavioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), 211 ff., 227 mit Verw.

732 Zu ersteren s. 30 u. sogleich 175; zu Letzterem s. 48 f. u. sogleich 176; die nachfolgende Darstellung orientiert sich an *Haucap/Heimeshoff*, Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), 149 ff., 158 ff., mit dem Hinw., dass erstere Bedingung „*notwendig*, aber *nicht hinreichend* für einen Verdrängungswettbewerb" ist (vgl. *ibid*., 158; Hervorh. im Original); *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 167 f.; *Haucap/Kruse*, Diskussionspapier Nr. 115, 3 ff., m.w.Verw.; s. weiter die Verw. bei *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 362 ff. zu Art. 7, sowie bei *Edlin*,

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Informationsasymmetrien

Die Annahme von Informationsasymmetrien verlangt, auf die idealtypische Modellbedingung „Perfekte Information" zu verzichten.[733] Dies ermöglicht die Identifikation sowohl von vertikalen als auch horizontalen Informationsasymmetrien: Vertikale Asymmetrien zwischen den (aktuellen oder potenziellen) Konkurrenten und den Kapitalgebern können ihre Wirkung insofern entfalten, als das marktmächtige Unternehmen im Gegensatz zu ersteren über günstigere Finanzierungskonditionen verfügt.[734] Horizontale Asymmetrien zwischen dem marktmächtigen Unternehmen und seinen Konkurrenten betreffen hingegen Kosten- und/oder Nachfragebedingungen. Das marktmächtige Unternehmen kann eine „Signalstrategie" verfolgen und durch Preissenkungen dem (aktuellen oder potenziellen) Mitbewerber eine Produktionskostenhöhe oder Marktnachfrage vorgaukeln, welche den Marktverbleib respektive -eintritt als unrentabel erscheinen lässt. Weiter kann es sich durch vorangehende Preissenkungen auf anderen Märkten eine Reputation erarbeiten, aufgrund welcher ein Eintritt in den fraglichen Markt dieselbe Reaktion hervorrufen würde; dadurch können potenzielle Wettbewerber möglicherweise ferngehalten werden.[735]

---

111 Yale L.J. 941 (2002), 955 f., Fn. 56; zum Ganzen s.a. die Ausführungen bei *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 375 ff.; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 146 ff.; anschaulich des Weiteren die Darst. bei *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 415 ff.; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 202 ff.; relativierend *Edlin*, Predatory Pricing, in: Elhauge (Hrsg.), 144 ff., 147 ff.

733 S. hierzu 41, mit Verw. auf die relative Realitätsferne der fraglichen Bedingung.

734 Grundsätzlich lassen sich grössere finanzielle Eigenmittelreserven („deep pockets") des marktmächtigen Unternehmens freilich durch Fremdkapital ausgleichen (zu kurz insofern *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 72 – *AKZO*); mittels des Prinzipal-Agent-Ansatzes (s. 30) lassen sich Konstellationen identifizieren, in welchen hierbei Kostennachteile entstehen können, weiterf. *Bolton/Scharfstein*, 80 Am. Econ. Rev. 93 (1990); vgl. *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 511 f.

735 Zum Ganzen *Haucap/Kruse*, Diskussionspapier Nr. 115, 9 ff., m.w.Hinw.; kritisch *Easterbrook*, 48 U. Chi. L. Rev. 263 (1981), 282 ff.; s.a. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 299 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Graduelle Imperfektion der Marktbestreitbarkeit

Sofern Informationsasymmetrien als unerlässliche Bedingung vorliegen, werden das Erfolgspotenzial und die Rationalität einer *predatory pricing*-Strategie massgeblich von der Bestreitbarkeit des konkreten Marktes beeinflusst.[736] Ein aktueller Konkurrent wird den Markt umso später verlassen, je höher die Marktaustrittsschranken sind; ein potenzieller Konkurrent wird den Markt umso eher (wieder) betreten, umso tiefer die Markteintrittsschranken sind.[737] Ersteres führt zu höheren Opportunitätskosten in der Verdrängungsphase, letzteres zu tieferen Extragewinnen in der *recoupment*-Phase.[738] Es lässt sich insofern in genereller Weise festhalten, dass der Eintrittszeitpunkt und die Dauer des Erfolgs durch die Marktbestreitbarkeit bedingt sind; rational ist *predatory pricing* lediglich, wenn die Opportunitätskosten durch die Extragewinne mehr als kompensiert werden können.[739]

2. Prioritätenmitteilung

A. Gegenstand

Bei der Beurteilung von preisbezogenem Behinderungsmissbrauch[740] erklärt die *Kommission* in ihrer Prioritätenmitteilung[741], grundsätzlich „nur dann tätig [zu werden], um wettbewerbswidrige Marktverschliessungen zu

---

736 *Haucap* und *Kruse* verweisen als weitere Faktoren für das Marktaustrittskalkül eines Konkurrenten auf die relative Heterogenität der angebotenen Marktgüter (s. hierzu 204, wo alsdann darauf hingewiesen wird, dass ein reiner Kosten-Preis-Vergleich Heterogenitäten der Marktgüter nicht zu erfassen vermag), Informationsasymmetrien zum Nachteil der Konsumenten sowie deren Nachfragereagibilität (*ibid*., 5).

737 Zu den Begriffen s. 49, m.w.Verw.

738 Zu den Begriffen s. 32 u. 304 ff.; zu den für die Erzielung von „Extragewinnen" erforderlichen Preissetzungsspielräumen im Monopol sowie Oligopol, vgl. 42 f. u. 45 ff.; s.a. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 17.

739 *Haucap/Kruse*, Diskussionspapier Nr. 115, 3 f., mit dem Hinw., dass weiter eine Abdiskontierung der Zahlungsströme sowie eine Risiko-Kompensation vorgenommen werden sollte (*ibid*., 4, Fn. 3).

740 Weiterf. schon 98.

741 Weiterf. schon 114 ff..

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verhindern, wenn das fragliche Verhalten andere, genauso effiziente Wettbewerber wie das marktbeherrschende Unternehmen (‚*as efficient competitors*') daran hindert bzw. bereits gehindert hat, am Wettbewerb teilzunehmen". Ein intensiver Preiswettbewerb komme den Verbrauchern nämlich grundsätzlich zugute.[742] Dabei will sie auf einen hypothetischen, ebenso effizienten Wettbewerber abstellen und prüfen, ob jener durch das betreffende Verhalten vom Markt ausgeschlossen werden könnte. Hierfür beabsichtigt sie zu prüfen: „Wirtschaftsdaten zu den Kosten und Verkaufspreisen und insbesondere, ob das marktbeherrschende Unternehmen nicht kostendeckende Preise praktiziert".[743] Die Kommission will „[a]ls Bezugspunkte [...] normalerweise die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (*average avoidable cost* – AAC) und die langfristigen durchschnittlichen Grenzkosten (*long-run average incremental cost* – LRAIC) zugrunde" legen. Decke ein marktbeherrschendes Unternehmen seine AAC[744] nicht, deute dies darauf hin, dass es kurzfristig bewusst Gewinneinbussen hinnehme und dass ein ebenso effizienter Wettbewerber die Zielkunden nur verlustbringend bedienen könne. Decke ein marktbeherrschendes Unternehmen seine LAIC[745] nicht, deute dies darauf hin, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden könnte.[746] Wenn die Daten „eher darauf hin[deuten], dass der vom marktbeherrschenden Unternehmen verlangte Preis dazu führen könnte, dass ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden, wird die Kommission dies in die allgemeine Beurteilung der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung[747] unter gleichzeitiger Berücksichtigung anderer relevanter, quantitativer und/oder qualitativer Beweise einfliessen lassen".[748]

B. Begriffsklärungen: Die Kostenarten der Prioritätenmitteilung

Die Kommission bedient sich der Kostenbegriffe AAC, AVC, LRAIC, ATC sowie Gemeinkosten in einer Weise, wie sie in der industrieökonomi-

742 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 23.
743 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 25.
744 S. 34 f.
745 S. 37 sowie sogleich 178.
746 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 26.
747 Weiterf. 119 ff.
748 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 27; weiterf. 348 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen Kostentheorie allgemeine und übereinstimmende Verwendung finden:[749] Die Kommission bezeichnet als durchschnittliche vermeidbare Kosten (AAC) „das Mittel aus den Kosten, die ein Unternehmen hätte vermeiden können, wenn es darauf verzichtet hätte, eine abgesonderte Menge an (zusätzlichem) Output zu produzieren". Es sei dies die Menge, die „mutmasslich Gegenstand missbräuchlichen Verhaltens" sei. Die AAC würden in den meisten Fällen mit den durchschnittlichen variablen Kosten (AVC) übereinstimmen, weil oft nur die variablen Kosten vermieden werden könnten. Die AAC würden fixe Kosten nur berücksichtigen, wenn sie im jeweils untersuchten Zeitraum angefallen seien.[750]

Bei langfristigen durchschnittlichen Kosten (LAIC) handle es sich um „das Mittel aller (variablen und fixen) Kosten, die einem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen" würden. Die LAIC würden auch produktspezifische fixe Kosten enthalten, die vor der Zeit, in der das mutmasslich missbräuchliche Verhalten stattgefunden hat, angefallen seien. Die LAIC und die durchschnittlichen Gesamtkosten (average total cost – ATC) seien „gute Anhaltspunkte für einander und im Falle von Unternehmen, die nur ein Produkt herstellen, identisch". Bei Mehr-Produkte-Unternehmen, „die Verbundvorteile nutzen können", würden „für jedes einzelne Produkt die LAIC unter den ATC liegen, da echte Gemeinkosten nicht in den LAIC berücksichtigt" würden. Wenn ein Unternehmen verschiedene Produkte herstelle, würden etwaige Kosten, die vermieden hätten werden können, wenn auf die Produktion einer bestimmten Ware verzichtet worden wäre, nicht als Gemeinkosten betrachtet. Im Falle „bedeutender" Gemeinkosten müssten diese „eventuell" bei der Prüfung, ob das betreffende Unternehmen in der Lage sei, genauso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschliessen, „berücksichtigt" werden.[751]

---

749 Zum Ganzen: 32 ff.; vorliegender Nachweis erfolgt, zumal in der Lehre darauf hingewiesen worden ist, dass die *Kommission* insbesondere in der Entscheidung v. 24.7.1991, IV/31.043 – *Tetra Pak II*, teils „verwirrliche" Kostenbegriffe verwendet hat, weiterf. nur *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 71 f.; auf eine ebensolche Untersuchung der von den auf 163 ff. zitierten Autoren verwendeten Kostenbegriffe kann vorliegend verzichtet werden, zumal jenen für das unionsrechtliche und schweizerische Missbrauchsverbot keine unmittelbare Bedeutung zukommt.

750 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 26 u. Fn. 2.

751 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 26, Fn. 2; vgl. auch den englischen Wortlaut: „[...] may have to be taken into account [...]"; weiterf. 284 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Ausführungen zum Verhältnis zwischen den AAC und den AVC sind zutreffend; die bei den AAC zu berücksichtigenden, im jeweils untersuchten Zeitraum angefallenen fixen Kosten sind als die fixen inkrementellen Kosten (FIC) pro Outputeinheit zu verstehen.[752] Weiter konnte das prinzipielle Verhältnis zwischen den LAIC und den ATC im Falle von Einrespektive Mehr-Produkte-Unternehmen belegt werden.[753] Die Auswirkungen von Verbundvorteilen[754] auf besagtes Verhältnis respektive deren Einfluss auf die Gemeinkosten sind im Grundsatz zutreffend. Es ist auch angemessen, unechte Gemeinkosten („etwaige Kosten, die hätten vermieden werden können, wenn auf die Produktion einer bestimmten Ware verzichtet worden wäre") im Sinne der Ausführungen den LAIC zuzurechnen und gerade nicht den echten Gemeinkosten.[755]

3. Approximation

A. Der AEC als Person

Der AEC im Sinne der vorhergehenden Umschreibungen ist als hypothetische[756] Person zu deuten, welche über dieselben Produktions- und Kostenstrukturen wie ein Unternehmen verfügt.[757] Nach vorliegend verwendeter Terminologie ist ein AEC ebenso ökonomisch effizient i.e.S. wie besagtes Unternehmen und produziert mithin bei statischer Betrachtung ein bestimmtes Outputniveau zu denselben Kosten.[758]

---

752 S. hierzu 35; vgl. *Edlin*, Predatory Pricing, in: Elhauge (Hrsg.), 144 ff., 162.

753 S. 36 f.

754 Zum Begriff s. 55.

755 Zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Gemeinkosten s. 34 u. Fn. 46.

756 Weiterf. 191 f.

757 S. soeben 176 f. u. 163.

758 S. 53; entsprechend *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 357: „gleich effizient arbeitendes Unternehmen"; *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 244: „Grad der unternehmerischen Effizienz", mit Verw. auf *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25: „[Die Kommission] prüft [...] Wirtschaftsdaten zu den Kosten und Verkaufspreisen und insbesondere, ob das marktbeherrschende Unternehmen nicht kostendeckende Preise praktiziert" u. 254: „Kostenstruktur des Marktbeherrschers (als Massstab seiner ‚Effizienz')"; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 91: „[B]eide Unternehmen [...][haben] eine gleiche

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der abstrakte AEC-Begriff im Sinne der vorhergehenden Umschreibungen enthält *m.E.* grundsätzlich weder weitergehende Anforderungen betreffend die Marktmacht noch eine allgemeine Aussage über den hypothetischen (prozentualen) Grad von Marktanteil der Person.[759]

In Bezug auf das unionsrechtliche und schweizerische Missbrauchsverbot entspricht folglich jedem vom persönlichen Geltungsbereich des Art. 102 AEUV respektive Art. 7 KG erfassten Unternehmen[760] eine derartige hypothetische Person. Es kann mithin auch jeder AEC als vom gesetzlichen Unternehmensbegriff erfasst gelten: Dass dem AEC zuweilen ein gewinnmaximierendes beziehungsweise verlustminimierendes Verhalten unterstellt wird,[761] ist dabei insofern belanglos, als der gesetzliche Unternehmensbegriff eine Gewinnerzielungsabsicht nicht voraussetzt.[762]

Kostenstruktur [...] und [können] das Produkt zu den gleichen Konditionen anbieten"; *Petzold*, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 100: „produktive Effizienz"; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, 15; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 73: „adopting as a benchmark the efficiency of the dominant firm"; *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Tz. 199 – *Deutsche Telekom*, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, Tz. 72 – *AKZO*: „ebenso leistungsfähig"; *Haucap/Heimeshoff*, Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), 149 ff., 190, zu § 28 TKG: „[Abgestellt wird] auf die produktive Effizienz [...], also auf die Frage, ob ein Unternehmen einen bestimmten Output mit minimalen Kosten erzeugt"; zumindest unklar *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, insb. 62 f.

759 Zu den Begriffen Marktmacht und -anteil s. 47; zur Propagierung als Beurteilungsmassstab (lediglich) für marktbeherrschende Unternehmen s. sogleich 181; zur Angemessenheit der im Rahmen der Verwendung als Beurteilungsmassstab zusätzlichen Annahme, dass ein AEC nicht über die Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens verfüge s. 192 ff.; vgl. *Burrichter*, A Reformed Approach to Article 82: The Impact on Private Enforcement, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), 243 ff., 251.

760 Zum Ganzen: 94 ff..

761 S. die Nachweise in 163 ff.; vgl. 28 f.

762 S. 94 ff.; der AEC stellt damit jedenfalls keine „ausserhalb des Rechts stehende" hypothetische Person dar, was bei einer normativen Verwendung (s. sogleich 181) in grundsätzlicher Hinsicht thematisierungsbedürftig gewesen wäre; zu den Implikationen der Gewinnmaximierungshypothese, weiterf. indes 186 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

B. Die Zuerkennung eines normativen Potenzials

Einer derartigen hypothetischen Person wird nun im Sinne der vorhergehenden Umschreibungen ein normatives Potenzial zuerkannt, indem sie Verwendung als „Referenzpunkt" für die Beurteilung von behinderungsmissbräuchlichem Verhalten finden soll.[763] Der AEC wird damit zum Beurteilungsmassstab, welcher im Rahmen von „Tests" verwendet wird.

Die Leistungsfähigkeit einer solchen Verwendung bedarf freilich einer weitergehenden Klärung, was hier vorerst bloss mit einem Verweis auf begriffliche Unterschiedlichkeiten angerissen werden soll: Lehre und Rechtsprechung sehen im AEC teilweise ein „Konzept"[764] oder ein „Prinzip"[765], manche wiederum ein „Kriterium"[766] respektive einen „Standard"[767].

Der nachverfolgte Ansatz beruht auf dem grundsätzlichen Verständnis, dass die dem AEC als Beurteilungsmassstab inhärenten Qualitäten den funktionalen Anwendungsbereich des Tests bestimmen. Diese Eigenschaften werden in der Folge in disaggregierter Form dargestellt,[768] um die Vorzüge des AEC-Tests in genereller Weise zu bestimmen sowie seine impliziten Beschränkungen offenlegen zu können.

---

763 S. 176 f.; vgl. insb. 173 f.; *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 217 zu Art. 7 II LCart.

764 *Bosco*, Concurrences 2013, 12 ff., 13.

765 *Mandorff/Sahl*, Konkurrensverket WP 2013:1, insb. 6 ff.; *Hawk*, II Lisbon Conf. Comp. L&E, 9.

766 Kommission, Beschluss v. 18.12.2013, COMP/AT.39678/*Deutsche Bahn I* und COMP/AT.39731/*Deutsche Bahn II,* Tz. 47, 49 u. 55 f.; *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 51 ff. – *Post Danmark II*; s.a. *Melamed*, 73 Antitrust L.J. 375 (2006), 389.

767 *Gerardin*, JECL&P 2010, 112 ff., 118; *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 3 ff.; zur „'Rules/Standards' dichotomy", vgl. *Popofsky*, 73 Antitrust L.J. 435 (2006), 457 ff.

768 S. sogleich 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Qualitäten und Restriktionen

1. Wohlfahrtstheoretische Implikationen

A. Die Wirkungen einer Preissenkung

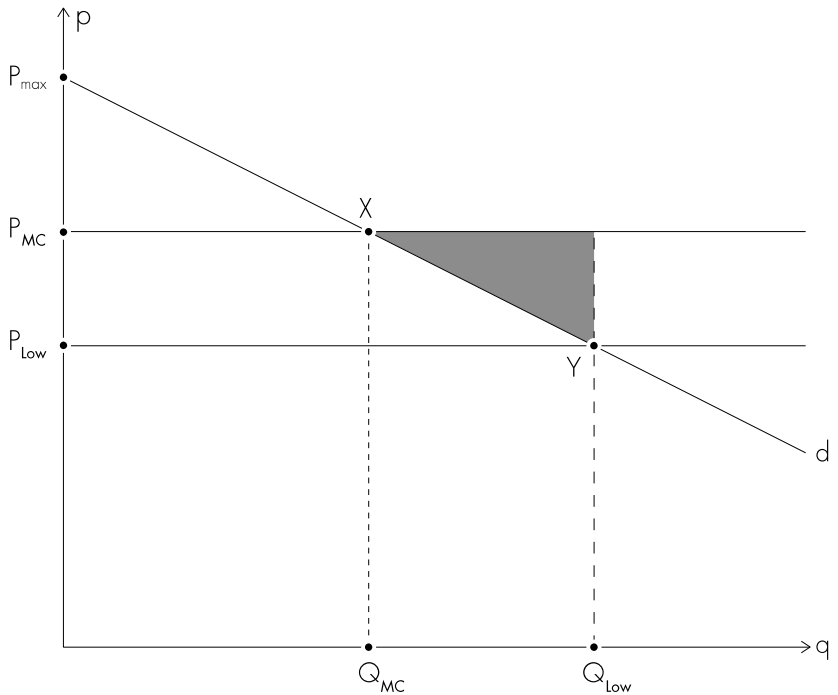
a) Theoretischer, isolierter Effekt

Die Auswirkungen einer Preisveränderung auf die allokative Effizienz[769] lassen sich im mikroökonomischen Grundmodell[770] sinnvollerweise nur für Preissetzungen oberhalb des Gleichgewichtspreises darstellen.[771] Für den Gleichgewichtspreis unterschreitende Preissetzungen eignet sich das Modell kaum, zumal die Unternehmen bei perfektem Wettbewerb reine Preisnehmer und damit in ihrer Preissetzung nicht frei sind;[772] im Monopol würde ein derartiges Verhalten zumindest bei statischer Betrachtung umso mehr wirtschaftlich unsinnig erscheinen und jedenfalls der Gewinnmaximierungshypothese[773] widersprechen. Es ist versucht worden, – nach meinem Verständnis gewissermassen „Einzelunternehmen-analytisch" – die Auswirkungen einer Preissenkung unterhalb die MC auf die „Partial-Wohlfahrt" komparativ-statisch darzustellen.[774] Dabei senkt ein Unternehmen den Preis von P_{MC} auf P_{Low}, was eine Nachfragesteigerung von Q_{MC} auf Q_{Low} mit sich bringt.

769 S. 50.
770 S. 38 ff.
771 Vgl. 51 f.
772 S. 41 f.
773 S. 28; zu den Implikationen dieser Annahme bei der Anwendung des AEC als Beurteilungsmassstab s. 186 ff.
774 S. *Easterbrook*, 48 U. Chi. L. Rev. 263 (1981), 279 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grafik 6: Preissetzung unterhalb des Gleichgewichtspreis



In dieser Darstellung stellt die grau schraffierte Fläche den „Partial-Wohlfahrtsverlust" dar, welcher durch Käufe von Konsumenten entsteht, welche nicht bereit sind, einen den Produktionskosten entsprechenden Preis zu bezahlen.[775] Die „Partial-Konsumentenrente", welche zuvor der Fläche zwischen X, P_{MC} und P_{max} entsprochen hat, vergrössert sich auf die Fläche zwischen Y, P_{Low} und P_{max}.[776]

775 *Easterbrook*, *ibid.*, 279 f.

776 *Easterbrook*, *ibid.*, 280, mit dem Hinw., dass sowohl besagte Zunahme als auch der „Partial-Wohlfahrtsverlust" vollständig auf Kosten der „Partial-Produzentenrente" gehe, zumal letztere einen Verlust infolge der Preissenkung von P_{MC} auf P_{Low} zum einen auf dem vorgängigen Outputniveau Q_{MC} als auch auf dem inkrementellen Output ($Q_{Low} - Q_{MC}$) erleide. Es bestehe mithin kein Bedürfnis für eine wettbewerbsrechtliche Inkrimination von *predatory pricing*: „Th[e] loss is imposed automatically, by operation of the market. Perhaps the [...] shareholders should have a remedy, but that is not an antitrust problem"; vgl. auch *Jullien/Rey/*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Besagter „Partial-Wohlfahrtsverlust" – ungeachtet der Tatsache, dass er keine negativen Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt zeitigt[777] – sollte nun jedenfalls nicht mit einem eigentlichen Verlust an Gesamtwohlfahrt[778] gleichgesetzt werden. Eine Gleichsetzung wäre nämlich lediglich im Monopolfall zulässig, in welchem damit zugleich der Gesamtangebotspreis feststehen würde; gerade diesfalls ist im Modell eine Preissetzung unter Kosten aus den eben dargelegten Gründen indes nicht zu erwarten.[779]

b) Gesamtmarktbetrachtung

Der Versuch, die Auswirkungen einer Preissenkung auf einem Markt mit mehreren Anbietern in allgemeiner Weise zu erfassen, erweist sich indes zumindest mit den Mitteln des mikroökonomischen Grundmodells als ein wenig Erfolg versprechendes Unterfangen. Eine Aggregation der vorgängig festgestellten „Partial-Wohlfahrtsverluste" erscheint gegebenenfalls statthaft im Modell des dominanten Unternehmens mit wettbewerbsrechtlichem Rand, wo die übrigen Anbieter als reine Preisnehmer ihre Preise gleichmässig senken respektive den Markt verlassen würden.[780] Auf einem kompetitiven oligopolistischen Markt[781] wäre eine eigentliche „Addition" oder „Verrechnung" sämtlicher derartiger „Partial-Wohlfahrtseffekte" aber augenscheinlich nicht angezeigt. Die Oligopolisten setzen hier ihre Preise in Abhängigkeit einer Vielzahl von auch interdependenten Faktoren (Marktmacht, Preissetzungsstrategien, Durchhaltevermögen etc.),[782]

Saavedra, IDEI Rep. 2013, 10: „[D]uring this initial phase we can expect [...] an improvement in consumer welfare"; kritisch *Leslie*, 113 Colum. L. Rev. 1695 (2013), 1743; weiterf. zum *recoupment*-Kriterium: 304 ff.

777 Für diesbezügliche Implikationen im Hinblick auf die Verwendung eines *consumer welfare*-Standards vgl. 73; relativierend *Williamson*, 87 Yale L.J. 284 (1977), 290 f.

778 S. 51 f.

779 S. soeben im Text, mit Relativierung.

780 S. 44 f.

781 S. 45 f.

782 Zum Begriff der Marktmacht s. 47; lediglich ansatzweise zu spieltheoretischen Überlegungen s. 45 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

so dass die Erfassung der Wohlfahrtseffekte einerseits komplex und eine allgemein-gültige Aussage andererseits wohl unmöglich ist.[783]

Sofern es einem Unternehmen tatsächlich gelingt, mittels einer *predatory pricing*-Strategie die Marktstruktur nachhaltig zu verändern respektive eine Veränderung zu verhindern,[784] hat dies entsprechenden Einfluss auf den Marktpreis. Sollte es besagtem Unternehmen gelingen, die Mitbewerber zu einem wettbewerblichen Rand zu „degradieren" oder gar vollständig aus dem Markt zu vertreiben respektive die Entstehung einer oligopolistischen Marktstruktur zu verhindern, kann es den Preis im Anschluss auf Monopolniveau anheben.[785]

B. Abstellen auf ökonomischen Effizienz i.e.S.

a) Die Wohlfahrtswirkungen hoher ökonomischer Effizienz i.e.S.

Bei der Verwendung des AEC als Beurteilungsmassstab wird im Grundsatz die konkrete ökonomische Effizienz i.e.S. des Marktbeherrschers zur relevanten Bezugsgrösse erkoren.[786] Besagte Effizienz wird insbesondere durch das Vorliegen natürlicher Marktzutrittsschranken in der Form von Grössen- und Verbundvorteilen[787] beeinflusst. Die Fähigkeit zur Nutzung von Grössen- und Verbundvorteilen hat auch einen positiven Einfluss auf die gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz[788]. Diese ist wiederum notwendige Voraussetzung für allokative Effizienz.[789] Insofern wohnt einer hohen ökonomischen Effizienz i.e.S. bei statischer Betrachtung durchaus ein wohlfahrtsfördernder Effekt inne.

Es darf andererseits aber nicht unbedacht bleiben, dass Marktmacht regelmässig allokative Ineffizienzen zeitigt.[790] Darüber hinaus stellt die öko-

---

783 Freilich ist der *Verf.* auf keine Anhaltspunkte gestossen, dass *predatory pricing* dem Eintreten eines Bertrand-Wettbewerbs (s. 46) generell zuträglich wäre.
784 Zu den hierbei unerlässlichen sowie massgeblichen Bedingungen, weiterf. schon 174 ff.
785 Zur Preissetzung im Oligopol resp. Monopol mit entsprechendem Wohlfahrtsverlust s. 51 f; weiterf. zum *recoupment*-Kriterium s. 304 ff.
786 S. soeben 179 f.; weiterf. 191 ff.
787 Zum Begriff s. 55 f. u. 43 f.
788 S. 54 f.
789 Zum Begriff s. 50; weiterf. 55 ff.
790 S. 51 f. u. 55 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nomische Effizienz i.e.S. ein statisches Effizienzkriterium dar und berücksichtigt dynamische Effekte[791] unzulänglich.[792] Der Einfluss von Marktmacht auf die dynamische Effizienz wird jedenfalls tendenziell positiver beurteilt.[793] Insgesamt ist das Abstellen auf die ökonomische Effizienz i.e.S. des Marktbeherrschers in Bezug auf die wohlfahrtstheoretischen Auswirkungen wohl lediglich als vorsichtig zuträglich zu beurteilen.[794]

Verschiedentlich wird denn im Übrigen darauf hingewiesen, dass ein gewisser „Wettbewerbsdruck" auch von ineffizienten Unternehmen ausgeht: Das marktmächtige, effiziente Unternehmen ist dadurch angehalten, seine Preise zu senken, um dem Eintritt eines „perceived potential entrant" entgegen zu wirken, was eine Nachfrage- sowie Wohlfahrtssteigerung zur Folge hat;[795] analog kann eine Preissteigerung dazu führen, dass die Konsumenten bei heterogenen Marktgütern auf das präferierte, differenzierte Produkt eines ineffizienten Konkurrenten ausweichen.[796]

b) Die tatsächliche ökonomische Effizienz i.e.S. marktbeherrschender Unternehmen

Marktzutrittsschranken sind einer hohen ökonomischen Effizienz i.e.S. förderlich,[797] womit Marktbeherrscher wohl mit einer gewissen Regelmäs-

---

791 S. 57 ff.
792 Weiterf. sogleich 186 ff.
793 S. 59 f.
794 Ähnlich *Edlin*, Predatory Pricing, in: Elhauge (Hrsg.), 145: „[P]rotecting equally efficient competitors [is not] closely connected to the predominant welfare goal of antitrust, which is the protection of consumer welfare"; *Hylton*, The law and economics of monopolization standards, in: Hylton (Hrsg.), 82 ff., 89: „[T]he equally-efficient-competitor standard [...] does not appear to be a balancing test"; *Fjell/Sørgard*, ECJ 2006, Supp. 1, 69 ff., 82 f., wonach „[t]he ‚as efficient' test and the ‚sacrifice' test are both form-based approaches since they do not directly measure consumer harm", ähnlich *Wright*, Bates White 10th Annual Antitrust Conf., insb. 19.
795 *Salop*, 73 Antitrust L.J. 311 (2006), 328; vgl. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 24 i.i.
796 Weiterf. s. 203 ff.
797 S. soeben 185, betr. Grössen- und Verbundvorteile u. m.w.Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sigkeit über eine hohe derartige Effizienz verfügen.[798] Deren tatsächliche Ausnutzung ist indes davon abhängig, inwiefern ein marktbeherrschendes Unternehmen sich effektiv gewinnmaximierend verhält.[799] Durchaus ist möglich, dass ein Marktbeherrscher – beispielsweise aufgrund von X-Ineffizienzen infolge „managerial slack" bei schwachem Wettbewerbsdruck[800] – ökonomisch ineffizient i.e.S. (geworden) ist.[801] Diesfalls scheint eine Unterschreitung der eigenen Produktionskosten zumindest soweit unbedenklich, als dadurch keine Verdrängungswirkung auf effizientere Unternehmen ausgeübt wird, welche weiterhin über ihren Grenzkosten absetzen können.[802] Aus wohlfahrtstheoretischer Perspektive ist das Abstellen auf die ökonomische Effizienz des Marktbeherrschers als normative Bezugsgrösse alsdann insofern bedenklich, als die Konsumenten von den tieferen Preisen profitieren und das Unternehmen *ceteris paribus* langfristig sowieso aus dem Markt ausscheidet, ob nun entweder aufgrund zu tiefem Absatzniveau infolge zu hohen Preisen oder aufgrund zu hohen Verlusten infolge hohem Absatzniveau bei zu tiefen Preisen.

Man kann sich des Eindrucks nicht verwehren, dass die ökonomische Effizienz i.e.S. des marktbeherrschenden Unternehmens als normative Be-

---

798 Ebenso *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 209b zu Art. 102 AEUV: „‚Effizienz' gerade aufgrund [der] hohen Marktabdeckung und dominanten Stellung in aller Regel höher als die seiner kleineren (aktuellen und potenziellen) Konkurrenten"; *Hovenkamp*, U. Iowa LS RP 2015, 9: „[O]ne might well presume that in most markets that contain a durable dominant firm, that firm will have at least some cost advantages over its rivals".

799 S. schon 53 f. mit Verw.

800 S. 54 u. 30.

801 Ähnlich schon *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 275 f.: „[T]he test [...] ignores the fact that the dominant undertaking may be inefficient due to the ‚quiet monopoly life' that it leads" und Hinw. auf die konzeptuelle Ähnlichkeit mit der „cellophane fallacy", hierzu nur *Bischoff*, Der SSNIP-Test, 108 ff.; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 201 f.; s.a. *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 44; vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 358, mit Kritik am Momentaufnahme-Charakter u. Verw. auf die Möglichkeit der Ausnutzung von Grössen- und Lernvorteilen durch die Konkurrenten, weiterf. 192 ff.; weiterf. zu „diseconomies of scope" s. *Bresnahan/Greenstein/Henderson*, HBS WP (2011); vgl. *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.150.

802 Signal- resp. Reputationseffekte sollten damit gegenständlich des Weiteren vernachlässigbar sein, zumal der Marktverbleib respektive -eintritt nicht unrentabel erscheint (vgl. schon 175).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zugsgrösse jedenfalls aus wohlfahrtstheoretischer Perspektive nur „funktioniert", wenn der Marktbeherrscher sich auch tatsächlich im Sinne der Gewinnmaximierungshypothese verhält sowie über eine hohe Effizienz verfügt. Welcher Grad an ökonomischer Effizienz i.e.S. wird beim marktbeherrschenden Unternehmen bei der Anwendung des AEC als Beurteilungsmassstab mithin fingiert? Bei kurzfristiger Betrachtung wäre es aus Sicht der allokativen Effizienz freilich optimal, wenn der Marktbeherrscher zu respektive sogar unter den Kosten entsprechend dem hypothetischen Marktgleichgewichtspreis bei vollkommener Konkurrenz (in Abwesenheit von Grössen- und Verbundvorteilen) produzieren würde. Eine derartige ökonomische Effizienz i.e.S. wird dem inkriminierten Unternehmen möglicherweise nicht unterstellt; eine verhältnismässig hohe indes wahrscheinlich schon.[803] Während sich deren Konkretisierung im Rahmen einer abstrakten Betrachtung als unmöglich erweist, zumal sie eben insbesondere abhängig von den konkret vorliegenden Marktzutrittsschranken ist, stellt sich doch die Frage: Wenn der Marktbeherrscher die fingierte Effizienz tatsächlich nicht erreicht, sollte dann (zumindest) eine „Ineffizienzrechtfertigung" bestehen?[804]

---

803 Ebenso *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 220 zu Art. 7 II LCart: „[L]'entreprise en position dominante est ‚présumée' efficace".

804 Weiterf. sogleich 189 ff.; vgl. *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 195 zu Art. 102 mit Verw. auf *Dirksen*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), 10. Aufl., N 94 zu Art. 82, gemäss ersteren im Rahmen von Art. 102 S. 2 lit. a AEUV (Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen) beim marktbeherrschenden Unternehmen „diejenigen Kosten [nicht zu berücksichtigen sind,] welche durch die ‚innovative Trägheit des Marktbeherrschers'[...] entstehen, der es versäumt hat, durch Rationalisierungsmassnahmen Kostensenkungen herbeizuführen[, sowie im Vergleich zu anderen Unternehmen überhöhte Verwaltungskosten]"; dieser Ansatz verdient grundsätzlich Anerkennung, allerdings darf nicht unbeleuchtet bleiben, dass bei seiner sinngemässen Anwendung damit kein AEC nach hier verw. Term. modelliert würde, sondern vielmehr eine Form einer hypothetischen „reasonably efficient dominant firm", welche über eine (noch) höhere ökonomische Effizienz i.e.S. als der konkrete Marktbeherrscher verfügt (zum hiervon abweichenden „reasonably efficient competitor" weiterf. 206 ff.); aus den nachfolgend angeführten Gründen ist die Berücksichtigung von Kosten-Ineffizienzen erst auf der Ebene der Effizienzrechtfertigung vorzugswürdig, s. sogleich 189 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Effizienzrechtfertigung

a) Gegenstand

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass *Posner* bei seiner Statuierung des AEC als Beurteilungsmassstab pro-kompetitive Effekte des *predatory pricing* zu berücksichtigen suchte, wobei behinderndes Verhalten lediglich bei einem negativen „Wohlfahrtssaldo" als missbräuchlich galt.[805] Die Vorgehensweise macht zum einen nochmals deutlich, dass eine Unterkosten-Preissetzung nicht schlechterdings als unerwünschtes Verhalten im Sinne des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes gelten kann.[806] Sie lässt zum anderen darüber nachdenken, ob das Abstellen auf einen AEC eine Effizienzrechtfertigung respektive eine Bilanzierung der Wohlfahrtseffekte geradezu notwendig macht. Dies ist aus denselben Gründen im Grundsatz zu verneinen: Das Resultat eines Kosten-Preis-Vergleichs ist jedenfalls nicht derart eng mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz verknüpft, als dass jenes zwingend in diesem Zusammenhang gelesen werden müsste.[807] Immerhin sind aber die damit verbundenen impliziten Annahmen in angemessener Weise zu berücksichtigen.[808]

b) Qualifikation einer „Ineffizienzrechtfertigung"

Die fingierte Annahme eines hohen Grads an ökonomischer Effizienz i.e.S. des marktbeherrschenden Unternehmens ist bei der Verwendung des AEC als Beurteilungsmassstab gegebenenfalls in tatsächlicher Hinsicht widerlegbar;[809] fraglich ist, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt dies zu geschehen hat. Diesbezügliche Überlegungen stehen in unmittelba-

---

805 S. 173; ähnlich eröffnet die Prioritätenmitteilung eine Möglichkeit zur (Effizienz-)Rechtfertigung von *prima facie* behinderungsmissbräuchlichem Verhalten, zum Ganzen s. 114 ff. u. 137 ff.; vgl. *Bolton*, *Brodley* und *Riordan,* welche bei einer Preissetzung zwischen AAC und LAIC eine „initial burden of production" dem inkriminierten Unternehmen übertragen (s. 173), entsprechend *Joskow/Klevorick*, 89 Yale L.J. 213 (1979), 252 ff.

806 Vgl. schon 185.

807 Vgl. die Nachweise in Fn. 794; anders *Schuhmacher*, Effizienz und Wettbewerb, 339.

808 Weiterf. sogleich 189.

809 S. 186 ff., m.w.Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rem Zusammenhang mit dem funktionalen Anwendungsbereich des AEC-Beurteilungsmassstabs im Missbrauchsverbot.[810] Es ist hier insoweit vorzugreifen, als dass besagte Tatsachen *m.E.* jedenfalls erst im zweiten Schritt nach der Erstellung eines *prima facie* missbräuchlichen Verhaltens und nur auf Einrede des inkriminierten Unternehmens hin zu prüfen sind. Hiermit sind freilich erhebliche dogmatische Bedenken verbunden, welche sich insbesondere in der teilweisen Übertragung der Beweislast für das Abweichen von einer mikroökonomischen Modellannahme (Gewinnmaximierungshypothese) akzentuieren.[811] Dass Marktbeherrscher über eine verhältnismässig hohe ökonomische Effizienz i.e.S. verfügen, erscheint indes zumindest regelmässig zutreffend.[812] Das Vorgehen erweist sich im Übrigen auch aus systematischen Überlegungen als zweckmässig, da sich die fragliche Einrede einer tatsächlich unzulänglichen ökonomischen Effizienz i.e.S. bei genauerer Betrachtung als eine Variante der „klassischen" Effizienzrechtfertigung[813] entpuppt: Die Preissetzung unterhalb der eigenen Kosten ist diesfalls aus Sicht der allokativen Effizienz positiv zu beurteilen und das Verhalten zeitigt gegebenenfalls keine marktverschliessende Wirkung, weil der Marktpreis weiterhin einer genügenden Anzahl effizienteren Unternehmen erlaubt, zumindest zu den eigenen Grenzkosten zu produzieren. In genereller Hinsicht müssen diese Voraussetzungen folglich regelmässig als erfüllt gelten, wenn der tatsächlich unzulänglich effiziente Marktbeherrscher eine Preissetzung in der Spanne zwischen seinen tatsächlichen Kosten und den Kosten bei fingiert ökonomisch effizienter Produktion i.e.S. vornimmt.[814] Die Zulässigkeit der hier dargestellten Einrede in begründeten Fällen erscheint schliesslich ohne Weiteres als folgerichtig, gerade zumal die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung nun weitgehend anerkannt ist.[815] Neben den beweisrechtlichen Bedenken schlagen hier desgleichen die übrigen Unsicherheiten voll durch, auf welche bereits

---

810 Weiterf. 339 ff.

811 Zu diesbezüglichen Überlegungen vgl. 139 ff.

812 S. 186 f.

813 Zum Ganzen s. 142 ff.

814 Zu den tatsächlichen Schwierigkeiten betr. die Bestimmung der letzteren s. soeben 188.

815 S. die Nachweise auf 137 f. u. 142; kategorisch ablehnend (trotz gründsätzlicher Anerkennung der Effizienzrechtfertigung): *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 263 f.: „[E]ine ‚*efficiency defence*' sollte [...] von vornherein ausscheiden".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vorgängig hingewiesen wurde: Der umfangreiche Voraussetzungskatalog entsprechend der Rechtsprechung des *EuGH* lässt insgesamt Zweifel daran aufkommen, inwieweit eine erfolgreiche Einrede im Einzelfall tatsächlich gelingen kann.[816]

2. Hypothetizität und Gleichheit

A. Grundsatz

Die Festlegung des AEC als eine hypothetische Person[817] mit derselben ökonomischen Effizienz i.e.S.[818] macht das Abstellen auf einen realen Konkurrenten jedenfalls im Grundsatz[819] entbehrlich. Sie gestattet die Verwendung des AEC als Bezugspunkt selbst dann, wenn tatsächlich kein ebenso effizienter Wettbewerber auf dem fraglichen Markt vorhanden ist; sie ermöglicht es sowohl dem marktbeherrschenden Unternehmen selbst als auch den rechtsanwendenden Behörden, die ökonomische Effizienz i.e.S. des ersteren als Richtmass zu verwenden.[820] Die auch in jüngerer Zeit vorgebrachten Bedenken in Bezug auf die Ermittlung eines konkreten ebenso effizienten Wettbewerbers respektive die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit, erweisen sich jedenfalls insoweit als unbegründet: Grundsätzlich sind keine Informationen über Konkurrenten erforderlich, deren Verfügbarkeit ohne Weiteres bedenklich wäre.[821] Der Grundsatz, auf eine *hypothetische*, ebenso effiziente Person abzustellen, erscheint indes

816 Es betrifft dies Fragen in Bezug auf die Quantifizierung von Effizienzvorteilen, das hierfür anwendbare Beweismass sowie die wohl sehr einschränkende Voraussetzung der Nichtausschaltung des wirksamen Wettbewerbs, s. 142 ff.

817 Ausdrücklich: *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25; implizit die gesamte auf 163 ff. zit. Lit., hierzu sogleich im Text; *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1004 – *Intel*.

818 S. schon 179.

819 Weiterf. sogleich 192 ff.

820 Vgl. *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 110 zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 1 u. N 3 zu Art. 102 AEUV; *Hylton*, The law and economics of monopolization standards, in: Hylton (Hrsg.), 82 ff., 87, insb. Fn. 47; *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 15.

821 So aber *Melamed*, 73 Antitrust L.J. 375 (2006), 388, *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 459; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 358, mit Verw. auf Bewertungsschwierigkeiten; s. hierzu 212 ff.; wohl auch *Renda*, CEPS SP 118 (2015), 36; unklar *Lüscher*, Was heisst Kartellrecht

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

leidlich revolutionär, zumal weder *Posner* noch *Areeda* und *Turner* oder etwa auch *Baumol* zur Bestimmung der relevanten Kostenhöhe auf einen konkreten Wettbewerber abgestellt haben, sondern ausschliesslich auf die beim inkriminierten Unternehmen tatsächlich anfallenden Kostenarten.[822]

B. Relativierungen

a) Reflexion von Grössen- und Verbundvorteilen

Nach hier vertretener Auffassung verfügt ein AEC weder über ein abstrakt vordefiniertes Mass an Marktmacht noch einen starren (prozentualen) Grad von Marktanteil.[823] Vielmehr sollte ein AEC das konkrete inkriminierte Unternehmen in einer Weise reflektieren, dass auch die gegebenen-

---

anwenden?, Rz. 96 u. Rz. 99; vorliegende Untersuchung beschränkt sich grundsätzlich auf die Anwendung des AEC-Tests in Verwaltungsverfahren und verweist lediglich partiell auf allfällige Implikationen in Kartellzivilverfahren; bedenkenswert in diesem Zusammenhang derweil der Hinw. von *Gavil* in 72 Antitrust L.J. 3 (2004), 60, wonach „it is difficult to imagine how a plaintiff would, at the pleading stage, possess the information necessary to allege that it was at least ‚equally efficient' as the defendant"; ähnlich: *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 275; während der Nachweis gleicher ökonomischer Effizienz i.e.S. gerade nicht zu erbringen ist (ebenso DAF/COMP(2005)27, 30), ist es wohl tatsächlich schwierig, die Prozesschancen ohne Information über die Kostenstruktur des Marktbeherrschers abzuschätzen (s.a. Stellungnahme *Engelsing*, Diskussionsbeiträge, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 101 ff., 107: „Schwächung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung"); s. im Übrigen *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Tz. 202 – *Deutsche Telekom*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 44 ff. – *TeliaSonera*; s. auch *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 451 – *Swisscom ADSL II*: „[Das vertikal integrierte Unternehmen] kennt seine eigenen Kosten, weshalb es die Rechtmässigkeit seines Verhaltens auch ohne Weiteres überprüfen kann"; weiterf. zur Bedeutung der Rechtssicherheit s. 110 ff.

822 S. die Nachweise zu *Posner* auf 166, 170 f. u. 173 f., zu *Areeda* und *Turner* auf 167 ff., sowie zu *Baumol* auf 171 f.; s. im Übrigen schon: *EuGH*, Urt. v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, Tz. 74 – *AKZO*; *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 63 f.; *EuG*, Urt. v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, Tz. 188 – *Deutsche Telekom*; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 79; vgl. *United States v. Aluminium Co. of America et al.*, 148 F.2d 416, 437 (2d. Cir. 1945).

823 S. 180.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

falls bestehenden und genutzten Grössen- und Verbundvorteile erfasst werden.

Es erscheint daher bedenklich, wenn im Rahmen der Verwendung des AEC als Beurteilungsmassstab eine zusätzliche Annahme getroffen wird, wonach jener „would not have as broad a sales base as [the dominant firm]"[824] respektive „jedoch keine beherrschende Stellung innehat"[825]. Sofern diese Einschränkung vorgenommen wird, um beurteilen zu können, ob „a competitor which is as efficient [...] would be foreclosed from entering"[826], geschieht dies augenscheinlich im Bestreben, das gegenüber einem Marktbeherrscher vorgeblich geringere Durchhaltevermögen kleinerer Mitbewerber in die Erwägung mit einzubeziehen.[827]

Die Auswirkungen wettbewerblichen Verhaltens auf finanz- und marktschwächere Unternehmen sind im Rahmen einer schutzzielkonformen Auslegung des Missbrauchsverbots keineswegs vernachlässigbar.[828] Es erscheint lediglich ungeeignet, jene Bedenken dem AEC in genereller Form mit einer derartigen Einschränkung „implantieren" zu wollen respektive

824 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1004 – *Intel*.

825 *Dies.*, Zusammenfassung Entscheidung, Tz. 28 – *Intel*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 30 – *Intel*; es ist freilich darauf hinzuweisen, dass das EuG sich materiell mit dieser zusätzlichen Annahme nicht weiter auseinander gesetzt hat, sondern lediglich im Rahmen der Sachverhaltserstellung den von der Kommission angewandten „Test" zitiert (s. vorhergehende Fn.); ebenso anscheinend aber auch: *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 493 zu Art. 102 AEUV, wonach der AEC nicht über die Marktmacht des marktbeherrschenden Unternehmens verfüge.

826 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1004 – *Intel.*

827 Vgl. zu dieser Überlegung schon *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 709, s. bei Fn. 699; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 72 – *AKZO*: „Preise[, die zwischen AVC und ATC im Rahmen eines Plans der Ausschaltung eines Konkurrenten festgesetzt wurden,] können nämlich Unternehmen vom Markt verdrängen, die vielleicht ebenso leistungsfähig sind wie das beherrschende Unternehmen, wegen ihrer geringeren Finanzkraft jedoch nicht dem auf sie ausgeübten Konkurrenzdruck standhalten können"; die fragliche zusätzliche Annahme fehlt jedenfalls noch in *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 66: „The question is asked whether the dominant company itself would be able to survive the exclusionary conduct in the event that it would be the target"; zu potenziell schlechteren Finanzierungsmöglichkeiten infolge vertikaler Informationsasymmetrien s. 175.

828 Zur diesbezüglichen Rspr., insb. die Kriterien „Besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens" sowie „Schutz des Restwettbewerbs", s. 99 ff.; zum von der Kommission propagierten Eingreifkriterium „Wettbewerbswidrige Marktverschliessung" s. 119 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ihn auf das Effizienzmass zu isolieren. Infolgedessen geht der AEC notabene inhaltlich der Tatsache verlustig, dass freilich ein Zusammenhang zwischen der identischen ökonomischen Effizienz i.e.S. und dem erzielten Outputniveau respektive den Komplementaritäten in der Produktion oder Netzwerkeffekten bestehen kann, jedoch nicht muss: Sofern Grössen- oder Verbundvorteile bestehen, wird – die tatsächliche Ausnutzung derselben vorausgesetzt[829] – regelmässig nicht dieselbe ökonomische Effizienz i.e.S. erreicht, wenn nicht auch *ebenso* produziert wird.[830] Ein ebenso effizienter Wettbewerber mit kleinerem Marktanteil respektive ohne Ausnutzung von Verbundvorteilen ist mithin unmöglich.[831] Es wäre nun aber diesfalls – vor allen Dingen im Rahmen eines *more economic approach*[832] – wenig überzeugend, ein mit der ökonomischen Theorie im offensichtlichen Widerspruch stehendes Fantasiegebilde als Referenzpunkt für die Beurteilung behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens einzuführen.

Dies soll freilich nicht den Eindruck entstehen lassen, dass der Einfluss von Grössen- und Verbundvorteilen auf die ökonomische Effizienz i.e.S. und deren Implikationen für die Anwendbarkeit des AEC als Beurteilungsmassstab in der Lehre und Rechtsprechung nicht reflektiert würden.[833] Auch die *Kommission* bemerkt denn, dass „[e]in hinreichend effizienter Wettbewerber [...], der jedoch [...] nicht über die gleichen Grössenvorteile [...] verfügt[...], [...] zwangsläufig höhere Netzkosten pro Anschluss [hat]“.[834] Richtiger scheint *m.E.* jedenfalls, allfällig bestehende Grössen- oder Verbundvorteile im Rahmen der AEC-Bestimmung integral zu würdigen. Der AEC widerspiegelt sodann auch die ihm tatsächlich „marktinhärenten“ Verhältnisse und ermöglicht dabei gleichfalls eine Aussage über die Angemessenheit seiner Verwendung als normatives Kriterium im konkreten Fall.

Einen solchen „realistischeren“ hypothetischen AEC zu zeichnen, wirft indes unter Umständen die Frage auf, wie weit es um seine Aussagekraft

---

829 Zu den Voraussetzungen, s. 53.

830 S. wiederum 55.

831 Ähnlich: *Engelsing*, Modernisierung von Art. 82 EG: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz als neue Leitbilder?, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 89 ff., 95.

832 Zum Ganzen s. 104 ff.

833 S. bspw. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 209b zu Art. 102 AEUV; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 496 zu Art. 102 AEUV.

834 *Kommission*, Entscheidung v. 4.7.2007, COMP/38.784, Tz. 314 – *Telefónica* (Hervorh. d. Verf.); zum „‚reasonably' effizienten Wettbewerber“ s. 206 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als Referenzpunkt tatsächlich bestellt ist. Gewiss wäre der Schluss überzogen, dass die Beachtung der tatsächlichen Marktstrukturen zur Folge hätte, dass einem Unternehmen mit einer fünfzig Prozent übersteigenden Marktbeherrschung aus Gründen der Logik ein AEC versagt sein müsste. Es ist sinnvollerweise weniger auf den konkreten Marktanteil des Marktbeherrschers abzustellen, als vielmehr auf die Bedingungen auf dem fraglichen Markt. Jedenfalls wenn die minimale effiziente Grösse die Hälfte der Marktnachfrage übersteigt, und der Marktbeherrscher dies auch auszunützen vermag, kann es zumindest bei statischer Betrachtung mangels genügender Restnachfrage keinen (selbst hypothetischen) AEC geben.[835]

b) Statik

aa) Grundsätzliche Kritik

Es ist verschiedentlich darauf hingewiesen worden, dass das Abstellen auf die ökonomische Effizienz i.e.S. des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne einer Momentaufnahme („auf einen *kurzfristigen Effizienzvergleich* angelegte Prüfung“[836]) keine Aussage über mögliche Lerneffekte[837]

835 Zur möglichen Verwendung eines REC als Beurteilungsmassstab s. 206 ff.; vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 344, welche sich bei der Anwendung von Art. 102 AEUV auf Märkten mit bedeutenden Grössen- und Verbundvorteilen für einen „more nuanced approach [...] in certain circumstances“ aussprechen; s. die sinngemässen, wohl aber weiter gehenden Ausführungen in *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 59 – *Post Danmark II*: „In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens dagegen, die sich durch einen sehr grossen Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens und durch strukturelle Vorteile aufgrund des gesetzlichen Monopols dieses Unternehmens, unter das 70 % der Sendungen auf dem betreffenden Markt fielen, kennzeichnet, ist jedoch die Anwendung des Kriteriums des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers nicht sachgerecht, da die Struktur des Marktes den Eintritt eines ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers praktisch unmöglich macht“; s.a. schon GAin *Kokott*, Schlussanträge v. 21.5.2015, Rs. C-23/14, Tz. 71 f. – *Post Danmark II*; s.a. 380 ff.; unklar *Frenz*, NZKart 2013, 60 ff., 61.

836 *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber“ als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 256 (Hervorh. im Original).

837 S. 58.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der bestehenden oder neu eintretenden Konkurrenten zulasse.[838] Tatsächlich handelt es sich beim vorliegenden Effizienzmassstab denn um ein statisches Beurteilungskriterium, welches dynamische Effizienzen wie unter anderem Lerneffekte nicht zu erfassen vermag.[839]

Der damit verbundenen Kritik ist grundsätzlich zuzustimmen, soweit ein bedingungsloses Festhalten an einer kurzfristigen Betrachtungsweise als im Ergebnis teilweise schutzzielinkonform taxiert wird. Generell ist aber anzumerken, dass sich die umfassende Berücksichtigung dynamischer Effizienzen im konkreten Fall schwierig bis unmöglich gestaltet.[840] Die Berücksichtigung derartiger Effekte soll sogleich ergänzend aus dem Blickwinkel einer vermehrten Regulierungstendenz im Missbrauchsverbot beleuchtet werden.[841] Schliesslich wird das Abstellen auf Lerneffekte im Besonderen unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung behandelt.[842]

bb) „Quasi-Regulierung" mittels Kartellrecht

(1) Begriffsklärung

Der Begriff „Regulierungsrecht" lässt sich im Rahmen einer institutionellen Betrachtung als ein „Privatisierungsfolgerecht" fassen, welches an die

838 I.d.S. *Melamed*, 73 Antitrust L.J. 375 (2006), 388; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 232; ähnlich: *Hovenkamp*, The Antitrust Enterprise, Principle and Execution, 154; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 209b zu Art. 102 AEUV; ausführlich: *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 256 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 360; *Künzler*, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, 358; *Petzold*, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 101; vgl. *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 496 zu Art. 102 AEUV; s. schon *Schmalensee*, 127 U. Pa. L. Rev. 994 (1979), 1021.

839 S. schon 179; weiterf. 53 u. 57 ff.

840 Vgl. die Ausführungen auf 83 f. zur eingeschränkten technischen Operationalität eines wohlfahrtstheoretischen Ansatzes i.w.S.; s. auch *Areeda/Turner*, 88 Harv L. Rev. 697 (1975), 711; *Areeda/Turner*, 89 Harv. L. Rev. 891 (1976), 897: „Long-run possibilities must be diregarded because they are intrinsically speculative and indeterminate", in Reaktion auf *Scherer*, 89 Harv. L. Rev. 869 (1976).

841 S. sogleich 196 ff.

842 S. 202 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Privatisierung der früheren staatlichen oder staatlich geschützten Monopole anknüpft. Jenes bezweckt entweder die Gewährleistung der flächendeckenden und angemessenen Versorgung mit bestimmten Produkten *trotz* Privatisierung oder die Herstellung und Förderung von Wettbewerb *mittels* Privatisierung.[843] Das Regulierungsrecht ist als eine Form „Sonderkartellrecht" zu deuten, dessen Wurzeln nach *Körber* in der Missbrauchsaufsicht und der „essential facilities"-Doktrin[844] liegen; entgegen ersterer erfolgt der regulierende Eingriff *ex ante* und bedarf keiner Feststellung eines tatsächlichen Missbrauchs entsprechend einer *ex post*-Aufsicht respektive einer Verhaltenskontrolle.[845] Es sei bei derartigen Eingriffen das Kriterium der Subsidiarität zu beachten, so dass sie lediglich legitim erscheinen würden, wenn die damit verfolgten Ziele durch das Kartellrecht nicht erreicht werden können.[846]

---

843 *Körber*, Regulierung der Netzindustrien: Übergangsstadium oder Daueraufgabe des Staates? - zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 1043 ff., 1043 f., m.w.Verw.; vgl. *Möschel*, Regulierung und Deregulierung - Versuch einer theoretischen Grundlegung; in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), 277 ff., 277 f., welcher in grundsätzlicher Weise zwischen konstitutiver Regulierung (von aussen gesetzte Beschränkungen der Handlungsmöglichkeiten) und spezieller Regulierung (Eingriffe in bestimmte Märkte) unterscheidet und besagte Formen alsdann in Marktzutritts- und Marktverhaltensregulierung trennt.

844 Danach ist der Inhaber einer von gegenwärtigen oder potenziellen Wettbewerbern nicht duplizierbaren Einrichtung (facility) angehalten, jene besagten Wettbewerbern zu fairen Bedingungen zur Verfügung zu stellen, s. *Neale/Goyder*, The Antitrust Laws of the United States of America, A Study of Competition Enforced by Law, 62; weiterf. nur *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 283 ff. zu Art. 102 mit Verw.

845 *Körber*, Regulierung der Netzindustrien: Übergangsstadium oder Daueraufgabe des Staates? - zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 1043 ff., 1044; weiterf. zur Unterscheidung s. *Haucap/Kruse*, WuW 2004, 266 ff., insb. 268 f.; umfassend *Ruffert*, § 7 Begriff, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), 332 ff., insb. mit Hinw. auf die Regulierungsanlässe Markt- und Staatsversagen (*ibid*., 343 ff.), zu diesen Begriffen s. 51; anschaulich *Fehling*, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland, in: Hill (Hrsg.), 91 ff., 110, wonach es bei der Regulierung darum gehe, „den schmalen Weg zwischen Staats- und Marktversagen ausfindig zu machen"; zum Begriff des Staatsversagens s. schon Fn. 124.

846 *Körber*, Regulierung der Netzindustrien: Übergangsstadium oder Daueraufgabe des Staates? - zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 1043 ff., 1054, m.w.Hinw., u. a. auf den lediglich sekundärrechtlichen Charakter von Regulierungsrichtlinien gegenüber dem Verfassungs-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Tendenzen

Die – aus unionsrechtlicher Perspektive[847] – vermeintlich klare Trennung zwischen *ex ante*-Regulierung und kartellrechtlicher *ex post*-Aufsicht respektive Verhaltenskontrolle erlebt nun aber insbesondere durch Art. 9 VO 1/2003 bedeutende Relativierungen. Danach kann die Kommission unternehmerische Verpflichtungszusagen[848] für bindend erklären, wenn jene „geeignet sind, die [...] von der Kommission nach ihrer vorläufigen Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen" (Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003).[849] Die Kommission ist dabei von der Verpflichtung freigestellt, eine Zuwiderhandlung konkret zu benennen sowie im Sinne von Art. 7 VO 1/2003 festzustellen respektive abzustellen.[850] Im Zeitraum zwischen dem 1.5.2004 (Datum des Inkrafttretens der VO 1/2003) und dem 1.7.2017 wurden immerhin 27 Verfahren nach Art. 102 AEUV publiziert, welche in Anwendung von Art. 9 VO 1/2003 beendet wurden.[851] Die sich aus den unternehmerischen Verpflichtungszusagen ergebenden Möglichkeiten bezüglich Auflagen und Bedingungen eröffnen der Kommission insofern „Gestaltungsspielräume"[852], als – mit dem Segen des *EuGH* – ein

---

rang von Art. 101 f. AEUV sowie Lehrmeinungen, wonach besagte Richtlinien primärrechtskonform auszulegen seien (*ibid*., 1048); zum Ganzen: *Buigues*, Competition versus Regulation, in: ABA Section of Antitrust Law, Vol. I, 189 ff.

847 Zu divergierenden Auffassungen in der Schweiz s. *Heinemann*, Das Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien aus Schweizer Perspektive, in: Bien/Ludwigs (Hrsg.), 205 ff., insb. 208 f., 226 ff.

848 Zur Kategorisierung in Zusagen verhaltensorientierter und struktureller Art s. nur *Breit*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 6 zu Art. 9 VO 1/2003.

849 Zum Ganzen: *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 895 ff.

850 *EuGH*, Urt. v. 29.6.2010, Rs. C-441/07, Tz. 40 – *Alrosa,* mit Verw. auf den 13. Erwägungsgrund der VO 1/2003; zum Ganzen: *Hennig*, Settlements im Europäischen Kartellverfahren; *Bergmann*, WuW 2014, 467 ff.

851 Quelle: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm (zuletzt besucht am 1.7.2017); vgl. *Klose*, Vortrag anlässlich des Internationalen Forum EU-Kartellrecht, 3./4.4.2014, Brüssel; *Whish,* JECL&P 2014, 603 f., 603, jew. mit weiterführenden Angaben unter Berücksichtigung auch von Art. 101 AEUV; s. die Nachweise zur informellen Settlement-Praxis bereits unter Geltung der Verordnung Nr. 17 des Rates: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages vom 6. Februar 1962 (VO 17/62), bei *Hennig*, Settlements im Europäischen Kartellverfahren, 111 ff.

852 Formulierung in Anlehnung an *Immenga*, Gestaltungsspielräume der Kommission, in: Immenga/Körber (Hrsg.), 9 ff., 12 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

grosszügiger Massstab in Bezug auf deren Eignung und Erforderlichkeit angelegt wird.[853] Der Verhältnismässigkeitsmassstab ist jedenfalls weiter als im Rahmen von Art. 7 VO 1/2003 und entspricht der Praxis im Fusionskontrollrecht.[854] Mit guten Gründen weist *Körber* deshalb auf Tendenzen der Kommission hin, in „nicht regulierten Bereichen eine Art ‚Quasi-Regulierung' auf kartellrechtlicher Grundlage zu etablieren".[855] Wohlgemerkt beschränkt sich der sachliche Anwendungsbereich der mittels Art. 9 VO 1/2003 vorgenommenen „Quasi-Regulierung" nicht auf Fälle von Geschäftsverweigerungen im Sinne der vorhergehenden Ausführungen zum „klassischen" Regulierungsrecht,[856] sondern umfasst den gesamten Regelungsbereich von Art. 101 f. AEUV.[857]

Daneben können auch mittels Abstellungsanordnungen nach Art. 7 VO 1/2003 Abhilfemassnahmen verhaltensorientierter und struktureller

853 S. *EuGH*, Urt. v. 29.6.2010, Rs. C-441/07, Tz. 36 ff. – *Alrosa*; ähnlich *Lübking/von Koppenfels*, Effektive Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts und Verfahrensgarantien - Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, in: Immenga/Körber (Hrsg.), 59 ff., 81: „recht weite[r] Ermessens- und Beurteilungsspielraum"; zur Klarstellung: Der Spielraum besteht hier nach richtiger Auffassung in Bezug auf die Eignung und Erforderlichkeit der Verpflichtungszusagen zur Ausräumung der im Rahmen der vorläufigen Beurteilung aufgekommenen Bedenken und nicht in Bezug auf die Ausformulierung von Auflagen und Bedingungen aufgrund der Verpflichtungszusagen.

854 *Immenga*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen der EU-Kommission - Herausforderungen im Beihilferecht und nach Art. 9 VO 1/2003, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 293 ff., 302; dies wird damit begründet, dass „Unternehmen, die Verpflichtungszusagen auf der Grundlage von Art. 9 [VO] 1/2003 anbieten, [...] bewusst hin[nehmen], dass ihre Zusagen über das hinausgehen können, wozu sie von der Kommission in einer gemäss Art. 7 der Verordnung nach eingehender Prüfung getroffenen Entscheidung verpflichtet werden könnten" (*EuGH*, *ibid*., Tz. 48).

855 *Körber*, Regulierung der Netzindustrien: Übergangsstadium oder Daueraufgabe des Staates? - zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 1043 ff., 1055.

856 Diesfalls wären deren Auswirkungen im hier interessierenden Bereich des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs plakativ gesprochen grundsätzlich „im Schnittfeld" der fraglichen Rechtsgebiete zu verorten gewesen, mithin wohl lediglich bei Preis-Kosten-Scheren, vgl. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 80, wo besagte Verhaltensweise als Unterkategorie der Geschäftsverweigerung qualifiziert wird, weiterf. hierzu 386 ff.

857 Insgesamt sehr kritisch *Jenny*, Worst decision of the EU Court of Justice: The Alrosa judgment in context and the future of commitment decisions, in: Hawk (Hrsg.), Chapter 16, 405 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art (im Rahmen eines engeren Verhältnismässigkeitsmassstabs entsprechend den vorgängigen Ausführungen) vorgeschrieben werden (Art. 7 Abs. 1 S. 1 und S. 2 VO 1/2003). Das Abstellen auf dynamische Effizienzen – wie Lerneffekte – bringt nun aber mit sich, dass ebendiese inhaltlich in besagten Abstellungsanordnungen reflektieren.[858] Damit besteht die Möglichkeit, dass sich die Abstellungsanordnungen nach Art. 7 VO 1/2003 in ihrem materiellen Gehalt den Auflagen und Bedingungen nach Art. 9 VO 1/2003 annähern; mithin weisen erstere ebenfalls einen quasi-regulatorischen Charakter insofern auf, als sie *ex ante* auf einem Markt voraussichtlich eintretende, zukünftige Effekte zu regeln bestimmt sind.

Es ist also nicht weiter verwunderlich, dass die sich hieraus auch im Rahmen von Art. 7 VO 1/2003 ergebenden, tendenziell erweiterten[859] „Gestaltungsspielräume" der Kommission infolge Ermessensfreiräumen bei der Beurteilung dynamischer Effizienzen[860] gerade im Hinblick auf die Verfolgung eines *more economic approach*[861] je nach Standpunkt kritischer oder wohlwollender beurteilt werden.[862] Soweit sich die Abstellungsanordnungen bei genereller Betrachtung im Rahmen einer schutzzielkonformen Auslegung von Art. 102 AEUV[863] nach pflichtgemässem Ermessen als geeignet und notwendig erweisen, sollten sie zu keinen Bedenken Anlass geben;[864] unzulässig wären aber Massnahmen, mit welchen die Rechte marktbeherrschender Unternehmen zwecks Verfolgung von Schutzzielen unverhältnismässig eingeschränkt würden oder gar schutzzielinkonforme Massnahmen zwecks Verfolgung anderer „politischer" Ziele.

---

858 Vgl. *Dreher*, ZWeR 2009, 149 ff., 169 ff.

859 Vgl. immerhin die in historischer Perspektive relativierenden Hinw. bei *Fox* in Fn. 361.

860 S. 57 ff. u. 84.

861 Weiterf. 104 ff.

862 Vgl. *Immenga*, Gestaltungsspielräume der Kommission, in: Immenga/Körber (Hrsg.), 9 ff., 25 ff.; im Bereich der Netzindustrien insgesamt für eine *ex ante*-Regulierung anstelle einer *ex post*-Aufsicht votierend: *Haucap/Kruse*, WuW 2004, 266 ff.

863 Weiterf. 63 ff.

864 *A.M. Ruffert*, § 3 Völkerrechtliche Impulse und Rahmen des Europäischen Verfassungsrechts, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), 95 ff., 130: „Anstatt das Kartellrecht und die kartellbehördliche Tätigkeit mit Regulierungszielen aufzuladen, sollten Effizienzüberlegungen in genuine Regulierung durch die dafür geeigneten Instanzen einfliessen".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Gewisse Bedenken werden darüber hinaus in Bezug auf die Gewährleistung einer möglichst kohärenten Entscheidungspraxis bei der dezentralen Anwendung des Unionsrechts durch die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden und Gerichte geäussert.[865] Zumindest betreffend das deutsche Recht ist festzuhalten, dass § 32 Abs. 2 GWB wortgetreu Art. 7 Abs. 1 S. 2 und S. 3 VO 1/2003 angepasst wurde, so dass dieselben Anordnungsmöglichkeiten von verhaltensorientierten und strukturellen Massnahmen bestehen.[866] Betreffend das schweizerische Kartellrecht[867] entscheidet nach Art. 30 Abs. 1 KG die Wettbewerbskommission „über die zu treffenden Massnahmen", wenn sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung feststellt; jene umfassen sowohl Massnahmen zur Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung als auch monetäre Sanktionen (vgl. Art. 49a KG).[868] Inwieweit der inhaltliche Umfang von (Abhilfe-)Massnahmen nach schweizerischem Kartellrecht jenem des Unionsrechts entspricht, scheint jedenfalls in der Doktrin weitgehend ungeklärt.[869] Es empfiehlt sich, zumindest der unionsrechtlichen Systematisierung zu folgen, auch zumal sich eine begriffliche Kohärenz bei der Einordnung von „Durchsetzungs-

865 Hierzu nur *Immenga*, Gestaltungsspielräume der Kommission, in: Immenga/Körber (Hrsg.), 9 ff., 22 ff.

866 Weiterf. nur *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 2: GWB/Teil 1, N 27 ff. zu § 32.

867 Zum Verhältnis des schweizerischen und unionsrechtlichen Missbrauchsverbots sowie zur Zweckmässigkeit einer harmonisierten Auslegung s. 79 ff., 154 ff.

868 *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 213 - *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

869 Vgl. immerhin die Hinw. zur Geltung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei *Zirlick/Tagmann*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 58 f. zu Art. 30; *Bilger*, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 359 f., jew. auch mit Verw. auf den materiellen Charakter einer Gestaltungsverfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a VwVG; unergiebig *Ducrey/Carron*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Art. 30 LCart; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, Art. 30; s. aber Kooperationsabkommen, SR 0.251.268.1, wonach „die Systeme der Schweiz und der Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten" (Einl. Erw. Abs. 3), wobei der Begriff „Wettbewerbsrecht" wohl nicht auf die materiellen Normen beschränkt ist (s. Art. 2 Ziff. 3 Kooperationsabkommen; vgl. schon die Hinw. unter Fn. 657; ferner für die Schaffung eines spezifischen schweizerischen Kartellverfahrensrechts votierend: *Breitenmoser/Walder Salamin*, Verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Hochreutner/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 25 ff., insb. 43.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

massnahmen“ im Sinne von Art. 2 Ziff. 5 des Kooperationsabkommens als sinnvoll erweisen sollte.

cc) Grundsatz der Gleichbehandlung

Der Verweis in der vorgängig zitierten Literatur auf die Lerneffekte der bestehenden oder neu eintretenden Konkurrenten könnte dahingehend verstanden werden, dass im Rahmen einer (vermehrt) dynamischen Betrachtungsweise lediglich diese, nicht aber diejenigen des marktbeherrschenden Unternehmens berücksichtigt werden sollen.[870] Ein solches Vorgehen erschiene indes nur zulässig, wenn bei letzteren entweder keine Lerneffekte (mehr) eintreten würden, oder wenn deren Ungleichbehandlung in Bezug auf die Möglichkeit zur Wahrnehmung von dynamische Effizienzen an sich unbedingte Folge einer schutzzielkonformen Auslegung von Art. 102 AEUV wäre. Erstere Variante erweist sich in tatsächlicher Hinsicht als wenig fundiert, zumal die Innovationsstärke von marktmächtigen Unternehmen generell positiv beurteilt wird.[871]

Betreffend zweitere Variante ist einleitend darauf zu verweisen, dass dem Schutz des Restwettbewerbs im Horizontalverhältnis nach der Rechtsprechung des *EuGH* im Bereich von Behinderungsmissbräuchen ein besonderer Stellenwert zukommt, wobei ein marktbeherrschendes Unternehmen eine besondere Verantwortung zur Nichtbeeinträchtigung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs trägt.[872] Eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung kann dementsprechend wohl bereits in der blossen Ausnutzung von Lerneffekten begründet sein. Diese Aussage steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Wünschbarkeit dynamischer Effizienz als bedeutenden Motors des Wirtschaftswachstums;[873] es lässt sich insofern auflösen, als eine weitere Verfestigung der Marktstruktur potenziell schwerwiegendere Wirkungen zeitigen kann.[874] Mit einer schutzzielkonformen Auslegung von Art. 102 AEUV

870 S. die Nachweise auf 195, Fn. 838; vgl. aber bspw. der Hinw. auf „die dynamische Komponente der Marktentwicklung“ insgesamt bei *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 209b zu Art. 102 AEUV.
871 Weiterf. 59 f.
872 S. 100, m.w.Verw.
873 S. 58.
874 S. 51 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wie auch von Art. 7 KG[875] ist indes nicht vereinbar, jegliche Ausnutzung dynamischer Effizienzsteigerungen eines marktbeherrschenden Unternehmens als missbräuchlich zu qualifizieren: Es kann dies nicht als notwendige Bedingung des systemtheoretischen Ansatzes[876] gedeutet werden und wohl umso weniger als eine des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes i.w.S.[877]

Während die Funktion des AEC als Massstab zur Beurteilung des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen der weiteren Klärung bedarf,[878] ist an dieser Stelle doch festzuhalten, dass es vorliegend in der Hauptsache einmal um einen positiven Vergleich der Effizienzgrösse eines (hypothetischen oder tatsächlichen) Wettbewerbers mit jener des Marktbeherrschers geht. Wenn Lerneffekte des ersteren berücksichtigt werden sollen, um deren Einfluss auf die zukünftige Marktstruktur abzubilden, dann sollte hierfür sinnvollerweise auch die zukünftige Effizienz des aktuellen Marktbeherrschers und der sich daraus ergebende Einfluss evaluiert werden.[879] Andernfalls erschiene der Ansatz in konzeptueller Hinsicht generell einseitig.[880]

c) Heterogenität des Marktguts

Es handelt sich um eine Annahme im mikroökonomischen Grundmodell, dass die auf einem Markt konkurrierenden Unternehmen homogene Güter produzieren.[881] Tatsächlich unterscheiden sich die gehandelten Marktgüter regelmässig in Bezug auf Eigenschaften und Qualität und sind mithin unvollkommene Substitute. Infolge dieses Differenzierungsgrads entwickeln

875 Weiterf. 79 ff. u. 82 ff.
876 Weiterf. 63 ff.
877 Weiterf. 68 ff.; s. 82 ff.
878 S. 334 ff.
879 Nach hier vertretener Auffassung sollten beim Marktbeherrscher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintretende Lerneffekte aber konkret im Rahmen der Preisbestimmung berücksichtigt werden, s. 223 f.; eine „doppelte" Berücksichtigung verbietet sich.
880 Auf die Gefahr einer tatsächlichen „Realitätsfremde" infolge der ungenügenden Mess- und Vorhersehbarkeit dynamischer Markteffekte wurde schon mehrfach hingewiesen.
881 Vgl. 38 ff., insb. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Konsumenten Präferenzen innerhalb des Marktangebots.[882] Dies begünstigt insbesondere die Bereitschaft, für ein bestimmtes Gut einen „höheren" Preis zu entrichten. Entsprechend konstatieren *Gerardin* und *O'Donoghue*, dass die Kosten respektive Preise des Marktbeherrschers „are [likely not] a reliable proxy for those of rivals". Alleine auf jene abzustellen greife zu kurz, weil damit lediglich gesagt sei, ob ein hypothetisch ebenso effizientes Unternehmen mit einem identischen Marktgut im Sinne der besagten, realitätsfernen Abstraktion kostendeckend produzieren könne.[883] Augenscheinlich vermag ein reiner Kosten-Preis-Vergleich bei einem heterogenen Marktangebot nicht die Implikationen einer reduzierten Preissensitivität gewisser Konsumenten infolge der besagten Präferenzbildungen zu erfassen.[884]

Die willentliche „Heterogenisierung" durch Differenzierung der eigenen Produkte kann sich dabei im Übrigen für ineffiziente Konkurrenten als angezeigte Strategie erweisen, um einem geringeren Preisdruck ausgesetzt zu sein.[885]

Bei der Anwendung von Art. 102 AEUV respektive Art. 7 KG bezweckt die vorgängige Abgrenzung des sachlichen Marktes, einen „hinreichende[n] Grad von Austauschbarkeit" vom Produkt des Marktbeherrschers mit denjenigen der Wettbewerber zu gewährleisten.[886] Der auf einem Markt anzutreffende tatsächliche Grad an Produkte-Heterogenität betrifft mithin schon dessen Abgrenzung, welche allerdings nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist. Es sei hier lediglich darauf hingewiesen, dass die soeben getätigten Ausführungen wohl nahe legen, dass

---

882 S. nur *Kerber/Schwalbe*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 194 zu Einl.

883 *Gerardin/O'Donoghue*, 1 JCLE 355 (2005), 393 f.; s. ferner *Melamed*, 73 Antitrust L.J. 375 (2006), 388.

884 Vgl. *Haucap/Kruse*, Diskussionspapier Nr. 115, 12, mit dem Hinw., dass spieltheoretische Modelle zu *predatory pricing*-Strategien regelmässig als einzigen Wettbewerbsparameter den Preis zur Verfügung stellen (und damit dem Marktaustrittskalkül der Konkurrenten nicht umfassend Rechnung getragen werden kann).

885 *Bühler/Jaeger*, Einführung in die Industrieökonomie, 90.

886 *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 28 – *Hoffmann-La Roche*; *Kerber/Schwalbe*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 194, Fn. 286 zu Einl., mit dem Hinw., dass im Bertrand-Modell (s. 46) Heterogenitäten generell die Substituierbarkeit infolge geringerer Preiselastizität der Nachfrage beschränken u.w.Hinw.; zur Interdependenz zwischen Markt- und Wettbewerbsanalyse s. nur *Friederiszick*, Marktabgrenzung und Marktmacht, in: Schwarze (Hrsg.), 29 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mittels einer tendenziell engen Marktabgrenzung zumindest die Fehler erster Ordnung bei Kosten-Preis-Vergleichen reduziert werden könnten.[887]

d) Reaktion

aa) Bezugnahme auf die konkreten Bedingungen

Die tatsächlichen Gegebenheiten auf einem konkreten Markt sowie die Berücksichtigung der Marktentwicklung lassen Bedenken aufkommen, inwieweit die Bezugnahme auf einen AEC angemessen ist.[888] So verunmöglichen nach hier vertretener Auffassung zunächst tatsächlich ausgenutzte Grössenvorteile jedenfalls regelmässig das Abstellen auf einen AEC, wenn die minimale effiziente Grösse die Hälfte der Marktnachfrage übersteigt; bedeutende Verbundvorteile können unter Umständen denselben Schluss nahelegen.[889] Ähnliches sollte – wenngleich im Rahmen einer sehr vorsichtigen Beurteilung – gelten, wenn die bestehenden oder neu eintretenden Konkurrenten bedeutenden Lerneffekten unterliegen.[890] Schliesslich kann ein verhältnismässig hoher Differenzierungsgrad der Marktgüter infolge unvollkommener Substituierbarkeit deren Vergleichbarkeit beeinträchtigen.[891]

---

887 Zur Fehlerkategorisierung s. 108 f.; die Untersuchung der weiteren Implikationen dieser angedachten Vorgehensweise sowie deren abschliessende Beurteilung würde freilich den Rahmen sprengen; vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 367 zu Art. 7, wonach bei behördlichen Überprüfungen von *predatory pricing* eine „[sehr hohe] Gefahr" von Typ I-Fehlern bestehen würde; die Autoren sehen die Lösung indes in einer Testausgestaltung entsprechend einem „Gebot der Zurückhaltung", mit Verw.

888 Vgl. *Gerardin/O'Donoghue*, 1 JCLE 355 (2005), 393, in Bezug auf Anwendungsfälle der Preis-Kosten-Schere: „[T]he mechanical application of a test based only on the dominant firm's costs can lead to incorrect outcomes in practice"; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 496 zu Art. 102 AEUV, welche sich dafür aussprechen, vom AEC „in Ausnahmefällen" abzuweichen; *Hovenkamp*, The Antitrust Enterprise, Principle and Execution, 154: „A better question is not whether the conduct is capable of excluding a hypothetical ‚equally efficient' rival, but whether the conduct produces insubstantial social benefits and is apt to exclude rivals who can realistically be expected to emerge under the circumstances".

889 S. 194, m.w.Hinw.

890 Weiterf. 195 f.

891 S. soeben 203 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Der „reasonably" effiziente Wettbewerber

(1) Über weite Strecken diffuser Einsatzbereich

Den gegenständlichen Unzulänglichkeiten des AEC wird zu begegnen versucht, indem – insbesondere im Regulierungsrecht[892] sowie im hiervon vorgeprägten Verbot der „Preis-Kosten-Schere"[893] – an dessen Stelle ein „hinreichend"[894] oder „angemessen"[895] oder „durchschnittlich"[896] effizienter Wettbewerber (reasonably efficient competitor; REC) als Beurteilungsmassstab herangezogen werden soll. Dabei wird auf die Kostenstruktur respektive Preissetzung eines (hypothetischen) Wettbewerbers abgestellt, welcher (noch) nicht über dieselbe ökonomische Effizienz i.e.S. wie der Marktbeherrscher verfügt, aber als „reasonably efficient given its smaller scale, or ignoring other incumbency cost advantages" erachtet wird.[897] Zum selben Ergebnis führt im Übrigen, wenn beim inkriminierten

892 Weiterf. 196 ff. mit Verw.

893 S. 386 ff.; *Lommler*, WuW 2011, 244 ff., 245.

894 *Kommission*, Empfehlung vom 20.9.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA), 2010/572/EU, Tz. 26.

895 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 208 zu Art. 102 AEUV.

896 *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 501 zu Art. 102 AEUV.

897 *Edwards*, ECLR 2011, 402 ff., 402; *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 21; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 74 ff., 255, spricht in diesem Zusammenhang von einer dynamischen Anwendung des AEC-Beurteilungsmassstabs: „[A] practice can be exclusionary when it forecloses competitors that could become as efficient as the dominant undertaking within a reasonable period of time but are prevented from doing so by the allegedly abusive conduct" (*ibid*., 255), m.w.Hinw.; s. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 24: „Die Kommission ist sich der Tatsache bewusst, dass auch ein weniger leistungsfähiger Wettbewerber unter bestimmten Umständen einen gewissen Wettbewerbsdruck ausüben kann, dem bei der Prüfung, ob ein bestimmtes preisbezogenes Verhalten zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung führen könnte, ebenfalls Rechnung getragen werden muss"; s.a. *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 129; vgl. *Kommission*, Empfehlung vom 20.09.2010 über den regulierten Zugang zu Zugangsnetzen der nächsten Generation (NGA), 2010/572/EU, Erw. 26: „Eine Preis-Kosten-Schere kann durch den Nachweis belegt werden, dass die nachgeordnete Sparte des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht selbst nicht wirtschaftlich arbeiten könnte, wenn der Preis zugrunde gelegt würde, der den Wettbewerbern für die Nutzung der vorgeordneten Einrichtungen berechnet wird (Test des ‚gleich effizienten Wettbewerbers'). Alternativ dazu kann die Preis-Kosten-Schere auch durch den Nachweis

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unternehmen im Rahmen der Kosten- und Preisbestimmung tatsächlich entweder zu hohe Kosten oder zu tiefe Preise festgestellt[898] respektive wenn Preisreduktionen, die die eigenen Kosten nicht unterschreiten (sog. „above-cost price cuts"), als unzulässig taxiert werden.[899]

Entsprechend den dargelegten Bedenken bemerkte denn auch der *EuGH*, es sei „nicht auszuschließen, dass die Kosten und Preise der Wettbewerber für die Prüfung der [...] Preispolitik relevant sind", etwa „wenn die besonderen Wettbewerbsbedingungen des Marktes es erfordern, weil z. B. die Höhe der Kosten des beherrschenden Unternehmens speziell auf den Wettbewerbsvorteil zurückzuführen ist, den die beherrschende Stellung diesem Unternehmen beschert",[900] oder, „wenn die [von] den Wettbewerbern erbrachte Leistung lediglich darin besteht, eine Infrastruktur zu

---

belegt werden, dass die Gewinnspanne zwischen dem Preis, der Wettbewerbern auf dem vorgeordneten Markt für den Zugang berechnet wird, und dem Preis, den die nachgeordnete Sparte des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht auf dem nachgeordneten Markt verlangt, nicht ausreicht, um einem hinreichend effizienten Diensteerbringer auf dem nachgeordneten Markt die Erzielung eines normalen Gewinns zu ermöglichen (Test des ‚hinreichend effizienten Wettbewerbers'). Unter den besonderen Umständen der Vorab-Preiskontrolle, die einen wirksamen Wettbewerb zwischen Betreibern gewährleistet werden soll [*sic*], die keine vergleichbaren Mengen- und Größenvorteile und unterschiedliche Netz-Stückkosten haben, dürfte in der Regel der Test des ‚hinreichend effizienten Wettbewerbers zweckmässiger sein"; vgl. schon *dies*., Entscheidung v. 4.7.2007, COMP/38.784, Tz. 311 – *Telefónica*: „Eine Kosten-Preis-Schere kann auch durch den Nachweis belegt werden, dass die Spanne zwischen dem Preis für den Zugang, der Wettbewerbern im vorgelagerten Markt berechnet wird, und dem Preis, den der Netzbetreiber im nachgeordneten Markt berechnet, nicht ausreicht, um einem hinreichend effizienten Diensteanbieter im nachgeordneten Markt die Erzielung eines normalen Gewinns zu ermöglichen (‚Test unter Annahme eines theoretisch hinreichend effizienten Wettbewerbers')".

898 Zu ersterem s. 214 f.; zu letzterem s. 218 ff.

899 Weiterf. 258 ff.; schliesslich würde auch auf ein REC abgestellt, wenn „quasifixe" Kosten (s. schon 37 f.) bei der Kostenbestimmung miteinbezogen würden.

900 Kritisch *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 380, mit dem Hinw., dies sei „difficult to understand" im Kontext von *EuGH*, Urt. v. 9.11.1983; Rs. 322/81, LS 10, 1. Hälfte – *Michelin*, wonach die Marktbeherrschung an sich nicht verboten sei; es sollte indes nicht untergehen, dass ebendiese zit. Rspr. unmittelbar anschliessend bemerkt, dass das marktbeherrschende Unternehmen „unabhängig von den Ursachen dieser Stellung eine besondere Verantwortung dafür trägt, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt" (*EuGH*, *ibid*., LS 10, 2. Hälfte, u. Tz. 57 – *Michelin*), weiterf. 99 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nutzen, deren Herstellungskosten sich bereits amortisiert haben, so dass der Zugang zu dieser Infrastruktur für das beherrschende Unternehmen nicht mehr mit Kosten verbunden ist, die mit den Kosten ihrer Wettbewerber für diesen Zugang wirtschaftlich vergleichbar sind".[901]

Als dritten Grund für eine mögliche Relevanz der „Kosten und Preise der Wettbewerber" verwies der *EuGH* auf jene Fälle, „wenn die Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist"[902]. Diesbezüglich ist der Hinweis angebracht, dass besagte Kosten und Preise freilich nicht ausschliesslich zur Bestimmung eines REC genutzt werden sollen, sondern ebenso zur hilfsweisen Bestimmung des AEC. Nach hier vertretener Auffassung stellt alleine ein Informationsnotstand in Bezug auf die Kostendaten des Marktbeherrschers auch nach der fraglichen Rechtsprechung keine hinreichende Bedingung für die Verwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs dar;[903] ein solcher macht lediglich, aber immerhin, das Heranziehen der Marktkonkurrenz-Kostendaten zur Bestimmung der ökonomischen Effizienz i.e.S. des AEC notwendig. Der Wechsel zu einem für das marktbeherrschende Unternehmen abträglicheren Beurteilungsmassstab aufgrund dergestaltiger objektiver Unmöglichkeit ist *m.E.* unzulässig.[904]

---

901 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 45 – *TeliaSonera*; einschränkend *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 380.

902 *EuGH*, *ibid*.

903 *A.M. Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 547 zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Fn. 801 zu Art. 102 AEUV; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 54 f., mit Verw. auf die ebenso uneindeutigen Ausführungen der *Kommission* in Prioritätenmitteilung, Tz. 26 (*recte* Tz. 25); *a.M.* offenbar auch *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009; Tz. 451 – *Swisscom ADSL II*; ähnlich wenigstens *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 380: „[I]t seems preferable in such situations to allow the dominant firm the opportunity to develop cost estimates and to use such estimates in conjuction with figures derived from rivals or other sources (e.g., market experts)".

904 Unklar insofern *Rummel*, *ibid*., 55 f., welcher mit der Verwendung eines REC als Beurteilungsmassstab infolge Verweigerung von Auskünften über Kostenstrukturen oder Verschleierung der Kosten gerade keine „objektiven Gründe" (i.S.v. *EuGH*, *ibid*.) anführt; vgl. *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 59: „[A]n authority should not be prevented from intervening in case a dominant firm is unwilling to provide the necessary data in a timely manner, in which case the authority should be able to proceed on the basis of more qualitative evidence only"; zur Auskunftspflicht nach Art. 18 VO 1/2003 resp. gestützt auf Art. 40 KG s.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ein Vorgehen entsprechend dieser Interpretationslinie ist denn auch im Grundsatz ohne Weiteres angemessen, gerade wenn man sich die Konsequenzen einer REC-Verwendung im preisbezogenen Missbrauchsverbot als *ex post*-Aufsicht vergegenwärtigt: Die inhaltliche Konkretisierung des REC kann sinnvollerweise nur einzelfallweise erfolgen, was der Rechtssicherheit in den meisten Fällen äusserst abträglich ist.[905]

(2) Einzelfallweise inhaltliche Konkretisierung

Jede Abkehr vom AEC als eigentlichem „Spiegelbild" des marktbeherrschenden Unternehmens erfolgt auf Basis einer Würdigung der spezifischen Marktgegebenheiten: Die bestehenden und entstehenden Grössen- oder Verbundvorteile, die möglichen Lerneffekte sowie die Heterogenität der Marktgüter sind im Hinblick auf ihre Marktauswirkungen im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen. Die Bestimmung eines REC ist mithin eine eigentliche „Benchmark-Gestaltung".[906] Es ist festzuhalten, dass damit die Hypothetizität des REC im Vergleich zu jener des AEC zumindest von qualitativ anderer Ordnung ist: Freilich kann (auch) der REC insofern eine hypothetische Figur sein, als auf dem fraglichen Markt kein ebenso hinreichend effizienter Wettbewerber bestehen muss;[907] es „widerspiegelt" sich im REC indessen – im Gegensatz zum AEC – nicht lediglich das marktbeherrschende Unternehmen, sondern vielmehr stellt er eine normative Vermessung des konkreten Marktes sowie seiner erwartungsgemässen Entwicklung dar, sofern der Marktbeherrscher eine Preissetzung entsprechend jener eines REC vorgenommen hätte.

Das Abstellen auf einen REC erscheint insofern konsistent mit dem *more economic approach*, als eine umfassende Orientierung am Einzelfall stattfindet. Die Festlegung des REC anhand einer *rule of reason* erhöht

---

212 f.; jedenfalls wäre einer Nichtkooperation des inkriminierten Unternehmens mit den Mitteln von Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 zu begegnen.

905 S. sogleich 209 ff.

906 Dies äussert sich in der Tatsache, dass eine Untergrenze für die Preissetzung des marktbeherrschenden Unternehmens festgelegt wird, womit eine Beschränkung seines Preiswettbewerb-Potenzials aufgrund höherer ökonomischer Effizienz i.e.S. verbunden ist; damit einher geht ein Schutz sämtlicher zumindest „reasonably" effizienter Wettbewerber vor dem Marktbeherrscher.

907 S. etwa *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 208 zu Art. 102 AEUV: „fiktiv"; *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 20.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den diskretionären Spielraum der Wettbewerbsbehörden.[908] Inwiefern dabei aber Fehler erster und zweiter Ordnung reduziert werden können,[909] ist namentlich betreffend die Beurteilung von Lerneffekten vorsichtig zu beurteilen: Infolge ungenügender Mess- und Voraussehbarkeit dynamischer Markteffekte ist die technische Operationalität fraglich;[910] jedenfalls sind hierfür umfassende Kompetenzen erforderlich, was insbesondere im Hinblick auf die dezentrale Umsetzung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots durch die nationalen Wettbewerbsbehörden wie auch die Anwendung des schweizerischen Missbrauchsverbots durch die WEKO berücksichtigt werden sollte.[911]

(3) Rechtsunsicherheit

Unter einer Einzelfallorientierung leidet regelmässig die Rechtssicherheit, da die Bestimmung eines REC für das inkriminierte Unternehmen *ex ante* kaum praktikabel ist.[912] Die diesbezüglichen Bedenken akzentuieren sich

---

908 S. 105; *Marty*, *ibid.*, 24.

909 Weiterf. schon 108 f.

910 Vgl. 83 f.; ähnlich *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 381.

911 Weiterf. 109 f.

912 Weiterf. 110 ff.; *Edwards*, ECLR 2011, 402 ff, 403; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 381 f., mit dem Hinw., dass die Verwendung eines REC einen nicht erwünschten Anreiz für Marktbeherrscher bedeuten würde, in potenziell unrechtmässiger Weise Informationen über die Kosten- und Ertragsstrukturen ihrer Konkurrenten zu erhalten; vgl. immerhin der Hinw. auf Bestimmungsansätze bei *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 20 ff., m.w.Verw.; *Gaudin/Saavedra*, SSRN ID 2192212, 3; vgl. *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 44 – *TeliaSonera* u. *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Tz. 202 – *Deutsche Telekom:* „[E]in marktbeherrschendes Unternehmen kennt [...] grundsätzlich nicht die [Kosten und Entgelte] seiner Wettbewerber", jew. mit Verw. auf die grundsätzliche Vereinbarkeit der Verwendung eines AEC als Beurteilungsmassstab mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit; kritisch zu beurteilen insofern *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25; eine Ausnahme ist in der übermässigen Berücksichtigung von Opportunitätskosten infolge der „imputation rule" bei der Untersuchung von Preis-Kosten-Scheren zu ersehen, was der Anwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs gleichkommt: Das inkriminierte Unternehmen setzt den Marktpreis für das Vorprodukt nämlich selbst und kennt damit *ex ante* den Zuschlag, ebenso schon *Edwards*, ECLR 2011, 402 ff., 404, weiterf. 213 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gerade in der Tatsache, dass zwecks Festlegung des REC als Referenzpunkt auf die erwartungsgemässe, zukünftige Marktentwicklung abgestellt wird.[913] Während damit wiederum dem Ansinnen des *more economic approach* entsprochen wird, im Sinne eines *effects-based approach* die tatsächlichen, auf dem Markt eintretenden (wohlfahrtsökonomischen) Effekte zu berücksichtigen,[914] scheint diese erst nachträgliche Festlegung des Beurteilungsmassstabs zur Verhaltensbeurteilung eines marktbeherrschenden Unternehmens nach Art. 102 AEUV respektive Art. 7 KG mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit[915] zumindest in Verfahren nach Art. 7 VO 1/2003[916] kaum vereinbar;[917] es muss dies insbesondere im Hinblick auf die Verhängung von Bussgeldern gelten. Wenn marktbeherrschende Unternehmen dennoch anhand eines REC beurteilt würden, hätte dies schliesslich zur Folge, dass jene ihre Preissetzung mit einer grossen Sicherheitsmarge vornehmen müssten. Die resultierenden (zu) hohen Preise wären zumindest kurzfristig der Konsumentenwohlfahrt abträglich.[918]

Der Einsatzbereich des REC ist damit eher in seinem angestammten Umfeld des klassischen Regulierungsrechts zu verorten, wo die Kostenstrukturen des REC und die damit zulässige Preissetzung *ex ante* definiert werden können.[919] Sofern die minimale effiziente Grösse die Hälfte der Marktnachfrage eines Marktguts übersteigt, ist ein die Grössenvorteile tatsächlich ausnutzendes Unternehmen gegebenenfalls regulierungsrechtlich

---

913 S. soeben im Text.

914 S. 105 f.

915 Weiterf. 110 ff.

916 Vgl. 198 ff.

917 Eine ausnahmeweise Anwendung des REC im Rahmen des Missbrauchsverbots kann allgemein in Fällen denkbar sein, wo der Marktbeherrscher in einem (ehemals) stark regulierten Umfeld operiert, was die Einschätzung eines REC ermöglicht – gerade wenn vorgängig regulativ vorgegeben oder im Bereich von Preis-Kosten-Scheren aufgrund der „imputation rule" erkennbar, vgl. soeben Fn. 912; i.d.S. sind *m.E.* auch die Ausführungen des *EuGH* in Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 45 – *TeliaSonera*, zu verstehen, s. 207 f.; zur ausnahmeweisen Anwendung bei „above-cost predatory pricing", weiterf. 259 f.

918 Vgl. *Lommler*, WuW 2011, 244 ff., 254.

919 Ebenso *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 26 f.; *Edwards*, ECLR 2011, 402 ff, 403 f.; vgl. *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 289, Fn. 29: „[L]egal advisors of dominant undertakings are left in the dark with respect to the circumstances under which the dominant undertaking is obliged to accommodate a less efficient rival and how this should be done", u.w.Verw.; im Ergebnis zumindest ähnlich *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 451 – *Swisscom ADSL II*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mittels eines REC anzugehen, weil ein AEC diesfalls unmöglich ist.[920] Eine Verhaltensorientierung an einem REC ist schliesslich zumindest auch im Rahmen von Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 denkbar, wodurch der REC „durch die Hintertür" dann doch eine vermehrte Bedeutung im Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV erlangen könnte.[921]

3. Vergleichsparameter

A. Kostenbestimmung

a) Generierung der Kostendaten

aa) Möglichkeiten

Von fundamentaler Bedeutung für die quantitative Bestimmung der Kosten*arten*[922] ist die Generierung der notwendigen Kosten*daten*; ohne letztere lassen sich erstere nicht korrekt ermitteln. Die Kostendaten des inkriminierten Unternehmens können mit einem Auskunftsverlangen nach Art. 18 VO 1/2003 respektive nach schweizerischem Recht gestützt auf Art. 40 KG angefordert werden.[923] Ergänzend und alternativ besteht die Möglichkeit, dass sachdienliche Informationen auch von anderen Unternehmen

---

920 Weiterf. 192 ff.

921 Vgl. 198 ff. , mit Hinw. auf den im Ergebnis quasi-regulatorischen Charakter der Aushandlung solcher Zusagen; s. aber *Kommission*, Beschluss v. 18.12.2013, COMP/AT.39678/*Deutsche Bahn I* und COMP/AT.39731/*Deutsche Bahn II*, wo in einem Verfahren nach Art. 9 VO 1/2003 auf einen AEC abgestellt wurde; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 380, Fn. 71, mit dem Hinw., dass sämtliche Entscheidungen von Unionsorganen betr. Preis-Kosten-Scheren in Anwendung eines AEC ergingen u. Verw. auf weiterf. Lit. zur seltenen Verwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs vor nationalen Behörden.

922 Zum Ganzen vgl. 32 ff.

923 Weiterf. nur *Hirsbrunner*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 2 zu Art. 18 VO 1/2003, mit dem Hinw., dass der Inhalt des Fragebogens insbesondere zwecks Abfragens umfangreicher ökonomischer Daten im Voraus mit dem betroffenen Unternehmen abgesprochen werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

eingeholt werden.[924] Die Auskunftspflicht umfasst grundsätzlich auch als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizierende Kostendaten.[925] Darüber hinaus können Sektoruntersuchungen Anhaltspunkte für die auf einem Markt bestehenden Kostenstrukturen geben.[926]

bb) Verwertung

(1) Grundsätzliches

Die vom inkriminierten Unternehmen sowie von Dritten erlangten Kostendaten sind regelmässig nach den Grundsätzen buchhalterischer Rechnungslegung erfasst. Es finden sich darin Kostenkategorisierungen, die – selbst bei übereinstimmender Bezeichnung – mit den ökonomischen Kostenarten nicht identisch sind; insbesondere werden die Opportunitätskosten nicht ausgewiesen.[927] Des Weiteren stimmen die Rechnungslegungsperioden generell nicht mit den gegenständlichen Betrachtungszeiträumen überein.[928] Die Transformation der buchhalterischen in die ökonomischen Kosten ist mithin ein hochkomplexes Unterfangen;[929] regelmässig basie-

924 Bekanntmachung der Kommission über bewährte Vorgehensweisen in Verfahren nach Artikel 101 und 102 des AEUV, ABl. 2011 C 308, S. 6, Tz. 32; *Burrichter/Hennig*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 14 zu Art. 18 VO 1/2003; *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25; zur weiten Auslegung von „betroffene Dritte" im Rahmen von Art. 40 KG s. *Bilger*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 8 zu Art. 40; weiterf. zur Verwendung der Marktkonkurrenz-Kostendaten s. 206 ff.

925 S. *Burrichter/Hennig*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 14 zu Art. 66 VO 1/2003 mit Hinw. auf den Schutzumfang von Art. 28 VO 1/2003; *Bilger*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 23 zu Art. 40.

926 Vgl. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 73 ff., mit Hinw. auf verschiedene tatsächliche Schwierigkeiten im Rahmen der Erlangung unternehmerischer Kostendaten.

927 Zum Begriff Opportunitätskosten s. 32; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 293; *Petzold*, JECL&P 2015, 346 ff., 348: „[O]pportunity costs have no counterpart in the balance sheet".

928 Weiterf. 312 ff.

929 *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 77 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren die Kostenberechnungen der Kommission und Gerichte denn schwergewichtig auf lediglich aufbereiteten buchhalterischen Kostendaten.[930]

(2) Annäherungsweise Bestimmung der Opportunitätskosten im Rahmen der Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren

Gerade die annäherungsweise Bestimmung und Berücksichtigung der Opportunitätskosten ist aber teilweise möglich, was hier in Anlehnung an die Darstellung bei *Petzold* bezüglich einer Preis-Kosten-Schere[931] erörtert wird: Angenommen wird ein vertikal integriertes Unternehmen, welches das Vorprodukt zu Kosten von ‚2' produziert. Es definiert den internen Transferpreis des Vorprodukts auf ‚2' und bietet ebendieses dem nicht vertikal integrierten Unternehmen zum Lieferpreis von ‚3' an.[932] Bei der unionsrechtlichen Beurteilungspraxis dieses Vorgehens werden die Opportunitätskosten nun insofern berücksichtigt, als bei der Berechnung der Endprodukt-Kosten des vertikal integrierten Unternehmens nicht der interne Transferpreis (‚2'), sondern der Marktpreis des Vorprodukts (‚3') verwendet wird („imputation rule").[933]

So weit, so gut – zutreffend weisen *Edwards* und *Petzold* aber darauf hin, dass dem vertikal integrierten Unternehmen damit tendenziell zu hohe Opportunitätskosten „in Rechnung gestellt" werden (‚3' – ‚2' = ‚1'): Die Veräusserung des Vorprodukts verursacht gegenüber dem internen Transfer nämlich zusätzliche Kosten (additional upstream cost, AUC). Vom Marktpreis des Vorprodukts müssen insbesondere Transaktionskosten[934] gedeckt werden, die ansonsten nicht anfallen würden. Die Berücksichtigung der AUC führt beim vertikal integrierten Unternehmen zu einer fingierten Kostensteigerung bei der Herstellung des Endprodukts, denn tatsächlich entspricht die ökonomische Effizienz i.e.S. des Unternehmens

930 S. *Petzold*, JECL&P 2015, 346 ff., 348, mit Verw. auf *Kommission*, Entscheidung v. 4.7.2007, COMP/38.784, Tz. 430 ff. – *Telefónica*; *dies.*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 259 ff. – *Wanadoo Interactive*; s.a. *dies.*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1043 – *Intel.*

931 Weiterf. 386 ff.

932 Vgl. *Petzold*, JECL&P 2015, 346 ff., 348, mit Verw. auf empirische Studien, wonach vertikal integrierte Unternehmen den internen Transferpreis vorzugsweise entsprechend den Grenzkosten setzen würden.

933 S. 387.

934 Zum Begriff s. 31.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Produktionskosten ohne die AUC. Darauf abzustellen, ist indes *de facto* die Anwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs.[935]

b) Zuordnungsfragen

aa) MC und Gemeinkosten

Die quantitative Bestimmung der jeweiligen Kostenarten kann sich darüber hinaus schwierig gestalten, weil einzelne Kostendaten nicht eindeutig zuordenbar sind. Betreffend die MC ist ohnehin festzuhalten, dass sich deren Quantifizierung als regelmässig aussichtsloses Unterfangen erweist. Dies hat zur Folge, dass diese Kostenart als Masseinheit keine Verwendung finden kann.[936]

Eine oft auftretende Problematik stellt weiter die Aufteilung der (zumindest echten) Gemeinkosten im praktisch relevanten Fall der Mehr-Produkte-Unternehmen dar. In dieser Hinsicht hielt (sogar) die Kommission fest, dass sich Gemeinkosten „nur willkürlich mit einem Verteilerschlüssel zuordnen" liessen.[937] Relevant wird dies immer dann, wenn eine Berech-

935 Zum Ganzen s. 206 ff.; *Petzold*, JECL&P 2015, 346 ff., 349 f., mit dem Hinw. auf weitere Beschränkungen der „imputation rule" u. Verw.; *Edwards*, ECLR 2011, 402 ff., 403; zur damit einhergehenden ausnahmeweisen Gewährleistung der Rechtssicherheit bei der Anwendung eines REC-Massstabs s. 210, Fn. 911; zu relativieren insofern *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 494 u. N 547 zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 209c u. N 356 zu Art. 102 AEUV, welche die Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren insb. durch den *EuGH* in Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 44 f. – *TeliaSonera*, als Anwendungsfall des AEC-Beurteilungsmassstabs bezeichnen; ebenso *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, insb. 166, wonach eine Vermeidung der AUC infolge vertikaler Integration „kaum als eine Effizienzleistung im Sinne des Tests" gewürdigt werden könne; zu kurz auch *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 304.

936 Zu den Gründen s. 35 f. sowie die Ausführungen von *Areeda* und *Turner* auf 169; ebenso *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 293 u. 296; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 49; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 390, m.w.Verw.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 498 zu Art. 102 AEUV: „praktisch ohne Relevanz".

937 *Kommission*, Entscheidung v. 24.7.1991, IV/31.043, Tz. 49, Fn. 29 – *Tetra Pak II*; ebenso *Baumol*, 39 J. Law Econ. 49 (1996), 59: „There is, however, no economically defensible way of dividing such costs up among the firm's various products.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nung der ATC oder eine anteilmässige Berücksichtigung der echten Gemeinkosten (ergänzend zu den LAIC und nach Ansicht der *Kommission* offenbar unter gewissen Umständen auch zu den AAC) zu erfolgen hat.[938]

bb) AVC und AFC

Bei der Unterteilung in variable und fixe Kosten (VC und FC) stellen sich komplexe Abgrenzungsfragen. Von zentraler Bedeutung ist die Bestimmung des Zeitintervalls, in welchem die angefallenen Kostenfaktoren zugeteilt werden, zumal auf Dauer fixe Kosten zunehmend variabel werden.[939] Jedenfalls verbietet sich ein formalistisches Vorgehen alleine anhand der Qualifikation in Buchführungssystemen;[940] vielmehr ist für jeden Kostenfaktor zu prüfen, ob jener *in casu* in Abhängigkeit der produzierten Mengen im fraglichen Zeitintervall variiert.[941] In der Lehre werden beispielsweise durch die einzelnen Produkteinheiten verursachte Rohmaterialkosten oder Energiekosten als VC genannt.[942] Der *EuGH* hat in *France Télécom* die gegenständlichen Kundenakquisitionskosten als VC bezeich-

---

As is well known, all methods for the allocation of common fixed costs are arbitrary"; weiterf. *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 323, mit Verw. auf verschiedene Zuordnungsansätze; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 72 f., mit Verw. auf die Übernahme der vom inkriminierten Unternehmen selbst vorgeschlagenen Gemeinkostenaufschlüsselung in *Kommission*, *ibid*. – *Tetra Pak II* sowie das Abstellen des *EuGH* auf dieselben in Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 84 ff. – *AKZO*, womit zumindest im Ergebnis den hiermit verbundenen rechtsstaatlichen Bedenken Rechnung getragen wurde.

938 Weiterf. 278 ff.; wenigstens bei den ATC erübrigt sich eine Unterscheidung zwischen VC und FC, hierzu sogleich 216 f.

939 S. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 211 zu Art. 102 AEUV; weiterf. 312 f.

940 S. hierzu soeben 213 f.

941 *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 91 u. 94. – *AKZO*; s.a. *Kommission*, Entscheidung v. 20.3.2001, COMP/35.141, Tz. 11-17 u. 35 f. – *Deutsche Post AG*.

942 *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 50; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 293; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 498 zu Art. 102 AEUV; s.a. *Areeda/Turner*, 88 Harv L. Rev. 697 (1975), 700, welche „materials, fuel, labor directly used to produce the product, indirect labor such as foremen, clerks, and custodial help, utilities, repair and maintenance, and per unit royalties and license fees", als typische mögliche VC nennen.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

net.[943] Als FC werden hingegen „typically [...] most management expenses, interest on bonded debt, depreciation (to the extent that equipment is not consumed by it), property taxes, and other irreducible overhead" qualifiziert.[944]

cc) AAC und LAIC

Die Bestimmung des konkreten zusätzlichen inkrementellen Outputniveaus („but for-quantity") als Folge eines *predatory pricing*[945] erweist sich bei der Berechnung der AAC oftmals als schwieriges Unterfangen. Es muss auf die Beurteilung eines Szenarios abgestellt werden (Marktaustritt), welches insofern nicht den tatsächlichen Realitäten im Zeitpunkt der *ex post*-Beurteilung entspricht, als es nicht statt gefunden hat.[946] Darüber hinaus stellen sich bei der Berechnung der FIC Abgrenzungsfragen gegenüber den nicht-inkrementellen fixen Kosten respektive den verlorenen Kosten.[947] Eine Abgrenzung gegenüber den VC erscheint jedenfalls in Be-

943 *EuGH,* Urt. v. 02.04.2009, Rs. C-202/07, Tz. 78 u. 81 – *France Télécom*; vgl. aber *Bolton*, *Brodley* und *Riordan*, deren Ausführungen auf 172 eine Qualifikation als FIC nahelegen; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 66 ff., m.w.Verw.; die Notwendigkeit einer einzelfallweisen Zuordnung aufgrund der konkreten Umstände andeutend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 213 zu Art. 102 AEUV.

944 *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 700; ebenso *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 351 zu Art. 7, mit Verw. auf *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 447.

945 S. 163 ff.

946 *Amstutz/Carron*, *ibid*., N 360 zu Art. 7.

947 Zur Berechnung der AAC s.34 f.; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 44, Tz. 55 u. Tz. 57; anschaulicher Beleg für die Ermittlungsschwierigkeiten der AAC bietet etwa *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1043 ff. – *Intel*: „Since the Commission had not been successful in obtaining adequate cost data from Intel and since the numbers from [Intel's expert] were not verifiable, [...] the Commission instead put forward as a prima facie measure the Cost of Goods Sold (CoGS), which was directly available from Intel's audited accounts. [...] [Intel's expert] identifies three main reasons why, in his opinion, the CoGS value [...] is not an appropriate reflection of Intel's AAC for the products covered by the relevant as efficient competitor tests. [...]".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zug auf die letzteren als notwendig.[948] Bei den AAC ist schliesslich analog den AVC die betrachtete Zeitperiode ausschlaggebend, zumal die Vermeidbarkeit der Kosten auf Dauer generell zunimmt.[949]

Die Kostenart LAIC verfügt über den Vorteil, dass sich eine Unterscheidung in variable und fixe Kosten erübrigt, zumal beide enthalten sind.[950] Die Berechenbarkeit wird aber nicht generell positiver beurteilt, was namentlich, aber nicht ausschliesslich, mit der Bestimmung und Aufteilung der unechten Gemeinkosten zusammenhängt.[951]

B. Preisbestimmung

a) Generierung der Preisdaten

Die Generierung der Preisdaten kann grundsätzlich mit denselben Mitteln wie bezüglich den Kostendaten erfolgen.[952] Es ist regelmässig davon auszugehen, dass potenziell behinderte Konkurrenten gerade etwa bei der Untersuchung von Preis-Kosten-Scheren[953] die ihnen zur Verfügung stehenden Informationen (z.B. hinsichtlich der durch das vertikal integrierte Unternehmen gesetzten Preiskonditionen für das Vorprodukt) bereitwillig den Untersuchungsbehörden mitteilen werden, womit zumindest die Transaktionspreisdaten verhältnismässig leicht in Erfahrung zu bringen sein sollten.

---

948 Anders *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 297, gemäss welchen eine „segregation of fixed and variable cost" nicht erforderlich sei; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 357 zu Art. 7.

949 Weiterf. 312 f.; vgl. die Vorgehensweise der dänischen Behörden nach Darstellung des *EuGH* in Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Tz. 31 – *Post Danmark*: Den AAC angelehnte „inkrementelle Kosten" wurden qualifiziert als „Kosten, die kurz- oder mittelfristig (in drei bis fünf Jahren) entfallen, wenn Post Danmark den Zustellungsdienst für Postwurfsendungen einstellt"; weiterf. hierzu 281 f.

950 Zur Berechnung der LAIC s. 37; *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 297 u. 299.

951 *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 62; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 71, vermutet indes, dass „die anteilige Zurechnung [unechter Gemeinkosten] [...] wenig problematisch sein [dürfte], da [jene] proportional zur Ausbringungsmenge des betrachteten Produktes variieren. Daraus können Rückschlüsse auf ihre Höhe gemacht werden"; zur Berücksichtigung von echten Gemeinkosten im Rahmen eines (vermeintlichen) „LAIC-Beurteilungsmassstabs", weiterf. 283 f.

952 S. die Hinw. auf 212 ff.

953 Zum Ganzen s. 386 ff., mit Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grundsätzlich wenig Anreiz für eine Kooperation ist hingegen etwa bei Abnehmern ersichtlich, die im Rahmen einer Preisdiskriminierung bevorzugt behandelt werden. Die Generierung weiterer Preisdaten zum Zweck einer vollständiger Preiserfassung ist jedenfalls im Interesse des inkriminierten Unternehmens, sodass dieses generell hierzu Hand bieten sollte.

b) Preisbegriff

aa) Problemaufriss

Die Preisbestimmung erfährt im Gegensatz zur Kostenbestimmung in der wettbewerbsrechtlichen Lehre im Allgemeinen und im Rahmen der Verwendung des AEC als Beurteilungsmassstab im Besonderen offenbar geringere Beachtung.[954] Dies ist namentlich hinsichtlich des Letzteren einigermassen erstaunlich, zumal es sich beim Preis um die direkte Vergleichsgrösse zu den breit diskutierten Kosten(-arten) und mithin einen absolut zentralen Parameter handelt. Erhebliche Unklarheiten ergeben sich bereits bei der Erfassung des Preisbegriffs, der im Rahmen des unionsrechtlichen und schweizerischen preisbezogenen Missbrauchsverbots Anwendung findet.[955] Eine mögliche Erklärung für die stiefmütterliche Auseinandersetzung ist wohl darin zu ersehen, dass der Begriff des Preises zu-

954 Diese Feststellung gilt nicht hinsichtlich der Bestimmung des effektiven Preises bei bedingten Rabatten, weiterf. 230 ff.

955 So spricht etwa die *Kommission* in der Prioritätenmitteilung, Tz. 25, bloss von „Verkaufspreisen"; s. immerhin *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 82 f.: „Determining the relevant ‚price' to be used in an assessment of alleged predation also involves judgments and may be complex. [...] As a practical matter, ‚price' as viewed by practitioners is often the same as incremental or marginal revenue. This is a useful measure in the context of price-cost tests [...]"; vgl. weiter die Bem. zu Preisabreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bei *Krauskopf/Schaller*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 375 zu Art. 5: „Gegenstand der Abrede sind Preise, Preiselemente oder -komponenten. Darunter zu verstehen ist die für eine Ware oder Dienstleistung geschuldete Gegenleistung monetärer Art" (Hervorh. weggelassen); vgl. die Ausführungen bei *Giesler*, Konditionenkartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen, 29 ff., welcher bemerkt, dass dem deutschen GWB in der ursprünglichen Fassung vom 27.7.1957 kein „juristischer Preisbegriff" zugrunde liege; dieser umfasse nämlich „die gesamte Gegenleistung für eine Leistung", wobei Leistung und Gegenleistung auch durch „immaterielle Güter" bestimmt sein können (*ibid*., 35 f.); das GWB gehe vielmehr, „wenn es vom Preis spricht, von dem sich auf

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mindest auch in der älteren Wirtschaftslehre teilweise als derart klar betrachtet wurde (Preis als „eindimensionale Grösse"), weswegen mit einer gewissen Regelmässigkeit auf eine Definition überhaupt verzichtet wurde.[956]

bb) Funktionaler Bestimmungsansatz

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung erscheint es jedenfalls notwendig, den Preisbegriff des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbots zu bestimmen.[957] Dies soll unter Zuhilfenahme von funktionalen Kriterien geschehen. Die Verwendung eines reinen Kostenpreis-Begriffs – welcher der Summe aller Kostenfaktoren entspräche – erscheint insofern unangemessen,[958] als dabei unberücksichtigt bleibt, dass marktbeherrschende Unternehmen infolge Marktmacht über einen Preissetzungsspielraum verfügen;[959] die Beurteilung von preisbezogenem Verhalten sollte das strategische[960] Potenzial erfassen, welches sich daraus ergibt. Der fragliche Preisbegriff sollte Anbieter-fokussiert sein, zumal es sich gegenständlich um einen unternehmensbezogenen Vergleichsparameter han-

---

dem Markt im Wettbewerb bildenden Preis aus, der sich aus dem Verhältnis von Angebot und Nachfrage ergibt" (*ibid*., 34).

956 S. *Wiltinger*, Preismanagement in der unternehmerischen Praxis, 14 f., m.w.Verw.

957 Ausdrücklich ist keine Aussage darüber beabsichtigt, ob der gegenständliche Preisbegriff im Wettbewerbsrecht weitere Verwendung finden kann resp. wie er abzugrenzen wäre (zum Preisbegriff von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG s. soeben Fn. 955).

958 Vgl. ähnlich *Giesler*, Konditionenkartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen, 29 f., welcher diese Umschreibung als „betriebswirtschaftlichen Preisbegriff" bezeichnet; für eine abweichende „betriebswirtschaftliche Definition" s. *Diller*, Preispolitik, 31, welcher im Rahmen der Preis-Umschreibung neben dem Entgelt („Preiszähler") auch den Leistungsumfang („Preisnenner") berücksichtigt und damit „auf das Preis-Leistungs-Verhältnis der Produkte" fokussiert.

959 S. 47.

960 Der Begriff wird nachfolgend in einem weiteren Sinne verwendet als etwa in der spieltheoretischen Literatur üblich, wo „strategische" Preissetzung die Berücksichtigung der Wettbewerber-Reaktion auf das fragliche Verhalten bedingt, während jenes bei einer unstrategischen oder „naiven" Preissetzung unberücksichtigt bleibt, s. nur *Haucap/Heimeshoff*, Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), 149 ff., 157, Fn. 8 mit Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

delt.[961] Er sollte des Weiteren gewährleisten, dass sämtliche erforderlichen Preiselemente erfasst werden können. Besagte Preiselemente ergeben sich als Folge der Ziele, welche Unternehmen mit ihrer Preissetzung verfolgen.[962]

cc) Rückgriff auf die Preistheorie

(1) Funktionslehre

Die Preistheorie (auch Preispolitik oder Preismanagement) beschäftigt sich mit der Preissetzung von Unternehmen mit Preissetzungsspielräumen. Sie betont hierbei als betriebswirtschaftliche Forschungsrichtung die überragende Bedeutung der Preissetzung als Instrument des Marketing zum Zwecke der Gewinnmaximierung.[963] Es wird zwischen einer statischen und einer dynamischen (auch strategischen) Preistheorie unterschieden. Die statische Betrachtung verzichtet auf die Berücksichtigung von Interdependenzen zwischen verschiedenen Planungsperioden. Im Rahmen der dynamischen Betrachtung kann eine Berücksichtigung der „Lebenszyklusdynamik" insofern erfolgen, als der strategisch-optimale Verkaufspreis unter Berücksichtigung des erwarteten Konsumentenverhaltens (etwa Wiederbeschaffungen in Folgeperioden) geschieht; es kann eine Berücksichtigung der „Wettbewerbsdynamik" insofern erfolgen, als der strategisch-optimale Verkaufspreis als Markteintrittsschranke dient; es kann eine Berücksichtigung der „Kostendynamik" insofern erfolgen, als der strategisch-optimale Preis unter Berücksichtigung der langfristig sinkenden Stückkosten erfolgt, wenn das Unternehmen mit zunehmender Erfahrung effizienter produzieren kann (Lerneffekte).[964] Im Rahmen der vorgenannten Strategien bieten sich etwa tiefpreisige Sonderangebote (Promotionspreise) an. Neben den erwähnten temporalen Interdependenzen bestehen etwa berück-

961 Für eine „kundenfokussierte Definition" des Preises s. *Diller*, Preispolitik, 31 f., bei welcher vermehrt den Prinzipien des Marketing entsprechend subjektive Konsumenten-Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

962 Weiterf. sogleich 221 ff.

963 *Diller*, Preispolitik, 21 ff., m.w.Hinw.; zum Ganzen s.a. Diller/Herrmann (Hrsg.), Handbuch Preispolitik, Strategien - Planung - Organisation - Umsetzung.

964 *Olbrich/Battenfeld*, Preispolitik, 9, 19 ff., 73 ff.; zur Abzinsung der hierdurch erlangten Profite im Rahmen der „Zielfunktionsdynamik" (*ibid*., 75) s. 318 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sichtigungsfähige „Verbundeffekte“[965], indem ein „Basisprodukt zugunsten einer grossen Marktdurchdringung besonders günstig angeboten wird (Lockpreisstrategie; loss leader strategy). Die Deckungsbeträge werden dann über verbundene Artikel (z.B. kostspieliges Zubehör oder Ersatzteile) erzielt“.[966]

(2) Resultierende Multidimensionalität des Preises

Die dargestellten Preissetzungsstrategien ergeben eine Vielzahl von möglichen Preiselementen. So bezeichnen etwa *Simon* und *Fassnacht* in unvollständiger Aufzählung die nachfolgenden als typisch: Grundpreis; Rabatte, Boni, Konditionen, Sonderangebotspreise; differenzierte Preise für verschiedene Packungsgrössen oder Produktvarianten; differenzierte Preise in Bezug auf Kundensegmente, Zeit, Ort oder Produktionszyklusphase; Preise für komplementäre oder substitutive Produkte; Preise für Sonderausstattungen oder Service; mehrdimensionale Preise (zum Beispiel Grundpreis und nutzungsabhängiger Preis); Bündel- und Einzelkomponentenpreise; Preise als Ergebnis von persönlichen Verhandlungen; Herstellerabgaben und Endverkaufspreise. Die unzähligen Möglichkeiten der konkreten Ausgestaltung dieser Preiselemente sowie deren nahezu beliebige Kombinierbarkeit im Rahmen der unternehmerischen Preissetzung resultiert in einer eigentlichen Multidimensionalität des Preises.

dd) Begriffsbestimmung

Die vorgängigen Ausführungen legen für den Preisbegriff, wie er im Rahmen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbots Verwendung finden soll, eine Anlehnung an die traditionelle mikroökonomische Terminologie nahe: Der Preis ist die Summe der mit der Produktion einer Outputmenge erzielten Erlöse.[967] Die Umschreibung betont, dass gegenständ-

965 Zum nicht deckungsgleichen Begriff Verbundvorteile s. 55.

966 *Olbrich/Battenfeld*, *ibid.*, 78; vgl. *O’Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 357 f., mit Hinw. auf die begrenzte Konsistenz bei der Verwendung zitierter Begriffe.

967 Ähnlich *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 83.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich unter „Preis" das resultierende Entgelt aus der Anbieter-Perspektive zu verstehen ist; im Gegensatz zu einem kundenorientierten Fokus berücksichtigt er keine bei den Konsumenten eintretenden Effekte. Durch die Verwendung mikroökonomischer Begrifflichkeiten wird darüber hinaus klar ersichtlich, dass unter „Preis" – analog der umfassenden Kostenerfassung einschliesslich der Opportunitätskosten entsprechend dem ökonomischen Kostenbegriff[968] – eine *vollständige* Erfassung sämtlicher relevanter Preiselemente möglich und auch angezeigt sein sollte.[969]

c) Implikationen

aa) Qualitative Bestimmung der relevanten Preiselemente

Zwecks Erfassung der für die Preisbestimmung relevanten Preiselemente sollten jene in zwei Hauptgruppen aufgeteilt werden. Die erste Hauptgruppe erfasst dabei sämtliche Preiselemente, welche sich bis und einschliesslich der hauptsächlichen Transaktion ergeben; die zweite Hauptgruppe erfasst sämtliche Preiselemente, welche Folgeeinnahmen („*follow on" revenues*) darstellen.[970]

Während die Preiselemente der ersten Hauptgruppe allesamt für die Bestimmung des Preises relevant sind, ist das den Preiselementen der zweiten Hauptgruppe innewohnende strategische Element in angemessener Weise zu würdigen. *M.E.* sollten besagte strategische Preiselemente jedenfalls insoweit als relevant anerkannt und folglich für die Preisbestimmung in Frage kommen, als deren Realisierung, sofern noch nicht nachweislich eingetreten, aus einer *ex ante*-Perspektive zumindest überwiegend wahrscheinlich und jedenfalls nicht augenscheinlich spekulativ erscheint.[971]

---

968 S. 32 f.

969 Weiterf. sogleich 223 f.; ähnlich *UCWG*, *ibid*.

970 Diese auf Einmalschuldverhältnisse zugeschnittene Systematisierung kann auf Dauerschuldverhältnisse sinngemässe Anwendung finden.

971 Zumindest grammatikalisch nicht umfassend insofern *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25 u. Tz. 27, wo lediglich von „Verkaufspreisen" (engl. Fassung: „sales prices") resp. „der [...] verlangte Preis" (zutreffender die engl. Fassung: „the [...] pricing conduct") die Rede ist; dies steht in einem gewissen Widerspruch zur durch „[d]ie Kommission bevorzugt[en] [...] dynamische[n] Sichtweise" (*ibid*., Tz. 24) und macht (wiederum) den Hinw. notwendig, dass aus Gründen der Gleichbehandlung Netz- und Lerneffekte nicht nur bei den Wettbewer-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es ist offensichtlich, dass sich sowohl im Hinblick auf die qualitative als auch bei der anschliessenden quantitativen Bestimmung derartiger Preiselemente regelmässig erhebliche Ermessensspielräume ergeben werden. Die fraglichen dynamischen Effekte und ihre konkrete Substanziierung sind mit bedeutenden Unsicherheiten verbunden[972] – freilich dürfen sich daraus ergebende Folgeeinnahmen alleine deswegen nicht einfach unberücksichtigt bleiben. Eine vollständige Erfassung sämtlicher relevanter Preiselemente ist nämlich insbesondere auch ein Gebot der Gegenseitigkeit: So reflektieren etwa bereits getätigte Lerneffekte in der Kostenstruktur des inkriminierten Unternehmens[973] und infolge des fraglichen Verhaltens eintretende Grössen- und Verbundvorteile sowie Lerneffekte sollten mithin bei der Preisbestimmung Berücksichtigung finden können, um eine materielle Vergleichbarkeit zu gewährleisten.[974] Dass besagte Preiselemente mit einer gewissen Regelmässigkeit zeitlich verzögert zu jenen der ersten Hauptgruppe auftreten werden, sollte in Bezug auf ihre Zuordnung zu einem bestimmten preisstrategischen Verhalten insofern unbeachtlich sein, als sie eine *conditio sine qua non* desselben sind.[975] Darüber hinaus gebietet es der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass dynamische Effekte prinzipiell auch beim Marktbeherrscher Beachtung finden.[976] Bezüglich (mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintretenden) Grössen- und Verbundvorteilen sowie Lerneffekten im Speziellen scheint es übrigens vorzugswürdig, dass jene in der Form von Folgeeinnahmen bei der Preisbestimmung berücksichtigt werden; eine nochmalige Berücksichtigung im Rahmen einer dynamischen Kostenentwicklungs-Prognose[977] ist alsdann nicht mehr angezeigt.

---

bern, sondern auch beim inkriminierten Unternehmen berücksichtigt werden sollten, vgl. schon 202 ff.; zur Kritik an *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive* sowie *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 217 – *France Télécom* s. sogleich 225 f.

972 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 358 ff., mit Verw. auf die britische Rspr.

973 Vgl. 193 f.

974 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 385 f.

975 Weiterf. 276 ff.

976 S. schon 195 ff., m.w.Hinw.

977 Vgl. 202 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) „Alternative" Berücksichtigung von Folgeeinnahmen im Rahmen der Effizienzrechtfertigung?

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* sind unter anderem „Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb" Voraussetzung für eine mögliche Effizienzrechtfertigung, wovon Effizienzsteigerungen infolge Grössen- und Verbundvorteilen sowie Lerneffekten grundsätzlich erfasst sein sollten.[978] Fraglich ist, in welchem Verhältnis die Berücksichtigung von Folgeeinnahmen einerseits als relevante Elemente der Preisbestimmung und andererseits als mögliche Rechtfertigungsgründe stehen.

Sofern Grössen-, Verbundvorteile oder Lerneffekte als Preiselemente relevant sind,[979] sollte *m.E.* einer Berücksichtigung in dieser Form der Vorzug gegeben werden: Diesfalls sind jene zur vollständigen Bestimmung des Preises nämlich unbedingt notwendig. Die fraglichen Effekte erfahren dadurch im Rahmen des ersten Prüfungsschrittes (Untersuchung des Vorliegens eines *prima facie* missbräuchliche Verhaltens) eine gebührende Würdigung; für eine nochmalige Beachtung als Rechtfertigungsgrund ist alsdann generell kein Grund mehr ersichtlich.[980] Die vollständige Erfassung der relevanten Preiselemente im Hinblick auf die Preisbestimmung beschränkt damit im Übrigen den diffusen Anwendungsbereich der Effizienzrechtfertigung im Bereich des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs in zweckmässiger Weise.[981]

Die hier vertretene Auffassung steht im offenbaren Widerspruch zum Vorgehen der *Kommission* in *Wanadoo Interactive*, welche vom *EuG* in *France Télécom* bestätigt wurde: Lerneffekte wurden augenscheinlich

978 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 42 – *Post Danmark*; weiterf. 142 ff.

979 Zur Klarstellung: Die zusätzlichen Erlöse ergeben sich aufgrund der grösseren Differenz zwischen Verkaufspreis und reduzierter Kosten bei zukünftigem Output; es handelt sich nicht um bereits realisierte Grössen-, Verbundvorteile oder Lerneffekte, welche sich in einer Kostenreduktion niederschlagen.

980 Zum Ganzen schon: 137 ff.; abweichend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 516 zu Art. 102 AEUV, welche offenbar alternativ und präferenzfrei die sich aus Folgeeinnahmen ergebenden unternehmensinternen Effizienzeffekte erst auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigen lassen und damit eine unvollständige Preisbestimmung in Kauf nehmen; zu den diesbezüglichen Konsequenzen s. 228 f.

981 Sinngemäss entsprechend: *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 74: „Es gilt allgemein als unwahrscheinlich, dass ein Kampfpreisverhalten Effizienzvorteile bringt"; zur diesbezüglich insgesamt uneindeutigen Haltung der Kommission s. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 392 zu Art. 7, m.w.Hinw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nicht bei der Preisbestimmung berücksichtigt; eine Berücksichtigung als Rechtfertigungsgrund wurde Grössenvorteilen und Lerneffekten mit der Begründung verwehrt, jene seien Folge der Verdrängungspreise gewesen seien. Das *EuG* hielt fest: „Ein Unternehmen, das Verdrängungspreise anwendet, kann nämlich aufgrund einer gerade dadurch gesteigerten Produktion in den Genuss von Grössenvorteilen und Lerneffekten kommen. Die erlangten Grössenvorteile und Lerneffekte können daher das Unternehmen nicht von seiner Verantwortung aufgrund von Art. [102 AEUV] befreien."[982]

cc) Selektive Berücksichtigung aufgrund normativer Kriterien?

Das Vorgehen in der soeben zitierten Rechtsprechung beschlägt letztlich die Frage, welche Funktion bei der Beurteilung von preisbezogenem Behinderungsmissbrauch einem Kosten-Preis-Vergleich mittels eines AEC-Beurteilungsmassstabs zukommen kann.[983] Die augenscheinliche Nichtberücksichtigung von Grössenvorteilen und Lerneffekten als strategische Preiselemente im Rahmen der Preisbestimmung sowie die abschlägige Würdigung als Rechtfertigungsgrund aufgrund ihres Entstehungsgrundes – einem (lediglich) *prima facie* (!) missbräuchlichen Verhalten – lassen indes die Frage aufkommen, ob ebenso aufgrund normativer Kriterien einzelfallweise darüber entschieden werden soll, inwieweit grundsätzlich relevante strategische Preiselemente bei der konkreten Preisbestimmung jeweils Berücksichtigung finden dürfen. Welche Kriterien hierbei Anwendung finden sollen, ist jedenfalls unklar: Es besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses, wenn jene Preiselemente infolge einer – vorläufigen – nachteiligen Beurteilung („Folge von Behinderungswettbewerb") als nicht berücksichtigungsfähig taxiert werden und darauf der Nachweis einer *pri-*

982 *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 217 – *France Télécom*; *Melicias*, 33 World Comp. 569 (2010), 583, bezeichnet dies wohl zu Recht als „circular line of reasoning"; entsprechend schon *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 305 ff. – *Wanadoo Interactive*: „Wenn das Streben nach Grössen- und Lerneffekten also zu den rationalen Gründen für eine Verdrängungsstrategie gezählt werden kann, dann darf es aus der Sicht des Wettbewerbsrechts nicht als Rechtfertigung dieses Verhaltens dienen, da das beherrschende Unternehmen eben dadurch eine günstigere Kostenstruktur zum Nachteil seiner Wettbewerber erhält" (*ibid*., 309).

983 Weiterf. 334 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ma facie Missbräuchlichkeit des Verhaltens mittels eines Kosten-Preis-Vergleichs mit entsprechend reduziertem Preismassstab angestrengt wird.[984] Man ist denn auch versucht, im Sinne der an sich *objektiven* Natur von Kosten-Preis-Vergleichen ebenso betreffend die Preisbestimmung und folglich die Berücksichtigung der Preiselemente vorzugehen. Sofern sie relevant sind, müssten sie entsprechend unbedingt Berücksichtigung finden. Soweit ein Kosten-Preis-Vergleich mittels eines AEC als Beurteilungsmassstab zum Nachweis eines Behinderungsmissbrauchs verwendet werden soll, so spricht einiges dafür, dass dies hier nicht das richtige Stadium für vorgreifende normative Würdigungen ist, welche in einer Beeinflussung des Vergleichsparameters „Preis" und folglich des Vergleichsergebnisses an sich resultieren.

Die Berücksichtigung sämtlicher relevanter strategischer Preiselemente im Sinne des soeben dargestellten objektiven Ansatzes kann indes sinnvollerweise nicht für Erlöse gelten, welchen eine *recoupment*-Qualität zukommt:[985] Würden jene wertungsfrei im Rahmen der Preisbestimmung berücksichtigt, wäre das fragliche Preissetzungsverhalten immer kostendeckend und der Nachweis eines Verlustausgleichs nach Marktaustritt der Konkurrenz unmöglich, weil die fraglichen Erlöse dort nicht „nochmals" berücksichtigt werden könnten. Dass Erlöse dem *recoupment* zugerechnet werden, bedingt aber, dass ein besagte Erlöse generierendes preisbezogenes Verhalten vorgängig einem Kosten-Preis-Vergleich nicht standgehalten hat. Ein Verzicht auf das *recoupment*-Kriterium als Missbräuchlichkeits-Voraussetzung sollte auf die Preisbestimmung im Übrigen keinen Einfluss haben.

Wie sollen strategische Preiselemente nun im Rahmen der Preisbestimmung entweder als berücksichtigungsfähig oder nicht berücksichtigungs-

---

984 Allgemein zu den Konsequenzen einer unvollständigen Berücksichtigung von Preiselementen im Rahmen der Preisbestimmung s. sogleich 228 f.

985 Weiterf. 304 ff.; die Frage ist zumindest im Rahmen des schweizerischen Missbrauchsverbot bei (Kampf-)Preisunterbietungen von unmittelbarer Bedeutung, zumal der Ausgleich eines finanziellen „Opfers" dort – im Gegensatz zum Unionsrecht – nach *h.L.* wohl tatbestandskonstitutiv sein soll; vgl. die entsprechenden Überlegungen bei *Bolton/Brodley/Riordan*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2273, Fn. 185: „In predation by a single[-product] firm the fact that the predator makes increased sales in the future as a result of the current predatory sales would not prevent a finding of below-cost pricing if the current sales price is below cost. [...] The same conclusion should follow if below-cost pricing enables increased future sales *in another market*" (Hervorh. im Original).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fähig qualifiziert werden können, ohne dass vorgängig das ihnen zugrunde liegende Verhalten entweder als zulässig oder behinderungsmissbräuchlich qualifiziert werden muss?[986] Es macht sich hier eine gewisse Ratlosigkeit breit.[987] Die strategischen Preiselemente scheinen ambivalent und ohne intrinsische Unterscheidungsmerkmale: Generelle Kriterien für ihre eigenständige Bewertung ohne Rückgriff auf das zu beurteilende Verhalten sind also wohl nicht ersichtlich. Diesfalls liesse sich der Parameter „Preis" indes erst uneingeschränkt bestimmen, wenn die Kardinalsfrage „Missbrauch?" schon beantwortet ist.[988]

dd) Konsequenzen einer inkorrekten Bestimmung

Jede unvollständige Preis(art)bestimmung, ob sie nun akzidentell oder willentlich mittels übermässigen Ausschlusses von Preiselementen geschieht, ist für das inkriminierte Unternehmen im Rahmen eines Kosten-Preis-Vergleichs nachteilig.[989] Letzteres stellt quasi das Gegenstück zu einer überhöhten Kostenbestimmung dar, wie sie etwa infolge übermässiger Berücksichtigung der AUC bei der „imputation rule" statt findet.[990] Die Folgen einer unvollständigen Bestimmung des Preises sind damit im Ergebnis mit der Anwendung eines REC-Beurteilungsmassstab vergleichbar. Die Bestimmung eines zu hohen Preises wiederum führt hingegen insofern zur Anwendung eines eigentlichen „more efficient competitor"-Beurteilungs-

---

986 S. die analogen Überlegungen bei *Elhauge*, 56 Stan. L. Rev. 253 (2003), 280 ff.: „Firms can increase profits through desirable activities and undesirable activities. [...] The key question is what our standards are for judging which activities are desirable and which are undesirable" (*ibid*., 293).

987 Zu den Bedenken gegenüber einer mittelbaren Bestimmung des Endwerts im Rahmen der Ertragswertmethode s. 321 ff.

988 Zur selektiven Berücksichtigung von Preiselementen im Rahmen der Ertragswertmethode s. 318 ff.

989 Vgl. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 83: „[W]hen there are follow-on sales or sales arising from complementary goods [...] firms ‚appear' to be selling at a loss on individual product [if one just looks at the recorded transaction prices, but] they are actually profit-maximizing over a suite of products (e.g., with loss-leaders in a retail setting) or over a longer time horizon (e.g., where a promotion is expected to result in follow-on sales)".

990 Weiterf. 214 f.: Es resultiert deswegen eine verringerte Spanne zwischen dem Vorleistung-Listenpreis und dem Endprodukt-Verkaufspreis.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

massstabs, als – gerade dem *recoupment* zuzurechnende – (strategische) Preiselemente mit berücksichtigt werden, welche tatsächlich Folge von preismissbräuchlichem Verhalten sind.[991]

ee) „Kurzfristiger Preis" als „Preisart"?

Den vorhergehenden Ausführungen kann entnommen werden, dass nach hier vertretener Auffassung – trotz der festgestellten Multidimensionalität des Preises[992] und den gravierenden Qualifikationsschwierigkeiten von dynamischen Preiselementen[993] – für den Zweck von Kosten-Preis-Vergleichen unabhängig von der gegenübergestellten Kostenart grundsätzlich stets ein vollständig bestimmter Preis („Vollpreis", „total price") als Vergleichsparameter verwendet werden sollte.[994]

Nachfolgend wird in Relativierung dieses Grundsatzes zur Diskussion gestellt, ob – analog zur Verwendung verschiedener Kostenarten[995] – verschiedene „Preisarten" identifiziert werden sollten, welche möglicherweise eine zweckmässige Verwendung im Rahmen von Kosten-Preis-Vergleichen finden können.

Im Konkreten wird zusätzlich zur bereits identifizierten Preisart „Vollpreis", welche sämtliche berücksichtigungsfähigen strategischen Preiselemente umfasst, eine kurzfristige Preisart „kurzfristiger Preis" („price in the short run") stipuliert, welche besagte Folgeeinnahmen gerade nicht umfasst.[996] Eine dergestaltige Preisart vermag möglicherweise namentlich bei Vergleichen mit kurzfristigen Kosten einem Kriterium der Reziprozität besser zu entsprechen. Die Preishöhe-Bestimmung des „kurzfristigen Preises" sieht sich darüber hinaus insofern nicht den Qualifikationsschwierigkeiten der Vollpreishöhe-Bestimmung ausgesetzt, als die strategischen Preiselemente vorliegend ausgeklammert bleiben. Wohlweislich

991 Entsprechend die *Kommission* in Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 334 – *Telefónica*, hinsichtlich der Anwendung der Ertragswertmethode, weiterf. 318; ebenfalls zu einem generell zu hohen „effektiven Preis" führt nach hier vertretener Auffassung das Abstellen auf den gesamten „bestreitbaren Teil" der Nachfrage als „relevante Menge" bei bedingten Rabatten, weiterf. 243 ff.
992 Weiterf. 222 mit Verw.
993 S. soeben 226 ff.
994 S. 223 f.
995 Weiterf. 32 ff.
996 Zu dieser qualitativen Unterscheidung s. schon 223.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hätte die Verwendung dieser Preisart aber zur Folge, dass legitime strategische Preiselemente entgegen der vorgängig geäusserten Überzeugung erst auf der Rechtfertigungsebene berücksichtigt würden.[997]

Bemerkenswert ist schliesslich insbesondere, dass die Preisbestimmung durch die Kommission in *Wanadoo Interactive* in der Sache als die Bestimmung eines „kurzfristigen Preises" gedeutet werden kann, indem dort weder Grössen- oder Verbundvorteile noch Lerneffekte als Preiselemente berücksichtigt wurden.[998] Die in der Lehre identifizierten Gründe, welche aus wirtschaftlicher[999] Sicht für eine Unterschreitung der kurzfristigen Kosten sprechen, implizieren im Übrigen zweckmässigerweise desgleichen das Abstellen auf einen „kurzfristigen Preis".[1000]

d) Bestimmung des „effektiven" Preises bei bedingten Einzelprodukte-Rabatten

aa) Gegenstand

Mittels bedingter Rabatte (conditional rebates) kann ein Anreiz für ein bestimmtes Abnahmeverhalten gesetzt werden.[1001] In qualitativer Hinsicht

---

997 Weiterf. hierzu 225 f.

998 Darüber hinaus erachtete die *Kommission* die Durchführung einer Ertragswertanalyse *in casu* als unzulässig (*dies.*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 90 ff. – *Wanadoo Interactive*); die *Kommission* versagte damit im Ergebnis auch die Berücksichtigung von strategischen Preiselementen im Rahmen der Endwert-Bestimmung; ein solches Vorgehen ermöglichte sie in Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 325 ff. – *Telefónica*, bei Verwendung der langfristigen Kostenart LAIC zur Beurteilung einer Preis-Kosten-Schere, zum Ganzen s. 320 ff.; s. im Übrigen schon die Darst. auf 225 f.

999 Der Begriff „wirtschaftlich" wird nachfolgend einschlägig im Sinne von „langfristig gewinnmaximierend" verwendet und enthält keine Bewertung hinsichtlich der hierbei verfolgten (allenfalls auch *predatory pricing*-)Strategien; als „legitim-wirtschaftlich" wird alsdann ein Verhalten bezeichnet werden, welches langfristig gewinnmaximierend ist, ohne dass damit eine *predatory pricing*-Strategie verfolgt wird, vgl. 265 ff.

1000 Weiterf. 272 ff.; zur Beurteilung dieser Vorgehensweise s. 276 ff.

1001 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 37, mit Verw. auf die „am häufigsten" praktizierten Preisnachlässe infolge Überschreitens gewisser Schwellen in einem vorgegebenen Zeitraum; *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 151, weiterf. sowie zur Abgrenzung zu „unbedingten" Rabatten s. 367; zu Erkenntnissen aus dem Bereich der Verhaltensökonomik s. *Heinemann*, Chapter 11: Be-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann bei Einzelprodukte-Rabatten „zwischen Rabatten [infolge Überschreitens einer bestimmten Abnahmemenge] für die gesamte Bezugsmenge (rückwirkende Rabatte) und Rabatten, die erst für die Mengen oberhalb der Rabattschwelle gewährt werden (stufenweise Rabatte)“ unterschieden werden.[1002] Freilich sind darüber hinaus in einem konkreten Fall unzählige Rabattgewährungs-Variationen denkbar, etwa indem mehrere Mengenschwellen mit jeweils quantitativer Zunahme (sog. Rabattstaffeln) gesetzt werden[1003] und im Zuge dessen auch die qualitativen Varianten kombiniert werden.

Sofern die Mitbewerber des Marktbeherrschers um den gesamten Nachfragemarkt konkurrieren können, unterliegt die Preisbestimmung bei bedingten Rabattgewährungen keinen besonderen Schwierigkeiten; massgeblich ist diesfalls der über die gesamte Bezugsmenge berechnete Durchschnittspreis.[1004] Hingegen sind zusätzliche Kalkulationen angezeigt,[1005] wenn das marktbeherrschende Unternehmen für die Marktgegenseite

---

havioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), 211 ff., 226 mit Verw.; zu bedingten Rabatten bei mehreren, separaten Marktgütern s. 382 ff.

1002 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 37; die englischen Begriffe lauten „retroactive rebates“ resp. „incremental rebates“; zum Ganzen nur: *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 569 ff.

1003 S. *Bodenstein*, Kartellrechtliche Bewertung von Rabatten marktbeherrschender Unternehmen, 51 ff., m.w.Hinw.

1004 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 230; *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 59 f., mit dem Hinw., dass dies auch für Rabattgewährungen im Rahmen von Alleinbezugsvereinbarungen gelte; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.449: „When rivals can effectively compete for the entirety of a customer’s demand, the AEC[-Test] simply boils down to a normal predatory pricing test, in which case the dominant firm’s average price per unit is compared with its average unit cost“; vgl. die Hinw. zu U.S.-amerikanische Stimmen, welche sich auch bei beschränkter Nachfragebestreitbarkeit für einen Kosten-Durchschnittspreis-Vergleich aussprechen, mit Kritik (*ibid*., Tz. 4.463 ff.); *Gerardin*, 11 JCLE 579 ff. (2015), 607, bemerkt, dass U.S.-amerikanische Gerichte eine „discount attribution“ (zum Begriff s. sogleich im Text) bei Einzelprodukte-Rabatten noch nie vorgenommen hätten; vgl. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 32 ff.; *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 146; *Zenger*, Concurrences 2013, 16 ff., 16 f., mit Verw. auf die Entscheidung v. 7.11.2010 des *Dutch Trade and Industry Appeals Tribunal* i.S. *CRV Holding v. NMa*, Rs. LJN:BN9947.

1005 S. *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 267 – *Tomra*, hinsichtlich rückwirkender Rabatte; *Bien/Rummel*, EuZW 2012, 737 ff., 739, bemerken, dass der *EuGH* dies in der Sache nicht explizit bestätigt hat (s. *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 73 u. Tz. 80 – *Tomra*), was indes einem *obiter dictum* gleich-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

einen unvermeidlichen Handelspartner (unavoidable trading partner)[1006] darstellt. *Ratio* hierfür bildet die Erkenntnis, dass alsdann ein Teil der Nachfrage respektive ein Segment des Marktes „nicht-bestreitbar" ist;[1007] Rabattgewährungen auf diesem Teil können „als Hebel [eingesetzt werden], um den Preis für den ‚bestreitbaren' Teil der Nachfrage (d.h. die Menge, die der Abnehmer eventuell bei anderen Quellen beziehen würde) zu senken".[1008] Besagter Hebel erweist sich generell als umso stärker, je grösser der nicht-bestreitbare Teil der Nachfrage respektive je höher die auf diesem gewährte Rabattsumme während einem „relevanten Zeitraum" ist.[1009]

Die hierbei entstehende „Sogwirkung" („suction effect")[1010] kann von solcher Intensität sein, dass infolge Verrechnung besagter Rabattsumme (sog. „discount attribution") mit dem Nominal- oder „Listen"-Preis[1011] der „relevanten Menge" („relevant range")[1012] hinsichtlich letzterer *effektiv* ein Unterkosten-Preis resultiert; ein (hypothetisch) ebenso effizienter Wettbewerber könnte diesfalls die betreffende Nachfrage ebenso wenig

---

gekommen wäre, zumal dieser einen Kosten-Preis-Vergleich vorliegend *per se* für entbehrlich hielt, weiterf. 367 ff.

1006 Vgl. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 36, betr. Alleinbezugsverbindungen; der *EuGH* sprach hinsichtlich der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung in der verbindlichen deutschen Fassung von *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 41 – *Hoffmann-La Roche* von einem „nicht zu übergehenden Geschäftspartner"; s.a. *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 14 u. 40 – *Post Danmark II*; zu den Gründen s. sogleich 238.

1007 Zur nicht von vornherein zu verwechselnden Theorie der bestreitbaren Märkte („contestable markets") s. im Übrigen schon 48 f.; zu deren Verhältnis s. sogleich 239 ff.

1008 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 39; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 354 zu Art. 102 AEUV; *Heinemann*, Chapter 11: Behavioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), 211 ff., 225.

1009 Zur Bestimmung des „relevanten Zeitraums" zwecks Bestimmung des nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage s. sogleich 242.

1010 S. die Begriffsverwendung in *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 35 – *Post Danmark II*.

1011 Zweckmässigerweise müssen gegenständlich allfällige unbedingte Rabatte (zum Begriff s. 367) bereits enthalten, sprich: in Abzug gebracht worden sein, zumal deren Gewährung vorliegend eben gerade nicht vom zu beurteilenden Abnahmeverhalten abhängt, s. *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1460 – *Intel*; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 144.

1012 Weiterf. zur „relevanten Menge" als Bestandteil des bestreitbaren Teils: 243 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gewinnbringend bedienen respektive müsste einen Unterkosten-„Preis [...] anbieten [...], um den Abnehmer für den Verlust zu entschädigen, der ihm entsteht, wenn er [...][die] ‚relevante Menge' [...] statt bei dem marktbeherrschenden Unternehmen künftig bei diesem Wettbewerber deckt und dadurch den bedingten Rabatt verliert".[1013]

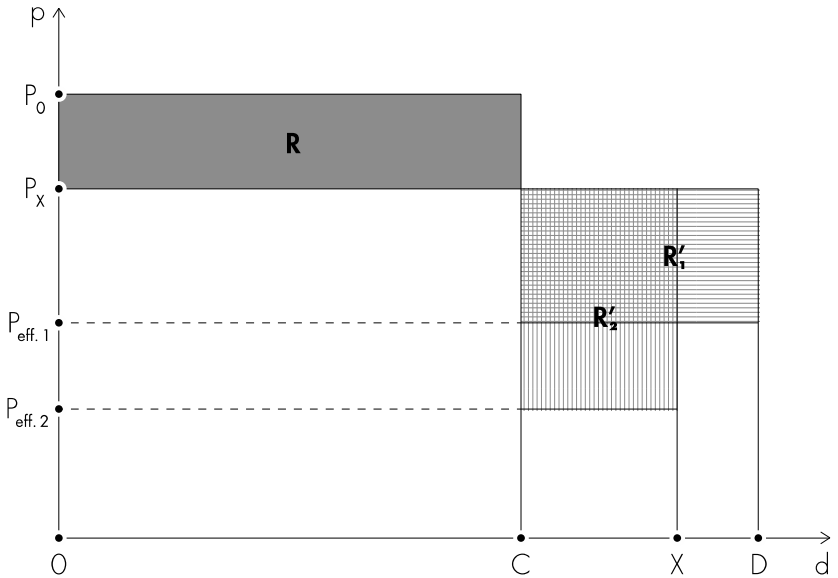
Zur Veranschaulichung betrachten wir einen Nachfrager mit der Gesamtnachfrage *[0D]*; die Bestreitbarkeitsgrenze sei *C*; der nicht-bestreitbare Teil der Nachfrage betrage mithin *[0C]*, der bestreitbare Teil der Nachfrage *[CD]*. Bei Erreichen der Rabattschwelle *X* wird vorliegend ein rückwirkender Rabatt gewährt. Infolgedessen sinkt der Preis für die beim marktbeherrschenden Unternehmen bezogene Nachfragemenge *[0X]* von P_0 auf den rabattierten P_X; der auf dem nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage *[0C]* gewährte Rabatt *R* wird nach offenbar *h.L.* über den gesamten bestreitbaren Teil der Nachfrage *[CD]* mit dem Preis P_X verrechnet (horizontal schraffierte Fläche R'_1);[1014] es resultiert ein effektiver Preis $P_{\text{eff. }1}$:

1013 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 41; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 493, welche den Begriff „suction effect" (lediglich) bei einem die AAC unterschreitenden effektiven Preis verwenden; *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 60.

1014 Siehe die Nachweise auf 243 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grafik 7: Bestimmung des effektiven Preises



Die Berechnung des „effektiven" Preises für den jeweiligen Nachfrager[1015] macht mithin notwendig, den nicht-bestreitbaren Teil seiner Nachfrage sowie die auf jenen entfallende Rabattsumme zu eruieren.[1016] Es soll nachfolgend auch diskutiert werden, ob der gewährte Rabatt *R* zur Bestimmung des effektiven Preises nicht (lediglich) über die Nachfragemenge *[CX]* mit dem rabattierten Preis P_X verrechnet werden sollte (vertikal schraffierte Fläche R'_2; es würde $P_{\text{eff. 2}}$ resultieren).[1017] Diesfalls wäre des Weiteren die Nachfragemenge zwischen der Bestreitbarkeitsgrenze und der Rabattschwelle bedeutsam, deren umfangmässige Bestimmung indes keine weiteren Schwierigkeiten bieten sollte.

1015 Vgl. *Petit*, ECJ 2015, 26 ff., 41, welcher auf die Bedeutung des *in concreto* von den bedingten Rabatten abgedeckten Bruchteils des Gesamtnachfrage-Marktes verweist, weiterf. zur räumlichen Erheblichkeit des Preissetzungsverhaltens für den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung, s. 355 f.

1016 Vgl. *Kommission,* Prioritätenmitteilung, Tz. 42; weiterf. sogleich 235 ff.

1017 S. soeben Grafik 7; die Nachfragemenge *[CX]* würde die „relevante Menge" darstellen.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Nicht-bestreitbarer Teil

(1) Bedeutung

Die Bestimmung des nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage („non-contestable portion of demand") ist für die Berechnung des effektiven Preises bei Rabattsystemen von zentraler Bedeutung: Er definiert einerseits in Kombination mit dem innerhalb desselben Teils gewährten Preisnachlass die zur Verrechnung zu bringende Rabattsumme; er fixiert andererseits zusammen mit der Gesamtnachfrage den Umfang des bestreitbaren Teils und infolgedessen nach *h.L.* und Rechtsprechung die relevante Menge.[1018] Notabene ist eine Rabattgewährung auf dem nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage nicht bloss mittels rückwirkender Rabatte möglich, sondern ebenso mit einem stufenweisen Rabatt, dessen Schwelle unterhalb der nicht-bestreitbaren Nachfragemenge gesetzt wird.[1019] Nach hier vertretener Auffassung ist es zur korrekten Bestimmung des effektiven Preises sowohl bei stufenweisen als auch bei rückwirkenden Rabatten ohne Weiteres notwendig, den nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage zu bestimmen.[1020]

1018 Eventualiter fixiert sie zumindest das maximale Ausmass der relevanten Menge, weiterf. 243 ff.; vgl. *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 230 f., welche die gravierenden Auswirkungen der konkret bestimmten Nachfragebestreitbarkeit auf den effektiven Preis tabellarisch anschaulich darstellen; vgl. *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 295 ff.; *Gerardin*, JECL&P 2010, 112 ff., 119: „Even variations of a few percentage points (3–5 per cent) can affect th[e] outcome and make the investigated firm fail the test"; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 596; auf die Bestimmung des nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage kann ebenso wenig verzichtet werden, wenn bei „klaren" Verhältnissen ein Vergleich mit den faktischen Marktanteilen der Konkurrenz vorgenommen wird, weiterf. 253.

1019 Unklar insofern *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 60: „In case an incremental rebate is used to foreclose, the dominant firm will generally try to put the threshold at the point where demand becomes contestable and will provide the rebate only on the sales above the threshold where customers may want to switch" und weiter *ibid*., Fn. 62: „If it would put the threshold lower, it would be giving a rebate over demand that anyhow will not switch at the higher price and would lower its profits"; folgte man dieser Logik, wären rückwirkende Rabatte umso weniger attraktiv, und marktbeherrschende Unternehmen würden sie noch seltener verwenden.

1020 Ähnlich *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 295, Fn. 57; abweichend *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 52, Tz. 5, wo aber die von der Kommission propagierte Vorgehensweise – von einer Kosten-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Namentlich scheint die Annahme unzulässig, das marktbeherrschende Unternehmen würde die stufenweise Rabattschwelle stets und exakt dort ansetzen, wo die Nachfrage bestreitbar wird.[1021] Nicht zu folgen ist insofern Tz. 42 der Prioritätenmitteilung, wonach „[b]ei stufenweisen Rabatten [...] die relevante Menge normalerweise der Menge der erwogenen zusätzlichen Käufe [entspricht]", jedenfalls sofern damit auf eine Bestimmung des nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage generell verzichtet werden und hinsichtlich der inkrementellen Menge lediglich ein Vergleich der Durchschnittskosten mit dem rabattierten Preis stattfinden sollte.[1022] Es besteht doch etwa nur schon ein offensichtlicher Anreiz für die Abnehmer, den Marktbeherrscher über das tatsächliche Ausmass der Nicht-Bestreitbarkeit ihrer Nachfrage im Unklaren zu lassen, zumal diesfalls die Rabattschwelle möglicherweise zu tief angesetzt und damit bereits auf dem nicht-bestreit-

---

effektiver Preis-Vergleichen bei bedingten Rabatten kritisch gegenüberstehenden Gruppe der Task Force – insgesamt als ungeeignet deklariert und immerhin festgehalten wird: „[The Commission's approach] draws an unjustified distinction between incremental and retroactive rebates".

1021 Sinngemäss entsprechend *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 494: „[The concept of contestable share] may or may not correspond with actual practice on the market".

1022 *Kommission,* Prioritätenmitteilung, Tz. 42; so aber offenbar *Peeperkorn, ibid.*: „In case of incremental rebates, it is not necessary to determine the relevant range and it is obvious what the effective price is: it is the price charged for the sales above the threshold where the rebate kicks in"; eine derartige Fiktion führt zu einem durchwegs überhöhten effektiven Preis, wenn die Rabattschwelle unterhalb der nicht-bestreitbaren Nachfragemenge liegt; es resultiert ein durchwegs zu tiefer effektiver Preis, wenn die stufenweise Rabattschwelle im bestreitbaren Teil der Nachfrage gesetzt wird, zumal für den davor liegenden Abschnitt der relevanten Menge der unrabattierte, höhere Preis berücksichtigt werden sollte; die Verwendung eines zu tiefen Preises im Rahmen von Kosten-Preis-Vergleichen entspricht der Anwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs, s. schon 228; i.d.S. auch *Gerardin*, 11 JCLE 579 (2015), 605: „When rebates are incremental, the Commission, as suggested in the Guidance Paper, should apply a pure predation test on the incremental units (the units above the rebate's threshold), as in that case the dominant firm is not able to leverage any non-contestable share of the customer's demand to expand its sales on the contestable share of that demand"; *Zenger*, Concurrences 2013, 16 ff., 17, welcher im Sinne einer Handlungsempfehlung an Marktbeherrscher bei „‚must-have' products" (vgl. sogleich im Text) die Verwendung von stufenweisen Rabatten empfiehlt; zweifellos ist die Hebelwirkung von stufenweisen Rabatten verglichen mit rückwirkenden geringer.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

baren Teil Preisnachlässe gewährt werden.[1023] Der nicht-bestreitbare Teil der Nachfrage ist, wie bereits angemerkt, für jeden einzelnen Nachfrager separat zu bestimmen.[1024]

(2) Über weite Strecken unklare Bestimmung

Die mit der Bestimmung des nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage verbundenen Unwegsamkeiten stehen seiner Bedeutung freilich in nichts nach:[1025] Die ursächlichen Kriterien waren einer Systematisierung bislang leidlich zugänglich; schwierige Bewertungsfragen ergeben sich namentlich hinsichtlich ihrer Gewichtung.[1026] Dies lässt denn auch sogleich Zweifel daran aufkommen, wie es um die Berechenbarkeit des besagten Teils für das marktbeherrschende Unternehmen *ex ante* (im Zeitpunkt der Rabattgestaltung) steht. Unklar ist schon, ob es wirklich bereits „part of the usual marketing efforts of firms [is] to analyse which part of demand is

1023 Vgl. bereits 30 hinsichtlich Informationsasymmetrien; entsprechend *Kellerbauer*, ECLR 2010, 186, Fn. 118, mit Verw. auf *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1352 ff. – *Intel*; wie gerade dieses Bsp. zeigt, ist es dann freilich eine ganz andere Frage, wie eine allfällig resultierende Kostenunterschreitung des effektiven Preises infolge einer derartigen Rabattgewährung im nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage zu würdigen ist; es beschlägt die Bedeutung der Verdrängungsabsicht, weiterf. 299 ff.; fraglich ist auch, ob dies einen Rechtfertigungsgrund darstellen würde; nach hier vertretener Auffassung sollte jedenfalls im Sinne der an sich objektiven Natur von Kosten-Preis-Vergleichen anlässlich ebensolchen nicht bereits eine wertende Berücksichtigung von derartigen Rabatten erfolgen.

1024 S. das Vorgehen in *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1202 ff. betr. Dell, Tz. 1339 ff. betr. HP, Tz. 1445 ff. betr. NEC, Tz. 1473 ff. betr. Lenovo u. Tz. 1551 ff. betr. MSH – *Intel*; *Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 58; entsprechend *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 294, Fn. 52; vgl. *Petit*, ECJ 2015, 26 ff., 41.

1025 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 494 ff.: „But identifying the contestable share may not be straightforward in practice. The concept is in many ways a theoretical construct intended to illustrate a possible theory of harm" (*ibid*., 494); *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 593 ff., mit umfangreicher Darstellung von *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990 – *Intel*; weniger kritisch wiederum *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 60 f., mit Verw. auf Parallelen bei der Bestimmung des relevanten Marktes.

1026 Zum Ganzen sogleich im Text.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vulnerable to switching“[1027] oder ob erst die Prioritätenmitteilung dazu geführt hat, dass Unternehmen „increasingly speculate on the ‚contestable share’“, welcher „is not otherwise a term used widely by businesses“;[1028] Zumutbarkeit gebietet jedenfalls Vorhersehbarkeit.[1029]

„Nicht-bestreitbar“ ist *per definitionem* der Teil der Nachfrage, welchen der Abnehmer ohnehin beim Marktbeherrscher bezogen hätte;[1030] letzterer stellt diesfalls für ersteren im fraglichen Umfang einen unvermeidlichen Handelspartner („unavoidable trading partner“) dar.[1031] Ein bedeutendes Kriterium hierfür sind die Verbraucherpräferenzen. Das Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens ist demnach ein „must-stock-product“ respektive „must-carry-item“. Alleine eine ausgeprägte marktbeherrschende Stellung sollte indes noch nicht auf genügende Verbraucherpräferenzen schliessen lassen,[1032] wie *O’Donoghue* und *Padilla* zutreffenderweise bemerken: Die Nachfrage nach blossen Gebrauchsgütern – selbst etwa bei „berühmten Marken“[1033] – sollte bestreitbar sein, es sei denn, es bestünden zusätzliche Restriktionen.[1034] Eine Auflistung derartiger Fakto-

---

1027 *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 60.

1028 *O’Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 494, Fn. 145, mit dem Hinw. dass die Kommission in *Intel* offenbar von einem beträchtlich kleineren bestreitbare Teil der Nachfrage ausgegangen sei als das inkriminierte Unternehmen in sinngemässen Einschätzungen im Zeitpunkt der Rabattgestaltung (*ibid*., 496, mit Verw. auf *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1231 f. – *Intel*); ebenso *Kellerbauer*, ECLR 2010, 182, Fn. 118.

1029 Allg. zur Rechtssicherheit s. schon 110 f.; kritisch ebenfalls *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber“ als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 263, m.w.Verw.

1030 *Kommission,* Prioritätenmitteilung, Tz. 39; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 565 zu Art. 102 AEUV; *Bien/Rummel*, EuZW 2012, 737 ff., 738; *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1005 – *Intel.*

1031 S. schon oben 232; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 293, Fn. 49.

1032 Generell anders offenbar *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 40 – *Post Danmark II*: „Aufgrund seines deutlich höheren Marktanteils ist das Unternehmen in beherrschender Stellung in der Regel ein unumgänglicher Handelspartner auf dem Markt“, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 75 – *British Airways*; ähnlich *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 269 – *Tomra.*

1033 Vgl. Art. 15 schweizerisches MSchG.

1034 Unklar hinsichtlich der Gewichtung der „essential[ity]“ von „popular consumer brands“ wie etwa „Coca-Cola“: *Gerardin*, 11 JCLE 579 (2015), 606.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ren findet sich etwa bei *Gerardin*, welcher ergänzend verweist auf Wechselkosten, Kapazitätsbeschränkungen sowie Gründe, welche für den Bezug bei einem einzelnen Anbieter sprechen.[1035] Dementsprechend hatte auch die *Kommission* in *Intel* festgestellt, das inkriminierte Unternehmen verfüge über einen „'must-stock' status at the OEM[1036] level" sowie „Intel's brand equity" begründe „significant barriers to expansion and entry in the x86 CPU market".[1037]

Bei genauerer Betrachtung der gegenständlichen abstrakten Faktoren zur umfangmässigen Feststellung der *Nachfrage*-Nicht-Bestreitbarkeit ist freilich eine Ähnlichkeit mit jenen auszumachen, welche desgleichen die Beschränkung der *Markt*bestreitbarkeit beeinflussen: Der Aufbau einer starken Marke ist mit hohen versunkenen Kosten verbunden;[1038] dasselbe gilt für den Ausbau von Produktionskapazitäten; auch Wechselkosten erschweren den Marktzutritt, weil die Konsumenten bereits „locked-in" sind; schliesslich kann der Bezug sämtlicher oder wenigstens eines grossen Teils der benötigten Produkte bei lediglich einem Anbieter die Transaktionskosten für den Abnehmer reduzieren.[1039] Hierfür spricht darüber hinaus, dass die *Kommission* generell bei der Berücksichtigung der Bedingungen auf dem relevanten Markt auf die Markteintritts- und Expansionsmöglichkeiten abstellen will.[1040]

Das konkrete Verhältnis von Nachfrage- und Marktbestreitbarkeit bleibt indes über weite Strecken unbestimmt; die Klärungsobliegenheit liegt weiterhin vordringlich bei der Kommission als Stipulantin.[1041] In der Prioritä-

---

1035 *Gerardin*, *ibid*., 606 f.; s.a. *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 142 u. 152 ff.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 565 zu Art. 102 AEUV, welche zusätzlich „technische Gegebenheiten wie Pfadabhängigkeiten" anführen; vgl. sinngemäss *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 139, welcher die Nachfrageelastizität als mögliches Kriterium anführt.

1036 „Original equipment manufacturer", Originalausstatter resp. Erstausrüster.

1037 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 870 u. 873 – *Intel*.

1038 Ebenso *ibid*., Tz. 873; zum Begriff der versunkenen Kosten s. schon 33.

1039 Vgl. schon 31 f.

1040 *Kommission,* Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 2. Lemma, mit beispielhaftem Verw. auf Grössen- und/oder Verbundvorteile sowie Netzeffekte.

1041 Obwohl das Konzept der Nachfragebestreitbarkeit zumindest in der Sache in der Entscheidungspraxis nicht völlig präzedenzlos ist (s. die Verw. bei *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 494), ermöglicht letztere bislang keine befriedigende Herleitung; im Ergebnis entsprechend *Rummel*, *ibid.*, 137.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tenmitteilung findet sich der Hinweis, dass die relevante Menge im Falle bereits bestehender Wettbewerber sich „auch [anhand] deren Fähigkeit, ihren Absatz auszuweiten, und [der] Schwankungen ihrer Absatzmengen über einen bestimmten Zeitraum" erschliessen lassen kann. „Sofern möglich" würde im Falle potenzieller Wettbewerber zu prüfen sein, „bei welchen Mengen ein Markteintritt realistisch wäre. Unter Umständen könnten Wachstumskennzahlen von Unternehmen, die zu einem früheren Zeitpunkt in den betroffenen oder einen vergleichbaren Markt eingetreten sind, als Anhaltspunkt für einen realistischen Marktanteil neuer Marktteilnehmer dienen".[1042] Weiter will die Kommission das Potenzial „realistische[r] und wirksame[r und zeitnaher] Gegenstrategien" prüfen.[1043]

Vollends befriedigend ist dies entschiedenermassen nicht. Inwiefern aus den vorgebrachten, primär qualitativen Kriterien aber namentlich unter Berücksichtigung ihrer gegenseitigen Interdependenzen ausserdem ein quantitatives Ausmass der Nachfragebestreitbarkeit „errechnet" werden kann – ist jedenfalls wohl ein Paradefall für eine Diskussion der gerichtlichen Kognitionsbeschränkung bei ökonomischer Komplexität.[1044] Wie verhält sich die „Fähigkeit, [den] Absatz auszuweiten", zu den (hierdurch in direkter Weise kaum beeinflussten) Verbraucherpräferenzen? Welcher Zusammenhang besteht zwischen den Absatzmengen-Schwankungen eines Konkurrenten und der (aktuellen oder gar zukünftigen) Nachfragebestreitbarkeit des Marktbeherrschers? Die Konjunktiv-Formulierungen der *Kommission* hinsichtlich der Berücksichtigung von potenziellen Wettbewerbern lassen kein klareres Bild aufkommen.[1045] Erschwerend kommt noch hinzu, dass bei einer solchen Wettbewerber- und Nachfrager-orientierten Bestimmung des bestreitbaren Teils der Nachfrage faktisch schwergewichtig auf deren interne Dokumente wie namentlich Kalkulationen und Analysen betreffend die preislichen Auswirkungen eines möglichen Zulie-

1042 *Kommission,* Prioritätenmitteilung, Tz. 42; s. sogleich im Text.

1043 *Kommission*, *ibid*., Tz. 44 u. Tz. 20, 3. Lemma i.f.; unklar ist, in welchem Verhältnis der Einfluss solcher „Gegenstrategien" einerseits auf die Nachfragebestreitbarkeit und andererseits auf die Zulässigkeit einer Preissetzung zwischen AAC und LAIC steht, weiterf. 265 ff.

1044 Weiterf. zu letzterem 325 ff.; vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 592: „[Erm]angel[ung] einer objektiven betriebswirtschaftlichen Formel zur Berechnung d[...]er [bestreitbaren] Menge".

1045 S. die soeben zit. *Kommission, ibid*.; s.a. *Gerardin*, 11 JCLE 579 (2015), 607 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

fererwechsels abgestellt wird.[1046] *Morell* bemerkt wohl zu Recht, es seien „tatsächliche Wechselpläne der Käufer, die das contestable share bestimmen".[1047] Derartige Schriftstücke sind jedenfalls vorsichtig zu würdigen und – nochmals – sie standen dem Marktbeherrscher im Zeitpunkt der Rabattgestaltung zur Einschätzung seiner Nachfragebestreitbarkeit durchaus nicht zur Verfügung.[1048]

Bislang lässt sich lediglich konstatieren, dass Markt- und Nachfragebestreitbarkeit offenbar tendenziell korrelieren: Je höher die Marktschranken, umso grösser mit einer gewissen Regelmässigkeit wohl auch der nicht-bestreitbare Teil der Nachfrage. Auch andere Faktoren scheinen indes bedeutsam. In *Intel* bemerkt die *Kommission*, dass „AMD's x86 CPUs are different from Intel's x86 CPUs in many different respects. Different types of customers will have different appreciations of the relative merits of the two products. [...] The contestable part of the market is thus limited by the fact that AMD-based computers would only be the most attractive product for a sub-segment of all the OEM's ultimate customers".[1049] Sind diese Ausführungen dahingehend zu deuten, dass eine Heterogenität der Konkurrenzprodukte generell die Nachfragebestreitbarkeit beschränken soll? Und wie verhält sich dies respektive die hierdurch hervorgerufene re-

---

1046 S. bspw. *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1203 f. – *Intel.*

1047 *Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 58 f.; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 138, m.w.Hinw., hinterfragt, inwieweit (notabene nach buchhalterischen Kriterien) für einen „völlig anderen Zweck" erstellte Dokumente verlässliche und belastbare Zahlen liefern; dies räumt bis zu einem gewissen Grad auch *Peeperkorn* ein (*ders*., Concurrences 2015, 43 ff., 61); als nahezu tollkühn ist das Vorgehen in *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1551 ff. – *Intel*, zu bezeichnen, wo die *Kommission* im Verfahrensgang „in the absence of any documentary evidence of MSH's expectations of its contestable share [...] used as a proxy for the contestable share AMD's average share in the consumer segment worldwide" (*ibid*., Tz. 1554); in angepasster, für das inkriminierte Unternehmen vorteilhafter Form wurde dieser Ansatz dann tatsächlich entscheidrelevant (*ibid*., Tz. 1556 ff.).

1048 Ebenso kritisch *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 496, welche eine Berücksichtigung auch der *ex ante*-Einschätzungen des Marktbeherrschers fordern, sofern jene „on a good faith basis" erfolgten; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 597.

1049 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1010 – *Intel*, mit in diesem Zusammenhang schwierig zu systematisierenden Ausführungen zu „Intel's strong brand and long track record".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gelmässig stärkere Hebelwirkung von Rabatten zur Tatsache, dass die das differenzierte Konkurrenzprodukt präferierenden Konsumenten gerade auch weniger preissensitiv sind? Stellen Produktedifferenzierungen mögliche „realistische und wirksame [und zeitnahe] Gegenstrategien" dar, um auf *predatory pricing*-Strategien mittels bedingter Rabatten zu reagieren?[1050]

Ein zusätzlicher wesentlicher Faktor für die Beurteilung der Nachfragebestreitbarkeit ist endlich, dass die graduelle Unvermeidbarkeit des Marktbeherrschers aus Sicht der Nachfrager abhängig vom zu untersuchenden Zeithorizont („relevant period of time") ist: „[I]n the very short-term, nothing may be contestable; in the long-run practically everything would be".[1051] Hinsichtlich „the relevant time horizon on which the OEMs base their decisions on whether to change suppliers" hielt die *Kommission* in *Intel* maximal ein Jahr für angemessen; sie begründete dies mit den Gepflogenheiten in der gegenständlichen Industrie in Bezug auf Vertrags- und Rabattgestaltungen[1052] sowie deren hohen Innovationsraten („the computer systems that the OEMs put on the market are subject to frequent refreshments or replacement cycles").[1053] Zeitabhängig sind im Übrigen auch die Kapazitätsbeschränkungen der Wettbewerber respektive das Potenzial eines Markteintritts.[1054] Hierbei sind freilich wiederum andere Zeithorizonte einzelfallweise „relevant".

1050 Zur relativen Heterogenität der angebotenen Marktgüter als Faktor für das Marktaustrittskalkül eines Konkurrenten s. schon Fn. 736.

1051 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 497; insgesamt kritisch *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 294 f., welche bemerken, dass die Prioritätenmitteilung wenig Konkretisierendes betr. diesen Aspekt beitrage und dies „provides the Commission and national authorities with relatively wide discretionary powers when considering specific cases" (*ibid*., 295); weiterf. zu temporalen Aspekten bei Kosten-Preis-Vergleichen s. 312.

1052 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1013, 1015 – *Intel.*

1053 *Ibid.,* Tz. 1018; s. im Übrigen die Ausführungen *ders*., Prioritätenmitteilung, Tz. 42, zur „relativen Raschheit".

1054 Vgl. *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 565 zu Art. 102 AEUV; *Kommission,* Prioritätenmitteilung, Tz. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

cc) Relevante Menge und effektiver Preis

Konnte die auf den nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage entfallende Rabattsumme eruiert werden, stellt sich die Frage nach deren zweckmässigen Zuordnung zwecks Bestimmung des effektiven Preises. Als (abermals) „relevant" (relevant range) wird bei rückwirkenden Rabatten in der überwiegenden Lehre und mehrheitlich ohne explizite Auseinandersetzung der gesamte bestreitbare Teil der Nachfrage erachtet.[1055] Die *Kommission* vertritt mutmasslich dieselbe Auffassung.[1056] Methodisch entspricht dies einem Vorgehen analog einem „discount attribution test" bei gebündelten Rabatten, wenn anlässlich jenem die Preisnachlässe unter der Bedingung einer gleichzeitigen Abnahme mehrerer, hinreichend abtrennbarer Produk-

1055 *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 60; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.447; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 229; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 592 u. 596; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 565 zu Art. 102 AEUV; *Bien/Rummel*, EuZW 2012, 737 ff., 738; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 143; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 236; wohl auch *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 493 f.; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 360 zu Art. 102 AEUV; *Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 52 f.; *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 252; unbestimmt *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 265 zu Art. 102 AEUV; *Petit*, ECJ 2015, 26 ff., 38 f.; anders wenigstens und im Sinne der hier sogleich vertretenen Auffassung: *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 294, Fn. 52, hinsichtlich rückwirkender Rabatte: „[A] distinction should be made beween: (a) the customer's total requirements; (b) the contestable share of the customer's total requirements; (and (c) the relevant range, which may be equal to or less the contestable share", mit Verw. auf *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 50: „[The relevant range] is not the same as the contestable share".

1056 Der Wortlaut von *Kommission,* Prioritätenmitteilung, Tz. 42, ist in dieser Hinsicht nicht vollends klar; vgl. aber die soeben zit. „kommissionsnahe" Lit. sowie die Ausführungen zur Entscheidung *Intel* im Text i.f.; sollte der „commerciably viable share" tatsächlich inhaltlich dem „contestable share" entsprechen, wäre auch die Umschreibung des ersteren („[it] determines over which part of the customers' demand the effect of the rebate needs to be assessed") nach Ansicht der *GD Wettbewerb* resp. *Kommission* für letzteren gültig; nach hier vertretener Auffassung umschreibt der zit. Teil der Definition die „relevante Menge", weiterf. sogleich im Text.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

te umfassend einem Produkt zugeordnet werden, sofern mindestens eines von ihnen bei isolierter Betrachtung über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.[1057] Die Parallelen sind augenfällig; anders als bei gebündelten Produkten scheint indes die Zuordenbarkeit auf das gesamte „Andere" nicht generell gegeben.[1058] Auf die Unzulänglichkeiten der Vorgehensweise zur Bestimmung der relevanten Menge bei stufenweisen Rabatten wurde im Übrigen bereits hingewiesen:[1059] Notwendig ist *m.E.* auch hier die Bestimmung des nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage. Die „relevante Menge" ergibt sich alsdann infolge Subtraktion dieses Teils von der *in concreto* bezogenen Absatzmenge. Es handelt sich mithin um die bestreitbare Absatzmenge. Zur Bestimmung des effektiven Preises sind die hierauf gewährten stufenweisen Rabatte sowie die allfällige im nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage gewährte Rabattsumme in Abzug zu bringen.

Zur Diskussion gestellt werden soll, ob die „relevante Menge" (auch) bei rückwirkenden Rabatten nicht vielmehr als ein *Bestandteil* des bestreitbaren Teils der Nachfrage zu qualifizieren ist. Ihr konkreter Umfang ergäbe sich einzelfallweise infolge der durch das marktbeherrschende Unternehmen vorgenommenen Rabattgestaltung in Form der gegenständlichen Rabattschwelle. Dem gesamten bestreitbaren Teil der Nachfrage würde die relevante Menge lediglich in jenen Fällen entsprechen, in welchen die Rabattgewähr-Schwelle derart hoch angesetzt wurde, als damit ein Anreiz für den ausschliesslichen Bezug beim Marktbeherrscher verbunden ist.

Es würde ein generell tiefer zu liegen kommender effektiver Preis als bei einer Verrechnung über den gesamten bestreitbaren Teil der Nachfrage resultieren, zumal die auf dem nicht-bestreitbaren Teil gewährte Rabattsumme lediglich über die rabattinduzierende bestreitbare Nachfragemenge vom rabattierten Nominalpreis in Abzug gebracht würde (s. die Bestim-

---

1057 Vgl. *Hovenkamp/Hovenkamp*, 53 Antitrust Bull. 517 (2008), 520 ff.; *Gerardin*, 11 JCLE 579 (2015), 605 f.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 591 zu Art. 102 AEUV, mit dem Hinw., dass mittels solcher Rabatte entweder Marktmacht auf einen anderen Markt transferiert oder bestehende Marktmacht weiter abgesichert werden kann; *ibid*., N 457 ff. zu Art. 102 AEUV; zu „monopoly leveraging", s. 360; *Petit*, ECJ 2015, 26 ff., 37 ff.; *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 59 f.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 639; weiterf. zu Paket- oder Bündelrabatten s. 383 ff..

1058 Weiterf. sogleich im Text.

1059 S. soeben 235 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mung von $P_{\text{eff. 2}}$ in Grafik 7). Hierdurch würde der *tatsächliche* effektive Preis der fraglichen Nachfragemenge bestimmt: Der Preis für darüber hinaus bezogenen Mengen bis zur Höhe der Gesamtnachfrage entspricht bei genauerer Betrachtung *effektiv* dem rabattierten Nominalpreis (entsprechend P_X in Grafik 7); das marktbeherrschende Unternehmen gewährt darauf keine darüber hinausgehenden, im nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage „versteckten" Rabatte, da es für diese zusätzlichen Absatzmengen keine weiteren bedingten Bezugsanreize gesetzt hat.[1060]

Ein Vorgehen entsprechend der *h.L.* führt hingegen zur Bestimmung eines meistens überhöhten „effektiven Preises" (entsprechend $P_{\text{eff. 1}}$ in Grafik 7). Zumindest aus Sicht des marktbeherrschenden Unternehmens erscheint ein solcher bei einen Kosten-Preis-Vergleich freilich erst einmal vorteilhaft. Man sollte sich aber allemal bewusst sein, dass eine in diesem Sinne übermässige Bestimmung des effektiven Preises im Ergebnis der Anwendung eines „more efficient competitor"-Beurteilungsmassstabs gleichkommt.[1061] Inwiefern dies bei bedingten Rabatten tatsächlich gewollt ist – und in dieser Weise zweckmässig –, bedarf einer wettbewerbspolitischen Diskussion.[1062] Für das marktbeherrschende Unternehmen kann sich eine solche Bestimmung des effektiven Preises im Übrigen allemal auch als zweischneidig erweisen, zumal alsdann bei der Beurteilung der Marktverschliessungswirkung möglicherweise vergessen geht oder zumindest unzulänglich gewürdigt wird, dass im konkreten Fall potenziell

---

1060 Es ist durchaus denkbar, dass der Absatz von weiterem Output aus der Perspektive der Gewinnmaximierung (s. 28 f.) ambivalent oder gar mit Grössennachteilen (s. Fn. 104) verbunden ist, sodass das marktbeherrschende Unternehmen nicht aktiv zusätzliche Nachfrage eines Abnehmers schaffen möchte; darüber hinaus ist denkbar, dass es sich keiner allzu starken Nachfrage-Abhängigkeit aussetzen möchte.

1061 Vgl. schon 228 f.

1062 Es reduziert das Risiko von Typ I-Fehlern, welche sich durch die Eruierung eines zu grossen nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage ergeben; es widerspiegelt das zunehmend marktverschliessende Potenzial (vgl. die Hinw. sogleich im Text) von sich Ausschliesslichkeitsbindungen annähernden Rabattschwellen, indem die Aberration des berechneten vom tatsächlichen effektiven Preis zunehmend kleiner wird und schliesslich gleich Null ist; indes resultiert ein leidlich schemenhafter Fehlerreduktions-Aufschlag, welcher den Anforderungen einer umfassenden Einzelfallorientierung im Sinne des *more economic approach* (s. 104 ff.) nur sehr bedingt zu genügen vermag; *m.E.* sollte die an sich objektive Natur von Kosten-Preis-Vergleiche im Allg. auch hier gewahrt und nicht durch wertende Preishöhen-Beeinflussungen „verwässert" werden.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ein beträchtlicher bestreitbarer Teil der Nachfrage eines Abnehmers vom effektiven Preis tatsächlich nicht erfasst und entsprechend zum (einiges höheren) rabattierten Nominalpreis angeboten wird.[1063]

Soweit die *Kommission* bei der Beurteilung von bedingten Rabatten in *Intel* auf die Bestimmung des effektiven Preises verzichtet hat,[1064] war sie ebenso wenig genötigt, die relevante Menge zu eruieren.[1065] Es kommen indes bereits bei einer Untersuchung der gegenständlich einschlägigen Entscheidgründe gewisse Bedenken auf, ob die *Kommission* die relevante Menge *in casu* entsprechend der hier vertretenen Auffassung qualifiziert (hätte).[1066] In Tz. 973 stellt die *Kommission* fest, die Rabatte betreffend NEC seien „conditional on NEC purchasing at least 80% of its worldwide client PC x86 CPU requirements from Intel" respektive alsdann „conditional upon NEC fulfilling an Intel market share requirement of 80% in the client PC segment" gewesen.[1067] Inwiefern eine solche Rabattgewährung „*de facto* conditional on NEC obtaining the vast majority of its client PC x86 CPU requirements"[1068] respektive „*de facto* conditional on NEC sourcing almost all of its x86 CPU requirements in the client PC market segment from Intel"[1069] ist, erschliesst sich *m.E.* nicht. Achtzig Prozent sind nun einmal – im Gegensatz etwa zu 95 Prozent – nicht „al-

1063 Dies ist wohl hinsichtlich der Rabattbedingungen für NEC in *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990 – *Intel* zu konstatieren, s. sogleich im Text; darüber hinaus sind in diesem Zusammenhang die Anzahl und der Stellenwert der rabattbedienten Nachfrager bedeutsam, s. *ibid*., Tz. 1577 ff. – *Intel*, weiterf. 352; *Gerardin*, 11 JCLE 579 (2015), 610, mit Verw. auf 207 F.3d 1039 (8th Cir 2000), 1059 – *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp*.

1064 Zur Bestimmung von effektiven Preises in *Intel* s. im Text i.f.

1065 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 926 ff., insb. 1008 ff. u. 1154 – *Intel*; vgl. die Hinw. betr. Dell u. NEC in *ibid*., Tz. 927 u. 973: „[t]he rebate[s] [in question] applied across the entire relevant range of output", wobei „relevant range" sich hier auf die von den gewährten Rabatten betroffenen Nachfragemengen bezieht; weiterf. sogleich 248 ff.

1066 S. schon die Hinw. in Fn. 1056.

1067 *Ibid*., Tz. 973 – *Intel*.

1068 *Ibid*. – *Intel* (Unterstrichene Hervorh. d. Verf.); die „de facto" Konditionalität bezieht sich vorliegend darauf, dass die festgestellten Rabattbedingungen nicht durchwegs in schriftlicher Form nachweisbar waren, und die *Kommission* jene auch mittels Abnehmererwartungen hinsichtlich Rabattstreichungen bei vermehrtem Bezug von AMD-Produkten zu erstellen suchte, vgl. *Petit*, ECJ 2015, 26 ff., 30; zu Recht kritisch *Gerardin*, JECL&P 2010, 112 ff., 116.

1069 *Ibid*., Tz. 981 – *Intel* (Unterstrichene Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

most all".[1070] Jedenfalls in semantischer Hinsicht misst die *Kommission* den verbleibenden zwanzig Prozent von NEC's Nachfrage folglich keine erwähnenswerte Bedeutung zu. Genau diese liegen notabene aber oberhalb von Intel's Rabattgewähr-Schwelle und mithin vollständig im bestreitbaren Teil der Nachfrage. Die gegenständliche – nach hier vertretener Auffassung von der relevanten Menge nicht erfasste – Nachfragemenge erfährt offenbar auch in den nachfolgenden Entscheidgründen keine Beachtung. Hingegen wird die strategische Bedeutung und der Stellenwert der rabattbedienten Nachfrager umfassend gewürdigt, welchen in qualitativer Hinsicht entsprechende Bedeutung im Hinblick auf das Potenzial zur Marktverschliessung zukommt.[1071] Es ist daher zu konstatieren, dass die Kommission die hier interessierende „nicht-relevante Menge" in materieller Hinsicht unbeachtet lässt. Einer solchen (Nicht-)Handhabung kommt wohl zumindest eine Indizwirkung dahingehend zu, dass die Kommission auf eine Differenzierung verzichtet und folglich (auch) die besagte Nachfragemenge bei der Bestimmung des effektiven Preises miteinbeziehen würde.

Die *Kommission* hat ausserdem in *Intel* eigentliche Kosten-Preis-Vergleiche durchgeführt und dementsprechend auch jeweils die effektiven Preise für die relevanten Mengen notwendigerweise festgestellt.[1072] Hinsichtlich des hier interessierenden Verhältnisses von relevanter Menge und

---

1070 Vgl. betr. HP in *ibid*., Tz. 951 – *Intel*, mit Verw. auf Tz. 413: „Intel provided HP with rebates which were conditioned in particular on HP sourcing at least 95% of its corporate desktop CPUs from Intel" sowie *ibid*., Tz. 972: „the level of [...] rebates granted by Intel [...] was *de facto* conditional on HP sourcing almost all of its x86 CPU requirements for corporate desktops from Intel" (Unterstrichene Hervorh. d. Verf.); betr. Dell hat die Kommission im Übrigen festgestellt, dass „the level of [...] rebates granted by Intel [...] was *de facto* conditional on Dell obtaining all its x86 CPU requirements from Intel" (Unterstrichene Hervorh. d. Verf.); wohlgemerkt nur diesfalls würde nach hier vertretener Auffassung die relevante Menge dem bestreitbaren Teil der Nachfrage entsprechen.

1071 *Ibid*., Tz. 1577 ff. – *Intel*, weiterf. zur Funktion des AEC-Tests: 339 ff.

1072 S. *ibid.*, Tz. 1006 – *Intel*: „In order to assess whether the rebate system is capable of hindering the expansion or entry of as efficient competitors by hindering them from supplying part of the requirements of individual customers, it is necessary to determine, in view of the level of the rebate, what is the effective price for the buyer over a relevant range of its purchases, if this amount were to allow the buyer to benefit from the rebate"; *ibid*., Tz. 1266 betr. Dell: „The assessment described in sections a)-g) above examined whether an as efficient competitor would be required to sell its products below the [AAC]"; *ibid*., Tz. 1458 betr. Lenovo; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU,

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bestreitbarer Nachfrage können indes aus den einschlägigen Entscheidstellen ebenso wenig zwingende Schlüsse gezogen werden: Die Rabattgewährung betreffend Lenovo war vorgeblich „*de facto* conditional on Lenovo obtaining all of its x86 CPU requirements for its notebooks from Intel".[1073] Die Schwelle war mithin als Anreiz zum ausschliesslichen Bezug beim Marktbeherrscher gesetzt; diesfalls entspricht die relevante Menge auch nach hier vertretener Auffassung dem gesamten bestreitbaren Teil der Nachfrage. Wenn die *Kommission* unter dieser Prämisse in Fn. 1781 festhält: „The Commission first computed [...] the „effective price" [...] of CPUs sold by Intel over the contestable share, and then compared this effective price to the costs of an efficient competitor",[1074] kann hieraus nicht geschlossen werden, ob die relevante Menge nach Ansicht der *Kommission* nur *in casu* oder in jedem Fall der gesamte bestreitbare Teil der Nachfrage ist. Selbiges muss auch für die Rabatte an MSH gelten.[1075] Auffällig ist lediglich, dass der Begriff „relevant range" in den Erwägungen abermals keine Verwendung findet;[1076] wo immer es um die relevante Menge geht, spricht die *Kommission* vom „contestable share". Explizite Aussagen zum Verhältnis finden sich aber auch in *Intel* keine.

dd) Marktanteils- und Kosten-(effektiver) Preis-Vergleiche

Die *Kommission* verfolgte in *Intel* sowohl einen Marktanteils- als auch einen Kosten-(effektiver) Preis-Vergleich.[1077] Ersterer entspricht dem im Diskussionspapier der *GD Wettbewerb* vorgestellten Ansatz. Bei einem Marktanteils-Vergleich („required share test") wird der „notwendige Marktanteil" („required share") eines tatsächlichen oder hypothetischen Konkurrenten bestimmt.[1078] Im Falle eines tatsächlichen Wettbewerbers erfolgt vorab ein Vergleich mit dessen faktischen Marktanteil. Ist jener

---

498 f., Fn. 166; diesen Aspekt der Entscheidung offenbar verkennend *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 139 ff.; wohl auch *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 566 zu Art. 102 AEUV.

1073 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 989 – *Intel* (Hervorh. im Original).

1074 *Ibid.*, Fn. 1781 – *Intel* (Hervorh. d. Verf.).

1075 S. *ibid.*, Tz. 992, 1000 u. 1563 ff. – *Intel.*

1076 Mit Ausnahme der soeben in Fn. 1072 zit. Tz. 1006.

1077 S. die Nachweise zu letzterem soeben in *ibid*.

1078 Weiterf. sogleich im Text.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kleiner als der „notwendige Marktanteil", verfügen die Rabatte des Marktbeherrschers über einen „[likely] foreclosure effect", sofern keine Anzeichen vorliegen, dass der tatsächliche Wettbewerber weniger effizient ist. Ist hingegen der faktische Marktanteil sämtlicher tatsächlicher Wettbewerber grösser als „notwendig", haben die Rabattbedingungen wohl keine marktverschliessende Wirkung.[1079]

Sofern das Verhältnis des notwendigen zum faktischen Marktanteil nicht derart klar ist, spricht sich die *GD Wettbewerb* für einen Vergleich des ersteren mit dem „commercially viable share" aus.[1080] Jener wird umschrieben als „the share of customers' requirements an efficient entrant can reasonably be expected to capture" und weiter „[it] determines over which part of the customers' demand the effect of the rebate needs to be assessed".[1081] *Morell* bemerkt: „[W]as [die GD Wettbewerb] im Diskussionspapier noch *viable share* nannte, heisst nun im neuen Test *contestable share*. Dabei handelt es sich vorwiegend um eine Umbenennung". Die Dichotomie zwischen „vorwiegend" und inhaltlicher Identität erkläre sich dahingehend, dass „[d]er Aspekt der *viability* [...] sich darauf zu beziehen [schien], dass ein Konkurrent des Marktbeherrschers oft eine bestimmte Mindestmenge absetzen muss, um seinem Marktzutritt bzw. seinen Marktanteilsgewinnen Nachhaltigkeit zu verleihen. Mit der Umbenennung deutet die Kommission an, dass dieser Aspekt der angebotsseitigen Betrachtung bei der Bestimmung des *contestable shares* keine Bedeutung haben wird".[1082]

1079 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 155; auf entsprechende Vorgehensweise verweist weiterhin die *Kommission* in Prioritätenmitteilung, Tz. 42, Fn. 1: „Es kann auch sinnvoll sein zu ermitteln, wie gross der von dem neuen Marktteilnehmer übernommene Teil der Nachfrage des Abnehmers im Durchschnitt sein sollte, damit der effektive Preis wenigstens so hoch ist wie die LRAIC des marktbeherrschenden Unternehmens [notwendiger Marktanteil]. In einer Reihe von Fällen könnte ein Vergleich dieses Anteils mit den tatsächlichen Marktanteilen der Wettbewerber und ihren Anteilen an der Nachfrage der Abnehmer erkennen lassen, ob von dem Rabattsystem eine marktverschliessende Wirkung ausgehen kann; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 139 zu Art. 102 AEUV; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 139 f.

1080 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 156.

1081 *Ibid*.

1082 *Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 51 (Hervorh. im Original); *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Kommission verwendet den Begriff „commercially viable share" nunmehr weder in der Prioritätenmitteilung[1083] noch hat sie ihn – selbst anlässlich Marktanteils-Vergleichen – in *Intel* benutzt.[1084] Man ist deswegen versucht, desgleichen auf eine Begriffsbestimmung zu verzichten. Angemerkt sei lediglich: Nach Auffassung der *GD Wettbewerb* bestehen offenbar potenziell *mehrere* „commercially viable amounts" respektive „commercially viable shares" auf *einem* Markt.[1085] Des Weiteren stellt die *Kommission* bei der Bestimmung des „contestable share" wohl schwergewichtig auf die Nachfrageseite ab, berücksichtigt indes anscheinend auch weitere Faktoren, welche die (Markt-)Bestreitbarkeit beschränken.[1086]

Ergiebiger ist es möglicherweise zu klären, ob bei Marktanteils-Vergleichen eine andere Menge des bestreitbaren Teils der Nachfrage als *relevant* berücksichtigt werden sollte als bei Kosten-(effektiver) Preis-Vergleichen. Dies wird ganz mehrheitlich zumindest im Ergebnis verneint, indem auf die „ökonomische Äquivalenz" der beiden Ansätze verwiesen wird.[1087] Jene besteht grundsätzlich ohne Weiteres, denn der effektive Preis (P_{eff}) ent-

---

Article 102 TFEU, 493, verwenden die fraglichen Begriffe in einem Anwendungsbeispiel übereinstimmend, jedoch ohne w.Hinw.

1083 *Kommission*, Prioritätenmitteilung.

1084 *Dies.*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990 – *Intel.*

1085 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 154: „[R]elevant [...] [is] the foreclosing effect of the rebate system on commercially viable amounts supplied by (potential) competitors of the dominant supplier. These competitors are smaller rivals already active in the market and potential entrants. [...] [T]he question is whether the rebate system hinders [...] them to supply commercially viable shares of individual customers' requirements" (Hervor. d. Verf.); gegen einen redaktionellen Fehler spricht jedenfalls auch, dass von lediglich einem „rebate system" die Rede ist; insofern wäre der bestreitbare Teil der Nachfrage also eher als eine Aggregation sämtlicher „commercially viable shares" der tatsächlichen und hypothetischen Konkurrenten zu deuten, was sich allerdings wiederum mit der im Text zit. Umschreibung in *ibid*., Tz. 156, nicht verträgt.

1086 Weiterf. schon 237 ff.

1087 *Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 49 ff.; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 139 ff.; entsprechend wohl auch *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 566 f. zu Art. 102 AEUV; vorsichtig *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 498 f., Fn. 166, zum Vorgehen der *Kommission* in *Intel*: „The Commission appears to have applied two distinct but similar tests [...]. But at least in *Intel*, it was common ground that the two tests were equivalent" (Hervorh. im Original), mit Verw. auf *dies*., Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1458 – *Intel*: „[...] There is therefore no change as to the methodology underlying the calculations nor as to

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spricht dem rabattierten Nominalpreis (P_x) abzüglich den Quotienten der auf dem nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage gewährten Rabattsumme (R) und der relevanten Menge (rr):

$$P_{eff} = P_x - \frac{R}{rr} \ .$$

Setzt man den effektiven Preis (P_{eff}) nun mit einer Kostenvariable (C_{var}) gleich, lässt sich die Gleichung nach rr auflösen. Dies ermöglicht eine Aussage dahingehend, welche Angebotsmenge ein Konkurrent notwendigerweise mindestens absetzen muss, um die Kostenvariable C_{var} deckend zum rabattierten Nominalpreis P_x des Marktbeherrschers infolge dessen nicht-bestreitbarer Rabattsumme R anbieten zu können.[1088] Es handelt sich bei besagter minimaler Angebotsmenge mithin um den notwendigen Marktanteil in absoluten Einheiten (rs):[1089]

$$C_{var} = P_x - \frac{R}{rr} \ ,$$

---

the conclusions they arrive at. This was also confirmed by [Intel's experts]: „At some points, this comparison is referred to as the required share test. At other points, the comparison is between effective price and cost. As [...] explained at the Oral Hearing, these tests are economically equivalent"; s.a. *ibid*., Tz. 1563.

1088 Bspw. setzt der Marktbeherrscher den rabattierten Nominalpreis P_x auf 75 und gewährt eine Rabattsumme R von 5'000 auf dem nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage; als Kostenmassstab werden *i.c.* annahmeweise AAC von 50 verwendet; ein ebenso effizienter Wettbewerber müsste diesfalls wenigstens 200 Einheiten absetzen können [5'000/(75-50)=200]; setzt der Marktbeherrscher hingegen P_x auf 65, wären es bereits 500 Einheiten [5'000/(60-50)=500]. Das Bsp. offenbart auch, welche Bedeutung dem verwendeten Kostenmassstab zukommt (weiterf. sogleich 254): Bei annahmeweisen LAIC von 55 würde die minimale Angebotsmenge bei P_x=75 bereits 250 Einheiten betragen [5'000/(75-55)=250], bei P_x=60 wären es gar schon 1'000 Einheiten [5'000/(60-55)=1'000]; vgl. auch *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 295 ff.

1089 S. *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1459 – *Intel*; vgl. *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 155, für eine relative Marktanteilsbestimmung; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 141 ff., m.w.Hinw.; zur Bestimmung der relevanten Menge bei Kosten-(effektiver) Preis-Vergleichen, weiterf. soeben 243; mittels letzterer Formel wird notabene nicht mehr P_{eff} bestimmt, sondern rs unter der Voraussetzung, dass $P_{\text{eff}} = C_{\text{var}}$.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weswegen

$$rs = \frac{R}{P_x - C_{var}} \quad .$$

Bei Marktanteils-Vergleichen erfolgt nun im Sinne der *GD Wettbewerb* eine Gegenüberstellung des *rs* mit dem diffusen „commercially viable share".[1090] Eine resultatmässige Äquivalenz der Ansätze bedingt jedenfalls, dass die fragliche bestreitbare Nachfragemenge wertmässig derjenigen entspricht, welche die relevante Menge für die Bestimmung des effektiven Preises darstellt. Andernfalls würden bedingte Rabatte bei einem Marktanteils-Ansatz den Vergleich bestehen, welche bei einem Kosten-(effektiver) Preis-Ansatz dem Vergleich nicht standhalten würden, weil dort von einer wertmässig kleineren relevanten Menge ausgegangen wurde; es würden bedingte Rabatte bei einem Marktanteils-Ansatz den Vergleich nicht bestehen, welche bei einem Kosten-(effektiver) Preis-Ansatz dem Vergleich standhalten würden, weil dort von einer wertmässig grösseren relevanten Menge ausgegangen wurde.[1091] Bei „ökonomischer Äquivalenz" entspricht der „commercially viable share" folglich notwendigerweise derselben relevanten Menge wie bei Kosten-(effektiver) Preis-Vergleichen – wohlgemerkt unbeachtlich der Frage, ob letztere nun nach überwiegender Lehre und wohl auch der *Kommission* dem gesamten bestreitbaren Teil der Nachfrage entspricht oder eben entsprechend hier vertretener Auffassung lediglich der rabattinduzierenden bestreitbaren Nachfragemenge.[1092]

Klärungsbedarf besteht schliesslich dahingehend, ob ein Ansatz vorzugswürdig ist. *O'Donoghue* und *Padilla* bezeichnen den Marktanteils-Vergleich generell und ohne Begründung als „more complex".[1093] *Rummel* bemerkt desgleichen, der Marktanteils-Vergleich mute komplexer an, „da die Rechnung mit dem notwendigen Marktanteil eine zusätzliche Grösse beinhaltet"; der Kosten-(effektiver) Preis-Vergleich lasse sich auch aufgrund seiner konzeptionellen Nähe zum Vorgehen bei (Kampf-)Preisunter-

1090 S. bereits oben im Text.

1091 In ersterem Fall würde dementsprechend ein wertmässig kleinerer *rs* resultieren; in letzterem Fall würde hingegen ein wertmässig grösserer *rs* resultieren.

1092 Weiterf. soeben 243 ff.

1093 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 498 f., Fn. 166.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bietungen und Preis-Kosten-Scheren leichter nachvollziehen.[1094] Letzteres Argument ist möglicherweise valabler als ersteres: Die Unterbietung eines Kostenmassstabs erscheint als etwas eingängigere Tatsache im Hinblick auf die Beurteilung eines *predatory pricing*-Verhaltens als einem tatsächlichen oder hypothetischen Konkurrenten zu verunmöglichen, einen notwendigen Marktanteil zur Deckung seiner eigenen Kosten zu erreichen. Es erhellt indes bei abstrakter Betrachtung nicht ohne Weiteres, welche zusätzliche Komplexität die Bestimmung des notwendigen Marktanteils mit sich bringen soll. Es bedarf prinzipiell der Quantifizierung dreier Variablen (R, P_x, C_{var}), welche auch bei der Bestimmung des effektiven Preises respektive zwecks anschliessenden Vergleichs desselben mit einem Kostenmassstab unbedingt eruiert werden müssen.[1095]

Es ist andererseits ebenso wenig ersichtlich, dass der Marktanteils-Ansatz zumindest bei „klaren" Verhältnissen[1096] eine weniger komplexe Beurteilung ermöglichen würde: Auf eine Bestimmung des bestreitbaren Teils der Nachfrage kann nämlich selbst dann nicht verzichtet werden, wenn lediglich ein Vergleich mit den faktischen Marktanteilen der Konkurrenz erfolgt.[1097] Wie soll denn die nicht-bestreitbare Rabattmenge R eruiert werden, ohne dass der Umfang der ihr zugrunde liegenden Nachfrage festgestellt wurde?[1098] „Ökonomische Äquivalenz" bedingt nun einmal auch eine vollständige Berücksichtigung derselben (unabhängigen) Faktoren.

1094 *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 144 f.

1095 Abweichend insofern *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 567 zu Art. 102 AEUV: „Die Entscheidung zwischen den beiden Varianten hängt in erster Linie von dem verfügbaren Datenmaterial ab".

1096 S. im Text i.i.

1097 So aber *Rummel*, *ibid.*, 145; zu den Unwegsamkeiten bei der Bestimmung des bestreitbaren Teils der Nachfrage s. schon 237 ff.

1098 Zur *m.E.* notwendigen Bestimmung des nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage auch bei stufenweisen Rabatten s. schon 235 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

C. Beurteilung der predatory pricing-Vergleichsmassstäbe

a) Ausgangspunkt

aa) Kosten-Preis-Verhältnis-Unabhängigkeit

Das Rationalität und Erfolgsaussichten von *predatory pricing* grundsätzlich anzuerkennen,[1099] ist noch keine Aussage über das zulässige Verhältnis des Marktgut-Preises zu dessen Produktionskosten:[1100] *Jede* Preissetzung übt einen relativen Wettbewerbsdruck aus, welcher auf die Mitbewerber – abhängig von deren Produktionskosten – potenziell verdrängend wirken kann.[1101] Selbst Preise über den eigenen Kosten können sich als Teil einer *predatory pricing*-Strategie entpuppen (sog. „above-cost predatory pricing")[1102]: Das marktmächtige Unternehmen generiert diesfalls in der Verdrängungsphase zwar keine buchhalterischen Verluste; freilich fallen indes Opportunitätskosten an, zumal das Unternehmen zeitweilig auf höhere Erlöse verzichtet.[1103] Es lässt sich mithin in genereller Weise

---

1099 S. 174 ff.; zum Begriff *predatory pricing* s. schon 163 ff.

1100 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 300.

1101 Dieser Fall kann generell eintreten, wenn bei homogenen Marktgütern (s. 41 u. 203) die Konkurrenten aufgrund ihrer tatsächlichen ökonomischen Effizienz i.e.S. (s. 53) zu den fraglichen Preisen nicht kostendeckend produzieren können; *Edlin*, 111 Yale L.J. 941 (2002), 956.

1102 Weiterf. 258 ff.

1103 S. schon der Nachweis bei *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev 697 (1975), 704 ff. auf 167 f.; ähnlich *Salop*, 73 Antitrust L.J. 311 (2006), 326; *Motta*, ECLR 2009, 593 ff., 597; gänzlich entsprechend im Übrigen bereits: *Kommission*, Entscheidung v. 14.12.1985, ABl. 1985, L 374/1, Tz. 79 – *ECS/AKZO*: „Die Preisunterbietung kann infolgedessen einen wettbewerbsschädlichen Zweck haben, gleichgültig, ob das angreifende Unternehmen seine Preise über oder unter den eigenen Kosten [...] festsetzt", m.w.Hinw.; entsprechend *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 64 f., in welcher diese mittels eines „*sacrifice*-Tests" resp. „-Konzepts" ein „Opfer" („sacrifice") zu ermitteln sucht, welches „vermeidbare Verluste" (*ibid*., Tz. 64) oder auch einen „kurzfristig [...] niedrigeren Nettoertrag" umfasst (*ibid*., Tz. 65; weiterf. zur Berücksichtigung der strategischen Intention anlässlich von Kosten-Preis-Vergleichen s. 338 f., mit Verw.; terminologisch etwas ungeschickt ist, wenn letzterer *ibid*. sogleich wieder als „vermeidbare[r] Verlust" bezeichnet wird; ebenso *ibid*., Tz. 37, Fn. 3, wonach „Kampfpreise [...] immer einen Verlust verursachen" würden, und bedingte (Einzelprodukte-)Rabatte insofern anders zu bewerten seien; klarerweise muss bei bedingten Rabatten kein eigentlicher Verlust resultieren (entsprechend *ibid*., Tz. 37 i.f.; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

festhalten, dass jede Preissetzung unterhalb der kurzfristig gewinnmaximierenden Höhe sich möglicherweise als *predatory* erweisen kann.[1104] Dies schliesst notabene keineswegs aus, dass marktverschliessende Wirkungen auch von Verhaltensweisen ausgehen können, welche keine Einbussen bei den kurzfristigen Erlösen verursachen (sog. „cheap exclusion" respektive „'cheap' foreclosure activities");[1105] vorliegende Ausführungen konzentrieren sich derweil auf die Beurteilung von *predatory pricing*.

---

and Principles of Article 102, 239, mit dem Hinw., dass derartige Rabattstrategien deshalb potenziell „ewig" verfolgt werden können, sofern keine eigentlichen Verluste anfallen); jedoch können Opportunitätskosten im Bereich des nicht-bestreitbaren Teils der Nachfrage anfallen, wenn dortige Erlöse zum Zweck der Marktmachterlangung im Bereich des bestreitbaren Teils der Nachfrage geopfert werden; darüber hinaus entstehen in letzterem Teil Opportunitätskosten, wenn eine Preissetzung unterhalb der kurzfristig gewinnmaximierenden Höhe erfolgt; bei bedingten Einzelprodukte-Rabatten werden die Gewinneinbussen – wohlgemerkt anders als bei Bündel- oder Paketrabatten (weiterf. 383 ff.) – auf dem nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage nicht durch Gewinne aus einer resultierenden gesteigerten Nachfrage infolge der Preisreduktion ausgeglichen, weil die nicht-bestreitbare Nachfragemenge nicht grösser wird, vgl. nur *Neven/Zenger*, C & R 2011, 25 ff., 31; weiterf. zum Ganzen schon: 230 f.; entsprechendes gilt schliesslich auch für Preis-Kosten-Scheren, s. nur *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 398; kritisch hinsichtlich der Notwendigkeit eines kurzfristigen Opfers: *Elhauge*, 56 Stan. L. Rev. 253 (2003), 280 ff., welcher aber lediglich Möglichkeiten nicht-preisbezogenen Behinderungsverhaltens sowie des Ausbeutungsmissbrauchs anführt, vgl. *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 50; weiterf. zum *recoupment*-Kriterium: 299 ff.

1104 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 445; s.a. Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 573 f.; *WEKO*, RPW 2002/3, 431 ff., Tz. 6 – *Radio- und TV-Markt St. Gallen*; auch ein höherer als der kurzfristig gewinnmaximierende Preis kann verdrängend wirken, wenn – wiederum abweichend von der Modellannahme der perfekten Information (s. 41) – der Konkurrent seine Kostenfunktion nicht kennt, vgl. *Harrington*, 54 Econometrica 429 (1986); vgl. aber auch *Gaudin/Mantzari*, 12 JCLE 151 (2016), 160: „In economic theory, however, a distinction exists between the use of low pricing strategies to exclude competitors (predatory pricing) and to deter entry of rivals (‚limit pricing', whereby a dominant firm charges less than its short run profit-maximising price in order to deter entry)"; auf die fragliche Unterscheidung wird vorliegend nicht weiter eingegangen.

1105 S. die nicht abschliessende Liste in *OECD*, Policy Roundtable Predatory Foreclosure, 229 f.: „(1) Abuse of governmental processes – such as lying to obtain a patent; incumbents taking advantage of laws that require potential entrants to obtain government permits by such tactics as filing objections to applications; or acting through regulatory boards that are dominated by incumbents; (2) Abusive litigation – where dominant firms file lawsuits for the sake of exclusion rather

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bb) Strategische Intention

Preise können strategisch oder „naiv" gesetzt werden. Ein Preissetzungsverhalten gilt als naiv, wenn die Reaktion der Wettbewerber unberücksichtigt bleibt und (entsprechend der Gewinnmaximierungshypothese[1106]) eine lediglich kurzfristige Maximierung des Gewinns verfolgt wird.[1107] *Predatory pricing* erfordert hingegen definitionsgemäss eine strategische Intention.[1108] Jene ist gegenständlich dadurch charakterisiert, dass mittels der Preissetzung eine Verdrängung der Konkurrenz respektive die Verhinderung von Markteintritt beabsichtigt ist, und dass dabei erstere ohne letzteres nicht gewinnmaximierend wäre.[1109] In Abwesenheit einer ebensolchen Intention gilt ein Preissetzungsverhalten nicht als *predatory*.[1110]

cc) Fiktionskriterium

(1) Tatsächliche Bestimmungs- und Nachweiserschwernisse

Die exakte Bestimmung des kurzfristig gewinnmaximierenden Preises erweist sich selbst für das marktbeherrschende Unternehmen als kaum je möglich; noch schwerer sollte es Wettbewerbsbehörden fallen, den (im damaligen Umfeld) kurzfristig gewinnmaximierenden Preis *ex post* zu ermitteln.[1111]

---

than on the merits; (3) Opportunistic abuse of a standard setting process – such as by strategic falsification of representations regarding patents held and applied for to groups setting standards for evolving technology goods" (*ibid*., 229).

1106 Weiterf. 28 f.

1107 *Haucap/Heimeshoff*, Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), 149 ff., 157, Fn. 8 mit Verw.

1108 S. 163 f.; s.a. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 130; *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 477.

1109 S. *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 167, ebenso schon *Haucap/Kruse*, PdW 2004, 337 ff., 343, 346 f.; *Haucap/Kruse*, Diskussionspapier Nr. 115, 2 f.

1110 Vgl. *Posner*, Antitrust Law, 216: „[Intent] is a method of disambiguating an ambiguous practice".

1111 Ebenso *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 445: „If one wanted to apply the theory literally, one should be ready to enter into very troubled waters"; vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 408.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ebenfalls schwierig gestaltet sich regelmässig der Nachweis einer strategischen Intention. Exemplarisch bemerkt *Posner*, dass „the availability of evidence of important intent is often a function of luck and of the defendant's legal sophistification, not of the underlying reality".[1112]

(2) Folgerung

Zumal oftmals weder der kurzfristig gewinnmaximierende Preis noch die strategische Intention zweifelsfrei eruierbar sind, war die industrieökonomische Doktrin bestrebt, ein hilfsweises Kriterium zwecks „disambiguating [the] ambiguous"[1113] zu ermitteln.[1114]

Das konkrete Preissetzungssverhalten wird hierbei als Indikator für die unternehmerischen Absichten herangezogen:[1115] Eine strategische Intention wird fingiert, wenn das Verhalten „bei Beschränkung auf legitime Ziele nicht plausibel erklärbar" erscheint.[1116] Als „legitim" wird ein Verhalten identifiziert, welches sich an der nach klassischer Auffassung vertretenen Theorie der Firma orientiert und mithin eine kurzfristige Gewinnmaximierung verfolgt.[1117]

An dieser Stelle ist freilich anzumerken, dass mittels der skizzierten Vorgehensweise eine fingierte Intention aufgrund eines von der Gewinnmaximierungshypothese abweichenden Verhaltens begründet werden kann; über die kurzfristig gewinnmaximierende Preishöhe ist aber damit weiterhin wenig Erhellendes gesagt. Insofern ist in genereller Weise bei

---

1112 *Posner*, *ibid.*, 214; s. schon die Nachweise bei *Posner*, Antitrust Law (1976), 189 f. auf 170 f.; ebenso *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 210; weiterf. zu den direkten und indirekten Ansätzen des Nachweises einer strategischen Intention s. 288 ff.

1113 Vgl. *Posner*, Antitrust Law, 216.

1114 S. exemplarisch die Darst. auf 163 ff.

1115 Vgl. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 136, betr. indirekten Nachweis einer Verdrängungsabsicht, weiterf. hierzu 292 ff.

1116 *Haucap/Kruse*, PdW 2004, 337 ff., 343, 346 f.

1117 Weiterf. 27 ff.; zur beschränkten Belastbarkeit dieses Ansatzes, vgl. 29; dem ursprünglich deskriptiven Erklärungsansatz kommt damit insofern ein normativer Gehalt zu, als ein Abweichen von ihm als „unplausibel" mit den dargestellten Folgen qualifiziert wird; s. die Nachweise bei *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 701 auf 167 f.; *Posner*, Antitrust Law (1976), 188 f. auf 170 f.; vgl. die weitere auf 163 ff. zit. Lit.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Formulierung von „meaningful and workable tests“[1118] zur Offenlegung von definitionsgemässem *predatory pricing* der Tatsache Beachtung zu schenken, dass ein abstraktes Kostenart-Kriterium derart (tief) zu liegen kommen müsste, als seine Höhe generell nicht als gewinnmaximierend gelten kann. Andernfalls wird es darüber hinaus der inhärenten „Intentionsfiktions-Funktion“ nicht gerecht werden und produziert mithin eine übermässige Anzahl Fehler erster Ordnung.[1119]

b) Above-cost predatory pricing

aa) Gegenstand

Ein strategisches Behinderungsverhalten mittels einer Preissetzung oberhalb der eigenen (totalen) Kosten erweist sich gegebenenfalls durchwegs als möglich, wenn das marktmächtige Unternehmen ökonomisch effizienter i.e.S. als der gegenwärtige respektive potenzielle Mitbewerber ist.[1120] Diesfalls setzt es den Preis zwischen den eigenen Kosten und jenen des Konkurrenten.[1121]

Es besteht ein breiter Konsens, dass eine Preissetzung unterhalb eines (wie auch immer gearteten) die totalen Kosten übersteigenden Kostenmassstabs zumindest nicht *per se* als unzulässiges *predatory pricing* erklärt werden sollte.[1122] Andernfalls müsste einem derart gesetzten Preis durchwegs zumindest *a priori* die Eigenschaft zur kurzfristigen Gewinn-

---

1118 Vgl. *Areeda/Turner*, *ibid*., 699 auf 167.

1119 Zur Fehlerkategorisierung s. 108 f.; zu den diesbezüglichen Implikationen für die Feststellung von „above-cost predatory pricing“ sowie *predatory pricing* mit einer Preissetzung zwischen den AVC und ATC resp. AAC und LAIC mittels Nachweises einer strategischen Intention s. sogleich 258 ff.

1120 Zur ökonomischen Effizienz i.e.S. s. 53 f.; zur Kosten-Preis-Verhältnis-Unabhängigkeit des *predatory pricing* s. 254 f., m.w.Verw.

1121 *Edlin*, 111 Yale L.J. 941 (2002), 956, mit dem Hinw. dass unter der Modellannahme der perfekten Information diesfalls gar kein Markteintritt und mithin keine „predation“ erfolgen würde; zum dadurch im mikroökonomischen Grundmodell eintretenden Wohlfahrtsverlust, sofern die ökonomischen Kosten des Mitbewerbers unterhalb der Monopol- resp. Oligopolpreises des marktmächtigen Unternehmens liegen, vgl. 51 f.

1122 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 442, 446; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 337 f., 340 ff.; *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 706 auf 167 f.; *Bolton/Brodley/Riordan*,

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

maximierung abgesprochen werden;[1123] darüber hinaus würde eine dergestaltige Regel bedingen, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen infolge dieser Preissetzung eine strategische Intention unterstellt würde.[1124]

Gleichwohl sind in der Lehre mögliche Vorgehensweisen identifiziert worden, wie das zulässige Reaktionsverhalten von marktmächtigen Unternehmen auf neu eintretende Unternehmen festgelegt werden könnte, damit sich potenziell aus erhöhtem Wettbewerbsdruck ergebende, positive Wohlfahrtseffekte tatsächlich oder wenigstens im Ergebnis perpetuieren:[1125] Sie bezwecken einerseits, neu eintretende Unternehmen mittel- bis langfristig im Markt verbleiben zu lassen, damit jene im Anschluss an die zwischenzeitlich getätigten Lerneffekte respektive nach Amortisation ihrer Markteintrittskosten die eigene ökonomische Effizienz i.e.S. steigern können. Hierfür wird dem marktmächtigen Unternehmen wahlweise für einen gewissen Zeitraum (etwa für 12 bis 18 Monate) die Erhöhung der Produktionsmenge[1126] oder die Senkung des Preises respektive eine Optimierung des Marktguts untersagt.[1127] Andererseits ist vorgeschlagen worden, das marktmächtige Unternehmen langfristig zur Beibehaltung einer Preissenkung zu verpflichten; trotz (allfälliger) Verdrängung der Konkurrenz würde auf dem Markt damit ein „als-ob-Wettbewerb"-Preisniveau bestehen bleiben.[1128]

Bereits an anderer Stelle wurde bemerkt, dass die Inkrimination von „above-cost price cuts" der Anwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs entspricht.[1129] Soweit Überlegungen im Sinne der dargestellten Vorge-

---

88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2273 auf 172 f., Fn. 724; *Posner*, Antitrust Law, 194 f. auf 173 f.

1123 Dies erscheint umso unglaubhafter, wenn man sich die ökonomische Rationalität selbst von „unter-Kosten"-Verkäufen vergegenwärtigt, s. 272 ff.; zur Möglichkeit der Rechtfertigung s. 137 ff.; *EuGH*, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Tz. 40 – *Post Danmark.*

1124 Zur Verwendung der Unterschreitung der kurzfristig gewinnmaximierenden Preishöhe als Kriterium der Intentionsfiktion s. soeben 256 ff.

1125 Vgl. *Elhauge*, 112 Yale L.J. 681 (2003), insb. 701 f., welcher deren Eignung im Ergebnis wohl überzeugend verneint.

1126 *Williamson*, 87 Yale L.J. 284 (1977), 290 ff.

1127 *Edlin*, 111 Yale L.J. 941 (2002), 965 ff.

1128 *Baumol*, 89 Yale L.J. 1 (1979), 2 f.; s. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 336 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 402 ff.

1129 S. 206 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hensweisen „regulatorischen Geist“[1130] atmen, kann auf die in jenem Zusammenhang erfolgte Würdigung umfassend verwiesen werden: Die sinnvollerweise nur einzelfallweise durchführbare Konkretisierung ist der Rechtssicherheit in hohem Masse abträglich.[1131] Darüber hinaus sind solche Massnahmen im Rahmen einer kartellrechtlichen *ex post*-Aufsicht jedenfalls mit Abstellungsanordnungen nach Art. 7 VO 1/2003 lediglich sehr eingeschränkt vereinbar;[1132] gerade bei der Liberalisierung von Monopolmärkten ist eine regulierungsrechtliche Herangehensweise vorzugswürdig.[1133]

Denkbar scheint hingegen, dass bei der Inkrimination von „above-cost predatory pricing“ die Unzulänglichkeiten dieser quasi-regulatorischen REC-Bestimmung umgangen werden können, wenn – wie in der sogleich dargestellten Unionsrechtsprechung – vermehrt auf die konkrete Motivation des Marktbeherrschers abgestellt wird. Bei einem solchen Vorgehen entfällt zum einen die Notwendigkeit einer fingierten Intention,[1134] zum anderen gerät die Bestimmung des exakten Preishöhen-Massstabs in den Hintergrund:[1135] Es erfolgt nämlich allem Anschein nach zumindest implizit eine „spiegelbildliche“ Fiktion hinsichtlich der Nichteinhaltung einer kurzfristigen Gewinnmaximierung aufgrund des Nachweises von „illegitimen“ unternehmerischen Absichten.[1136]

bb) Rechtsprechung

In der Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV sind auch Verhaltensweisen als missbräuchlich eingestuft worden, welche Preissetzungen oberhalb der to-

---

1130 Zum Begriff vgl. 196 f.
1131 S. 209 ff.
1132 Vgl. 198 ff., mit Relativierungen.
1133 Vgl. 196.
1134 Diese erscheint generell bei kostendeckenden Preisen wenig glaubhaft, s. soeben im Text bei Fn. 1123 f. mit Verw.
1135 Inhaltsreiche Kriterien für dessen abstrakte Bestimmung fehlen weitgehend, zumal eine Preissetzung oberhalb der Kosten „normally [is a response] to acceptable economic incentives and thus is not [an engagement] in predatory behavior“, vgl. *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 701 auf 167.
1136 Zur kritischen Beurteilung des Abstellens auf subjektive Elemente s. Fn. 1112; weiterf. zur Bedeutung der Absicht beim unionsrechtlichen und schweizerischen Missbrauchsverbot s. 299 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

talen Kosten zum Inhalt hatten:[1137] In *Hilti* wurden ebensolche Preise als Teil einer umfassende Marktabschottungsstrategie angewandt;[1138] *Irish Sugar* betraf gleichfalls eine „systematische Verfahrensweise", mit welcher die Abschottung eines nationalen Marktes bezweckt war;[1139] in *Compagnie Maritime Belge* orientierte sich ein Kartell mit kollektiv „überaus dominante[r] oder quasi monopolähnliche[r] Stellung" systematisch bei seiner Preisgestaltung an der Leistungskraft der verbliebenen Konkurrenz und steigerte darüber hinaus seine Angebotsmenge.[1140]

Die Ausführungen haben einigermassen kasuistischen Charakter, weswegen sich auch ihre Systematisierung im Hinblick auf die Inkrimination von „above-cost"-Preissetzungen beim unionsrechtlichen Behinderungsmissbrauchsverbot schwierig gestaltet. In der Lehre erfolgt regelmässig eine einschränkende Auslegung dahingehend, dass auf die den Sachverhalten zugrunde liegenden „besonderen Umstände"[1141] respektive die „sehr spezifischen Fallkonstellationen"[1142] verwiesen wird, sodass nur „limited situations in which prices above ATC (and presumably, where applied, LRAIC) may be abusive", bestehen würden.[1143] *Wurmnest* synthetisiert als qualifizierende Umstände die Sachverhaltselemente der zitierten

---

1137 Siehe bereits *Kommission*, Entscheidung v. 14.12.1985, ABl. 1985, L 374/1, Tz. 79 – *ECS/AKZO*, zit. in Fn. 1103; anders der *Supreme Court* in *Brooke Group Ltc. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U. S. 209, 223 (1993), mit Verw. auf *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co*., 495 U. S. 328, 340 (1990), welcher in einem *obiter dictum* „above-cost prices that are below general market levels or the costs of a firm's competitors", generell als zulässig erklärt hat.

1138 *Kommission*, Entscheidung v. 22.12.1987, ABl. 1988 L 065/1919 ff. – *Hilty*; *EuG*, Urt. v. 12.12.1991, Rs. T-30/89 – *Hilti*.

1139 *Kommission*, Entscheidung v. 14.5.1997, ABl. EG 1997 L 258/1 ff., insb. Tz. 133 – *Irish Sugar*; *EuG*, Urt. v. 7.10.1999, Rs. T-228/97 – *Irish Sugar*; vgl. *EuGH*, Urt. v. 10.7.2001, Rs. C-497/99 – *Irish Sugar*.

1140 *Kommission*, Entscheidung v. 23.12.1992, ABl. EG L 34/20 ff. – *Compagnie maritime belge*; *EuG*, Urt. v. 8.10.1996, verb. Rs. T-24/93, T-25/93, T-26/93 u. T-28/96 – *Compagnie maritime belge*; *EuGH*, Urt. v. 16.03.2000; verb. Rs. C-395/96 u. C-396/96 – *Compagnie maritime belge*; s.a. die Umschreibung in *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Tz. 81 – *TeliaSonera.*

1141 *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 536 zu Art. 102 AEUV.

1142 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 467.

1143 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 340; ähnlich *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 303; jedenfalls ist aufgrund der gegenständlichen Rspr. aber eine apodiktische Auslegung der zeitlich frühe-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsprechung: Selektivität der „above-cost"-Preise, besonders hoher Grad an Marktmacht[1144] sowie „konsistente[r] Gesamtplan zur Verdrängung, Disziplinierung oder Abschreckung eines aktuellen oder potenziellen Rivalen";[1145] die Preissetzung sollte dabei „lediglich die Wirkung anderer wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen verstärken".[1146]

In Bezug auf letztere beiden Kriterium bemerken *O'Donoghue* und *Padilla* zutreffend, dass diese „range of other exclusionary measures [...] is cumulative evidence of abuse as part of a plan to eliminate a rival".[1147] Das Zusammentreffen mehrerer missbräuchlicher Verhaltensweisen macht mithin eine „above-cost"-Preissetzung nicht *per se* unzulässig, sondern dient nach der Rechtsprechung dem Nachweis einer konkreten strategischen Intention.[1148] Es ist darüber hinaus festzustellen, dass alsdann der tatsächlichen „above-cost"-Preishöhe nurmehr sehr beschränkte Bedeu-

---

ren Rspr. des *EuGH* in *AKZO* widerlegt, wonach im Sinne eines Umkehrschlusses Preise oberhalb der ATC immer zulässig sein müssten, vgl. *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 72 – *AKZO*; entsprechend *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 118; weiterf. zum „safe harbour" bei einer Überkosten-Preissetzung s. 392.

1144 Die Stärke der marktbeherrschenden Stellung stellt nach *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 1. Lemma, ein allgemeiner Faktor zur Beurteilung der Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung infolge missbräuchlichen Verhaltens dar; zur Bedeutung der Marktstruktur vgl. auch *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 228 f. zu Art. 7 II LCart; weiterf. *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 242 ff., welcher in *EuGH*, Urt. v. 16.03.2000; verb. Rs. C-395/96 u. C-396/96, Tz. 116 – *Compagnie maritime belge*, andeutungsweise den Nachweis einer beschränkten Marktbestreitbarkeit infolge Wechselkosten ausmacht.

1145 Entsprechend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 536 zu Art. 102 AEUV; weiterf. 288 ff. u. 299 ff.

1146 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 468 f., mit Verw. auf die Unvollständigkeit dieser Kriterien; vgl. *EuGH*, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Tz. 44 – *Post Danmark*, wonach eine „tatsächliche[...] oder wahrscheinliche[...] Verdrängung [...] zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen" nachzuweisen ist, was eine imperfekte Marktbestreitbarkeit indiziert (vgl. schon 48 f. u. 176).

1147 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 342.

1148 Möglicherweise missverständlich betr. das schweizerische Recht (weiterf. sogleich im Text) insofern *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 379 zu Art. 7: „[Preisunterbietungen über den ATC] sollten gestützt auf Art. 7 [KG] nur verboten werden, wenn sie mit weiteren missbräuchlichen Verhaltensweisen einhergehen", mit Verw. auf die korrespondierende Stelle als Beleg in der Vor-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tung verblieben ist: Es wurden insbesondere keine Kosten-Preis-Vergleiche anhand einer konkreten, über den ATC liegenden Kostenart durchgeführt.[1149]

Der *EuGH*-Rechtsprechung im Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark* ist im Übrigen hinsichtlich der potenziellen Missbräuchlichkeit von „above-cost predatory pricing" keine Änderung zu entnehmen: Dem inkriminierten Unternehmen konnte *in casu* insbesondere keine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden.[1150] Wie *Bien* und *Krah* auf dieser Grundlage der Tz. 36 der Entscheidung die Aussage: „as regards predatory pricing: [...] ATC are a definite ‚safe harbour', above which prices are not predatory in any case", abgewinnen können,[1151] erschliesst sich *m.E.* ungenügend.[1152]

---

aufl. v. *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*; zu den vielfältigen Konkurrenzfragen s. *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 267 ff. zu Art. 102; *Eilmansberger/Bien*, *ibid.*, N 629 ff. zu Art. 102 AEUV.

1149 Die zentrale Bedeutung des Nachweises einer strategischen Intention in der unionsrechtlichen Beurteilung von „above-cost price cuts" betont auch *Edlin*, Predatory Pricing, in: Elhauge (Hrsg.), 144 ff., 155 f.

1150 *EuGH*, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Tz. 13, 17 u. 29 – *Post Danmark*; GA *Mengozzi*, Schlussanträge v. 24.5.2011, Rs. C-209/10, Tz. 94 f. – *Post Danmark*, mit dem Hinw., dass den Akten darüber hinaus keine „überragende[...] herrschende[...] Stellung" zu entnehmen sei.

1151 *Bien/Krah*, ECLR 2012, 482 ff., 483 f.; einschränkend aber *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 536 zu Art. 102 AEUV.

1152 Diese Aussage findet auch keine Stütze in der Prioritätenmitteilung der *Kommission*, vgl. *ibid*., Tz. 65: „Das *sacrifice*-Konzept bezieht sich jedoch nicht nur auf Preise unterhalb der AAC [...]. Um eine Kampfpreisstrategie nachzuweisen, kann die Kommission auch untersuchen, ob das mutmassliche Kampfpreisverhalten kurzfristig zu einem niedrigeren Nettoertrag geführt hat, als er bei einem vernünftigen anderen Verhalten zu erwarten gewesen wäre" (Hervorh. im Original) sowie *ibid*., Tz. 67: „Normalerweise werden ebenso effiziente Wettbewerber nur durch Preise unterhalb der LRAIC vom Markt ausgeschlossen" (Hervorh. d. Verf.), s.a. *ibid*., Tz. 23 ff., insb. Tz. 24; entsprechend *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 252, mit Verw. auf *Adam/Maier-Rigaud*, ZWeR 2009, 131 ff., 138; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 303; s.a. *Lundqvist/Skovgaard Ølykke*, ECLR 2013, 484 ff., 485 f. u. insb. Fn. 11: „[T]he no[n]-existence [of] anti-competitive effect or exclusionary effect[...] does not make the dominant firm immune from a finding [...] of exclusionary abuse if the dominant firm's conduct is not competition on the merits"; ähnlich wie *Bien* und *Krah*, *ibid*. aber *O'Grady*,

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Hinblick auf das schweizerische Behinderungsmissbrauchsverbot bemerkte die *Botschaft*, dass „es [...] nicht unbedingt erforderlich [ist], dass die Kampfpreise unter den Selbstkosten liegen".[1153] Die *WEKO* hat in *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* auf zitierte Stelle verwiesen und gleichzeitig die Bedeutung einer strategischen Intention unterstrichen.[1154] In besagtem Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen wurde in der Folge eine Preissetzung oberhalb der Kosten konstatiert; es wurde die Möglichkeit einer Preisanhebung nach der Verdrängungsphase als „fraglich" bezeichnet sowie auf noch tiefere Angebotspreise der ausländischen Konkurrenz verwiesen, weswegen „[e]ine ‚Predatory Pricing'-Strategie [...] unwahrscheinlich [scheint]".[1155]

Die schweizerische Rechtsprechung erweist sich damit gleichsam als dürftig.[1156] *M.E.* ist eine Interpretation dahingehend zulässig, dass bei der Beurteilung von „above-cost"-Preissetzungen – in Übereinstimmung mit dem im Unionsrecht identifizierten Ansatz – schwergewichtig auf den Nachweis einer strategischen Intention abzustellen ist.[1157] Dem Entscheid *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* kann weiter entnommen werden, dass die *WEKO* hierbei auch die im konkreten Einzelfall bestehenden Chancen zur Wiedereinbringung der aufgewendeten Opportunitätskosten als Indiz berücksichtigen will.[1158] Dieses Vorgehen wird in der Schweiz von der wohl

---

37 World Comp. 459 (2014), 485; weiterf. zum *sacrifice*-Test der Kommission s. sogleich 269 f.

1153 Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 574.

1154 *WEKO*, RPW 2004/4, 1002 ff., Tz. 50 – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*: „Auch Preise unter dem Einstandspreis beziehungsweise den Selbstkosten sind aus der Sicht des KG nur dann unzulässig, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat" (Hervorh. d. Verf.), womit schon aufgrund grammatikalischer Auslegung eine strategische Intention bei Preisen über den Selbstkosten ebenfalls missbrauchskonstitutiv sein muss.

1155 *WEKO*, RPW 2004/4, 1002 ff., Tz. 53 f. – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*; s.a. *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 207 zu Art. 7 II LCart.

1156 Zum in fraglicher Hinsicht unklaren *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 453 – *Swisscom ADSL II* weiterf. 286 f.

1157 „Above-cost predatory pricing" stellt insofern im Übrigen wohl eher kein eigentliches „Rätsel für die Kostenanalyse" (vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 379 zu Art. 7) dar, als für deren Nachweis auch in der Schweiz kein Kosten-Preis-Vergleich anhand einer konkreten Kostenart oberhalb der ATC durchgeführt würde.

1158 S. *WEKO*, RPW 2004/4, 1002 ff., Tz. 53 – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*, soeben im Text.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

h.L. als Beleg für die konstitutive Bedeutung des *recoupment*-Kriteriums (auch) bei der Beurteilung von Unterkosten-Preissetzungen angeführt.[1159]

c) Below-cost predatory pricing

aa) Vorbemerkungen

Die vorhergehenden Ausführungen haben gezeigt, dass kein Kostenmassstab oberhalb der durchschnittlichen Vollkosten bestimmt werden kann, dessen Unterschreitung *per se* die Fiktion einer strategischen *predatory pricing*-Intention zulässt.[1160] Bei der nachfolgenden Betrachtung der „below-cost"-Massstäbe ist im Hinblick auf die Eruierung eines entsprechenden Kriteriums zwischen kurz- und langfristigen Kostenarten zu unterscheiden;[1161] ein besonderes Augenmerk ist vordringlich bei ersteren Kostenarten darauf zu legen, inwieweit sich möglicherweise ein Vergleich (lediglich) mit den kurzfristigen Preisen als zweckmässig erweist.[1162]

bb) Vergleich mit kurzfristiger Kostenart

(1) Gegenstand und Rechtsprechung

Eine Preissetzung unterhalb der SMC ist mit einer kurzfristigen Gewinnmaximierung als unvereinbar identifiziert worden; zumal die Grenzkosten kaum je bestimmbar sind,[1163] wurden die AVC respektive die AAC als Stellvertreter propagiert.[1164] Die neuere Lehre spricht sich überwiegend für ein Abstellen auf die AAC aus.[1165] Als Gründe werden die tatsächli-

---

1159 Weiterf. zum *recoupment*-Kriterium, mit abweichender Auffassung, s. 304 ff.
1160 S. soeben 254 f. u. 258 ff.
1161 S. 36 ff.
1162 Zur Identifikation der Preisarten Voll- sowie kurzfristiger Preis s. 229 f.
1163 S. 215 mit Verw.
1164 S. die Nachweise auf 163 ff., teilw. mit Relativierungen; vgl. auch *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 474 f. mit Verw.
1165 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 211 zu Art. 102 AEUV; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 392 ff. u. 413; *Motta*, ECLR 2009, 593 ff., 597; vorsichtig *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 304, welche die Bedeutung der im konkreten Fall

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chen Schwierigkeiten bei der Unterscheidung von fixen und variablen Kosten angeführt;[1166] die AAC kommen den MC des Weiteren näher, da sie „all costs that could have been avoided had the defendant not made the predatory sales, whether fixed or variable" beinhalten;[1167] auch können sich die AVC als unpraktikables Kriterium in Industrien mit hohen Fixkosten erweisen, wenn sie folglich annähernd Null betragen;[1168] darüber hinaus bemerkt etwa *Ridyard*: „Many economists favour an avoidable cost standard, for the simple reason that firms should only be required to price according to variables that they can control (i.e. *avoid*)".[1169]

In der grundlegenden *AKZO*-Entscheidung hatte der *EuGH* als unteren Beurteilungsmassstab in Anlehnung an die ältere Lehre auf die AVC abgestellt. Er hielt fest, dass „Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten [...] liegen und mit deren Hilfe ein beherrschendes Unternehmen versucht, einen Konkurrenten auszuschalten, [...] als missbräuchlich anzusehen [sind]".[1170] In *Tetra Pak* urteilte er mit Bezugnahme auf *AKZO*, dass „Preise, die unter den [AVC] liegen, stets als missbräuchlich anzusehen"

---

verfügbaren Daten hervorheben; abweichend für das schweizerische Recht: *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 357 ff. u. 378 zu Art. 7, welche die Unzulänglichkeiten der AVC-Kostenart zwar benennen, aufgrund „der im Bereich des *predatory pricing* ohnehin schon strapazierten Rechtssicherheit" indes nicht von einer „ständigen Praxis der Weko" abweichen wollen; für ein inkriminiertes Unternehmen ist der Wechsel zu den AAC jedenfalls nicht nachteilig, zumal jene zumindest der AVC-Höhe entsprechen und bei Vorliegen von FIC gar darüber liegen, s. 34 f.; *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 26 Fn. 2; s.a. deren Verw. in *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1036 ff. – *Intel*; „Rechtssicherheit" schafft darüber hinaus freilich auch eine dem Unionsrecht entsprechende Auslegung (vgl. hierzu 158), umso mehr als die einschlägige schweizerische Praxis eher dürftig ist; zur nunmehr wohl ohnehin eingeschränkten Bedeutung des AVC- resp. AAC-Kriteriums, schliesslich sogleich im Text.

1166 Weiterf. 216 f.

1167 *Bolton/Brodley/Riordan*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2271 f.

1168 Vgl. *Bolton/Brodley/Riordan*, *ibid.*, 2272, mit dem Hinw., dass diesfalls auch die AAC teilweise unbehelflich sind, weiterf. 283 f.

1169 *Ridyard*, ECLR 2009, 230 ff., 232 (Hervorh. im Original).

1170 *EuGH*, Urt. v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, LS 7 u. Tz. 71 – *AKZO*, mit dem Hinw., dass „ein beherrschendes Unternehmen [...] nämlich nur dann ein Interesse [hat], derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben, denn jeder Verkauf bringt für das Unternehmen einen Verlust in Höhe seiner gesamten Fixkosten [...] und zumindest eines Teils der variablen Kosten je produzierte Einheit mit sich".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sind, sowie „[d]ie Absicht, die Konkurrenten auszuschalten, [...] [bei Preisen weit unter den AVC] nicht nachgewiesen zu werden [braucht]“.[1171] In *France Télécom* hielt der *EuGH* – wiederum mit Verweis auf *AKZO* – nunmehr fest, derartige Preise seien „grundsätzlich als missbräuchlich anzusehen“.[1172] Die zitierte Rechtsprechung findet als Bestandteil der sogenannten „*AKZO*-Formel“[1173] auch aktuell noch dahingehende Deutung, dass „Preise, die unter den [AVC] liegen, missbräuchlich sind“.[1174]

An dieser Stelle sollen nicht die Implikationen einer „grundsätzlichen“ Missbräuchlichkeit infolge Unterschreitens der AVC thematisiert werden,[1175] sondern die Dichotomie zwischen der wiedergegebenen „*AKZO*-Formel“ und der *AKZO*-Rechtsprechung: Der zweite Teilnebensatz der zitierten Stelle verweist auf die Zuhilfenahme einer die AVC unterschreitenden Preissetzung zum Versuch der Konkurrenz-Ausschaltung[1176] und betont damit die Bedeutung der voluntativen Komponente in einer Weise, welche die Fiktion einer strategischen Intention nicht ohne Weiteres zulässt. Die Realität gibt dem Original insofern recht, als Gründe „consistent with an interest in efficiency“ ersichtlich sind, eine Preissetzung unterhalb

---

1171 *EuGH*, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94, Tz. 41 f. – *Tetra Pak* (Hervorh. d. Verf.).

1172 *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 109 – *France Télécom* (Hervorh. d. Verf.); eine Rechtfertigungsmöglichkeit einräumend im Übrigen auch die Formulierung in *ibid*., Tz. 111; s.a. die wortgetreue Darst. der Rspr. in *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 27 – *Post Danmark.*

1173 Zur Beurteilung von Preissetzungen zwischen der AVC und der ATC nach der „*AKZO*-Formel“ s. 278 ff.

1174 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 105 u. N 234 zu Art. 102 AEUV; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 522 zu Art. 102 AEUV; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 49: „stets missbräuchlich“; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 301: „regarded as abusive“; zutreffender im Übrigen *WEKO*, RPW 2004/4, 1002 ff., Tz. 50 – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*: „[Es] darf im Sinne der EU-Praxis sowie einer natürlichen Vermutung davon ausgegangen werden, dass Preise unter den kurzfristigen durchschnittlichen variablen Kosten grundsätzlich missbräuchlich sind“.

1175 Zu den Möglichkeiten der Rechtfertigung eines *prima facie* behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens s. 137 ff.

1176 *EuGH*, Urt. v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, Tz. 71 – *AKZO*: Der fragliche Wortlaut lautet in der verbindlichen niederländischen Fassung: „en warmee een onderneming met een machtspositie een concurrent tracht uit te schakelen“, in der englischen Fassung: „by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor“; die franz. Fassung ist entsprechend.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der AVC vorzunehmen.[1177] Es ist mithin nur folgerichtig, dass der apodiktische Wortlaut der Tz. 41 von *Tetra Pak* zumindest in der *EuGH*-Rechtsprechung wieder einer vorsichtigeren Formulierung gewichen ist.[1178]

Darüber hinaus ist bedenkenswert, ob die *AKZO*-Rechtsprechung hinsichtlich des unteren Beurteilungsmassstabs – jedenfalls nach dem Dafürhalten der *Kommission* – nicht *aus zweierlei Gründen* als obsolet zu betrachten ist: In der Prioritätenmitteilung propagiert sie einerseits – neben den LAIC[1179] – die AAC als „Bezugspunkt" zur Klärung, „ob selbst ein hypothetischer, ebenso effizienter Wettbewerber durch das betreffende Verhalten vom Markt ausgeschlossen werden könnte";[1180] sie beschränkt offenbar andererseits in der Folge deren funktionalen Anwendungsbereich.[1181]

1177 Weiterf. hierzu sogleich 272 ff.; s. die inhaltlich abweichende Formulierung bei *Posner* hinsichtl. die Unterschreitung von SMC in Antitrust Law (1976), 188 f. auf 170; vgl. der kritische Hinw. schon von *Greer*, 24 Antitrust Bull. 233 (1979), 252: „[The Areeda-Turner-Test] contains a universal rejection of evidence that is relevant, frequently reliable, and perhaps even indespensable to an accurate determination of predatory conduct, namely, evidence of predatory intent".

1178 Entsprechend *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.306; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 249 f.; vgl. immerhin der auslegungsweise relativierende Hinw. in zit. Tz. 42 von *Tetra Pak*, dass *in casu* ein Absichtsnachweis aufgrund Preisen *weit* unter den AVC entfallen dürfe (vgl. auch *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 110 – *France Télécom*; jedenfalls empfiehlt sich insofern eine Modifikation des fraglichen Teils der „*AKZO*-Formel" (wiederum) hingehend zum Original.

1179 Weiterf. 278 ff.

1180 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25 f.; im Vorabentscheidungsverfahren *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10 – *Post Danmark* hat der Gerichtshof festgestellt, dass die dänischen Wettbewerbsbehörden nicht auf die AVC, sondern auf „inkrementelle Kosten" abgestellt hat (*ibid*., Tz. 31; zur Bestimmung dieser Kostenart weiterf. 281 f.); in der Folge nahm er auf besagte Kosten bei der materiellen Beurteilung der Vorlagefrage expliziten Bezug (*ibid*., Tz. 44); *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 527 zu Art. 102 AEUV vertreten die Auffassung, dass der EuGH weiterhin in den AVC den zentralen Bewertungsmassstab zu sehen scheinen, mit Verw. auf *Bien/Krah*, ECLR 2012, 482 ff., 483; wohl zu recht kritisch *Akman*, 73 Mod. L. Rev. 605 (2010), 620.

1181 Zur Rechtsnatur der Prioritätenmitteilung s. 128 ff.; zu ihren (beschränkten) rechtlichen Wirkungen und (nicht zu unterschätzenden) tatsächlichen Wirkungen s. 132 ff.; letzterem stehe „an increasing trend towards the use of AAC as a

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es ist nämlich insbesondere hinsichtlich der Beurteilung von (Kampf-)Preisunterbietungen als idealtypischer Form des *predatory pricing* zu konstatieren, dass die *Kommission* von der einschlägigen zitierten Rechtsprechung abweicht, indem sie den AAC nunmehr lediglich eine Bedeutung anlässlich eines „*sacrifice*-Test" zukommen lassen will.[1182] Preise unterhalb der AAC werden danach „meistens als klaren Anhaltspunkt für ein ‚Opfer'" respektive eine „kurzfristig bewusst[e] Gewinneinbusse[...]" betrachtet, zumal sie einen „vermeidbare[n] Verlust" darstellen.[1183] Aufgrund solcher Preise *kann* eine strategische Intention fingiert werden; der Nachweis letzterer ist indes (auch) nach Ansicht der *Kommission* nicht darauf beschränkt, sondern kann ebenso indirekt infolge Nichtverfolgen von gewinnbringenderen „wirtschaftlich vernünftige[n] und praktikable[n] Alternativen"[1184] oder aufgrund direkter Beweise wie Schriftstücken gelingen.[1185] Hingegen soll die Unterschreitung der AAC offenbar und zutreffenderweise keine *a priori* Missbräuchlichkeit begründen, wie dies im Zu-

---

relevant benchmark" entgegen, s. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 57.

1182 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 64-66; entsprechend *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.351; abweichend *Rousseva/Marquis*, JECL&P 2013, 32 ff., 37; relativierend die sogleich zitierten Ausführungen in Tz. 26, wonach ein *sacrifice*-Nachweis anhand einer AAC-Unterschreitung zutreffenderweise wohl auch bei anderen Erscheinungsformen des *predatory pricing* angewandt werden kann; vgl. auch *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 7. Lemma, hinsichtlich direkter Nachweise.

1183 *Dies.*, *ibid.*, Tz. 26 u. 64.

1184 Zur Identifikation einer „Ineffizienzrechtfertigung" s. 189 ff.; vgl. die Darst. bei *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 477 f. sowie bei *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.351: „This means that, if the dominant undertaking incurred a loss that it could have avoided by pursuing a rational and practicable alternative which was realistic given the market conditions, the ‚sacrifice' element of the test is met"; der *sacrifice*-Test der Kommission weist damit Ähnlichkeiten mit dem „no economic test" auf, entsprechend *ibid.*, Tz. 4.271; weiterf. nur *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 230; ein derartiger Nachweis kann in der Praxis u.U. schwierig gelingen, vgl. schon 256 ff.; weiterf. sowie generell zum indirekten Nachweis einer strategischen Intention s. 288 ff.

1185 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 65 f., teilw. zit. in Fn. 1152; zur Kosten-Preis-Verhältnis-Unabhängigkeit von *predatory pricing* s. schon 254 f.; alternativ wird auch auf die Möglichkeit hingewiesen, inkrementelle Einkünfte mit inkrementellen Kosten zu vergleichen, s. nur *de la Mano/Nazzini/Zenger*, *ibid.*, Tz. 4.355; weiterf. zum direkten Nachweis einer strategischen Intention: 289 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ge der *AKZO*-Rechtsprechung zeitweise vorgesehen war:[1186] Der *sacrifice*-Test der Kommission bezweckt keinen unmittelbaren Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung.[1187]

Näher an einer zweistufigen Kostenprüfung in Anlehnung an die zitierte *EuGH*-Rechtsprechung bewegt sich die *Kommission* lediglich bei der Beurteilung bedingter Rabatte: Bei effektiven Preisen[1188] unterhalb der AAC sei „in der Regel davon auszugehen, dass [...] ebenso effiziente Wettbewerber vom Markt [ausgeschlossen werden können]".[1189] Sofern der effektive Preis zwischen den AAC und den LAIC liegt, will sie prüfen, ob noch andere Faktoren dafür sprechen, dass sogar ebenso effiziente Wettbewerber am Markteintritt bzw. an der Expansion gehindert werden könnten und hierbei allfällige „realistische und wirksame Gegenstrategien" der Konkurrenz eruieren.[1190] Unklar ist, ob letztere Strategien nicht schon bei der Bestimmung des bestreitbaren Teils der Nachfrage (hätten)

1186 Ebenso *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 291, Fn. 36: „[T]he Commission takes the view that pricing below AAC is not prohibited per se", mit Verw.; s.a. *ibid*., 302; freilich sind mit einer Unterschreitung der AAC in aller Regel aber auch die LAIC unterschritten, s. 37 mit Hinw.

1187 Dies entgegen den Motiven der Verfechter eines eigentlichen (*profit*) *sacrifice*-Tests, weiterf. 341; der *sacrifice*-Test der Kommission begründet mithin bei isolierter Betrachtung kein eigentliches Eingreifkriterium (zum Begriff „Wettbewerbswidrige Marktverschliessung" s. schon 119 ff.), sondern verfolgt den Nachweis einer strategischen Intention resp. „Verdrängungsabsicht", vgl. *Baumol/Ordover/Warren-Boulton/Willig*, Brief of *amici curiae* economics professors to U.S. Supreme Court in *Verizon v. Trinko*, zit. nach *Vickers*, 115 Econ. J. 244 (2005), 253: „tool for assessing willfulness"; *Lommler*, WuW 2011, 244 ff., 248 f.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 231; wohl abweichend *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 245; weiterf. auch 288 ff.

1188 Weiterf. schon 230 ff.

1189 S.a. *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1037 – *Intel*: „If an as efficient competitor is forced to price below AAC, this clearly means that competition is foreclosed because the as efficient competitor incurs losses by making (incremental) sales to customers covered by the dominant firm's conduct".

1190 *Dies.*, Prioritätenmitteilung, Tz. 44; im Diskussionspapier, Tz. 154, hat sich die *GD Wettbewerb* noch dafür ausgesprochen, „to take ATC as the cost benchmark below which the rebate system is considered to lead to an exclusionary effective price".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

berücksichtigt werden (sollen),[1191] und welche Bedeutung ihnen alsdann (nochmals) hinsichtlich der Frage zukommen soll, ob die AAC oder die LAIC die relevante Kostenhöhe darstellen.[1192] Nach Ansicht der *Kommission* sind die AAC damit jedenfalls bei bedingten Rabatten als unterer Beurteilungsmassstab auf funktionell selber Ebene wie die LAIC im Hinblick auf die Beurteilung des (wettbewerbswidrigen) Marktverschliessungspotenzials einer Preissetzung.[1193] Dass gegenständlich auch eine kurzfristige Kostenart herangezogen wird, ist insofern konsistent, als bei der Beurteilung der Nachfragebestreitbarkeit gleichfalls auf einen kurzen Zeithorizont abgestellt wird.[1194] Bei Bündel- und Paketrabatten sowie Preis-Kosten-Scheren stellen nach Ansicht der *Kommission* wiederum die LAIC die alleinige bedeutende Kostengrenze dar.[1195]

Es ist im Ergebnis festzuhalten, dass die *Kommission* entsprechend ihrer Prioritätenmitteilung den kurzfristigen Kostenmassstab AAC bei der Beurteilung von *predatory pricing* lediglich bei bedingten Rabatten sowie im Rahmen der Intentionsfiktion zur Anwendung bringen gedenkt.[1196] Die Frage, „what the Commission will do when prices are in the ‚grey area'

1191 S. schon 237 ff., insb. 242.

1192 *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 238, deutet die Kommission dahingehend, dass „[if the competitors have no ‚realistic and effective counter-strategies', an effective price above AAC but below LAIC] will be considered capable of foreclosing an equally efficient competitor"; wenig befriedigend wäre es für das marktbeherrschende Unternehmen, wenn der einzelfallweise anwendbare Kostenart-Beurteilungsmassstab derart von den potenziellen (regelmässig nicht umfassend bekannten) Reaktionsstrategien der Konkurrenz abhängen würde.

1193 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 45, mit Verw. auf *ibid*., Tz. 27; vgl. *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.446 ff.

1194 Weiterf. 242; zur „Schutzpuffer-Funktion" der AAC-Verwendung infolge bedeutender Schwierigkeiten bei der Bestimmung des effektiven Preises s. 353 f.

1195 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 60 u. 80; *dies.*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 316 ff. – *Telefónica*, mit Verw.; im Übrigen verweist die Kommission bei der Beurteilung des Marktausschliessungspotenzials mittels preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs generell auf die LAIC, s. *dies.,* Prioritätenmitteilung, Tz. 26 i.f.

1196 Entsprechend *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 33; abweichend *Akman*, 73 Mod. L. Rev. 605 (2010), 618: „The Guidance does not express a choice between AAC and LRAIC, which is peculiar if they are to be alternatives"; vgl. die relativierenden Hinw. hinsichtlich der Verwendung einer jeden tiefer als die LAIC zu liegen kommenden Kostenart zum Nachweis der LAIC-Unterschreitung auf 282 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

between AAC and LRAIC", stellt sich demzufolge nach hier vertretener Auffassung denn bloss hinsichtlich der Beurteilung von bedingten Rabatten; bei allen anderen Formen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs gelten grundsätzlich die LAIC als relevanter Beurteilungsmassstab.[1197] Inwieweit die Unionsgerichte insbesondere die Abkehr von der *AKZO*-Rechtsprechung mittragen werden, bleibt zu beobachten.[1198]

(2) Unterschreitung des „kurzfristigen Preises" als Kriterium zur Intentionsfiktion?

In der Literatur sind Fälle identifiziert worden, in welchen sich eine Preissetzung unter den durchschnittlichen variablen respektive vermeidbaren Kosten als wirtschaftlich[1199] erweist, ohne dass damit eine kurzfristige Gewinnmaximierung verbunden wäre. Einleitend ist diesbezüglich zu konstatieren, dass bei einem solchen Vorgehen zweckmässigerweise eine Preisbestimmung vorgenommen wird, welche sich ebenfalls (zumindest annäherungsweise) an einer „kurzfristiger Preis"-Preisart orientiert.[1200] Bemerkenswert ist nämlich, dass die identifizierten Fälle über weite Strecken mit denjenigen deckungsgleich sind, welche im Rahmen der dynamischen Preistheorie durch die Berücksichtigung von Lebenszyklus-, Wettbewerbs-

---

1197 Generell indes für sämtliche Formen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs *Motta*, ECLR 2009, 593 ff., 597: „The Commission adopts a price-cost test (the measures used being [AAC] and [LAIC], similar to AVC and ATC) for pricing abuses [...]. [...] [T]he Communication does not provide guidance on what the Commission will do when prices are in the ‚grey area' between AAC and LRAIC"; entsprechend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 210 zu Art. 102 AEUV; *Ridyard*, ECLR 2009, 230 ff., 231; weiterf. 278 ff.; anzumerken bleibt, dass die „Unsicherheitsspanne" zwischen den AAC und den LAIC gegenüber den *AKZO*-Kostenmassstäben (AVC und ATC) darüber hinaus kleiner wird.

1198 Unbestimmt insofern *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 28 u. 31 – *Post Danmark,* mit ausdrücklicher Bezugnahme auf die *AKZO*-Entscheidung bei der Beurteilung einer Preis-Kosten-Schere, ohne jedoch dessen eigentliche „Formel" wiederzugeben, weiterf. 278 ff.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 527 zu Art. 102 AEUV, mit Verw.: „Der EuGH scheint demnach weiterhin in den traditionellen Kostenkriterien, namentlich den AVC statt der AAC, den zentralen Bewertungsmassstab zu sehen".

1199 Zum Begriff s. schon Fn. 999.

1200 Zu letzterer s. 229 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Kostendynamiken sowie Verbundeffekte Beachtung erfahren.[1201] Mithin handelt es sich um im Rahmen einer Vollpreis-Bestimmung potenziell berücksichtigungsfähige strategische Preiselemente.

Es werden zum einen die für Konsumenten auf gewissen Märkten entstehenden hohen Wechselkosten erwähnt, welche sich etwa aufgrund von Transaktionskosten (beispielsweise Bankkontoschliessungs-Gebühren) und Lernkosten ergeben können;[1202] weiter können Grössenvorteile und Lerneffekte bedeutsam sein: So kann etwa eine kurzfristige Preissenkung das Erreichen der minimalen effizienten Grösse begünstigen und darüber hinaus (weitere) Erkenntniswerte offenbaren; auch Verbundvorteile sind von Belang, bei Vorliegen welcher Folgeeinnahmen durch gesteigerte Outputmengen bei komplementären Gütern durch die Preissenkung erlittene Verluste übersteigen können.[1203] Darüber hinaus können der Überholung oder dem Verfall begriffene Produkte (Obsoleszenz) vorzugsweise bei nächster Gelegenheit auch unter Kosten veräussert werden.[1204] Zur Marktmachterhaltung eignet sich schliesslich die Setzung von „kurzfristigen Preisen" unter den durchschnittlichen kurzfristigen Kosten, welche als Reaktion auf Preissenkungen der Konkurrenz vorgenommen wird. Ein dergestaltiges „meeting the competition" ist mithin zu einem bedeutenden Grad defensiver Natur, jedenfalls soweit das marktbeherrschende Unternehmen im Rahmen eines einseitigen „price war" das wettbewerbliche Preisniveau höchstens „meets".[1205]

Fraglich ist nun aber als Erstes, welche der erwähnten Verhaltensweisen sich für einen Marktbeherrscher – unter Ausschluss von *predatory pricing*-Strategien – bei objektiver Betrachtung sinnvollerweise als wirt-

---

1201 S. 221 f.

1202 Derartige Kosten stellen für das neu eintretende Unternehmen Marktzutrittsschranken dar und können von den bestehenden Marktteilnehmer auch strategisch gesetzt worden sein, etwa mittels der Gewährung bedingter Rabatte, s. *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 79; weiterf. hierzu schon 48 f., mit Verw.; *Heinemann*, Chapter 11: Behavioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), 211 ff., 225.

1203 *Bolton/Brodley/Riordan*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2274 ff.; *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 443 f., wohlgemerkt jedoch hinsichtlich der Bestimmung von Marktbeherrschung; *Goeteyn/Mavroghenis/Piergiovanni*, Predatory Pricing, in: GCLC RP on Article 82 EC, 65 ff., 78.

1204 *Baumol*, 39 J. Law Econ. 49 (1996), 54; *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 475; ausführlich *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 343 ff., mit Hinw. auf weitere denkbare Konstellationen.

1205 S. nur *dies.*, *ibid*., 344 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schaftlich erweisen; in der Folge kann beurteilt werden, ob bei der Setzung von „kurzfristigen Preisen" unterhalb der AAC respektive AVC die Fiktion einer strategischen Intention zulässig ist oder ob deren Unterschreitung lediglich eine Indizwirkung zukommen sollte.

Motta bemerkt hinsichtlich Promotionspreise in zutreffender Weise, dass sich jene für einen Marktbeherrscher zwecks Erlangung von Grössen- und Verbundvorteilen kaum je bezahlt machen: „[I]ts consumers are already locked-in by switching costs and network effects, and presumably it has already reached the minimum efficient scale of production and benefited from learning effects".[1206] Hinsichtlich „meeting the competition" durch eine Preisanpassung unterhalb die kurzfristigen Kosten ist jedenfalls festzuhalten, dass derartige Preise wohl wirtschaftlich sein können, indessen bei objektiver Betrachtung (auch) eine verdrängende Wirkung entfalten.[1207] Dadurch unterscheiden sie sich insofern von komplementären Gütern, als letztere bei einer die beide betroffenen Märkte umfassenden Betrachtung gegebenenfalls insgesamt (kurzfristig) kostendeckend abgesetzt werden können; sofern die Konkurrenten über die Möglichkeit verfügen, in entsprechender Weise dieselben Verbundeffekte zu nutzen, wirken die

---

1206 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 444.

1207 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 139 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 182 – *France Télécom*: Einem marktbeherrschenden Unternehmen steht nicht das Recht zu, seine Preise der Konkurrenz anzupassen, „[insbesondere] wenn dieses Recht dazu führen würde, den Rückgriff auf Verdrängungspreise zu rechtfertigen, die im Übrigen nach dem Vertrag verboten sind"; s.a. *ibid*., Tz. 187; *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 56 – *France Télécom*; *a.M. Goeteyn/Mavroghenis/Piergiovanni*, Predatory Pricing, in: GCLC RP on Article 82 EC, 79; ob ein marktbeherrschendes Unternehmen im Rahmen seiner „besonderen Verantwortung" (s. 101 bei Fn. 382) seine wirtschaftlichen Interessen in verhältnismässigem Umfang verteidigt, ist derart eng mit der Beurteilung der auf dem Markt potenziell eintretenden Verdrängungswirkungen verbunden, dass eine ausgeklammerte Betrachtung erst auf der Stufe Rechtfertigung nicht angemessen erscheint; jedenfalls im Bereich des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchs sollte mithin wohl keine separate *meeting competition defence* bestehen, s.a. *Bulst*, *ibid.*, N 140 zu Art. 102 AEUV, m.w.Verw.; *a.M.* wohl GA *Mazák*, Schlussanträge v. 25.9.2008, Rs. C-202/07, Tz. 95 – *France Télécom*; die Verneinung eines selbständigen Rechtfertigungsgrund soll freilich nicht bedeuten, dass es dem inkriminierten Unternehmen im Rahmen der Beurteilung der *prima facie* Missbräuchlichkeit untersagt sein sollte, den Nachweis zu erbringen, dass seine die kurzfristigen Kosten unterdeckenden Preise keine wettbewerbswidrige Marktverschliessung bewirken; siehe die weiteren Hinw. auf 138 f., Fn. 570.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

auf dem einen Markt erlittenen Verluste diesfalls *in toto* nicht verdrängend. Endlich sind bei kurzfristigen Unterkosten-Preisen infolge Obsoleszenz wohl generell keine strategischen Überlegungen zu konstatieren, welche über einen Restwert-Erlös als „loss minimizing reaction" hinausgehen; insbesondere scheint die zukünftige Entwicklung des Marktes durch solche Aktionen vorwiegend unbeeinflusst.

Demzufolge können für marktbeherrschende Unternehmen bei komplementären Gütern, bei der Anpassung der Preise an die Konkurrenz sowie in Fällen der Obsoleszenz legitim-wirtschaftliche Gründe bestehen, eine die kurzfristigen Kosten unterdeckende Setzung eines „kurzfristigen Preises" vorzunehmen. Nach hier vertretener Auffassung kann eine dergestaltige Unterschreitung der AVC respektive AAC mithin *per se* lediglich als (starker) Indikator für eine strategische Intention gewertet werden; konsequenterweise erscheint eine eigentliche Fiktion insbesondere in Fällen mit einschlägigen Anhaltspunkten und die damit einhergehende Inkaufnahme von Fehlern erster Ordnung als unzulässig.[1208] Sinngemäss bemerken beispielsweise *Goeteyn*, *Mavroghenis*, *Piergiovanni*, *Reed* und *Ridyard*, es erweise sich im Hinblick auf die Preisgestaltung bei komplementären Gütern als zweckmässig, zur anhaltsweisen Eruierung der tatsächlichen Intention einen Vergleich mit den Konditionen der Konkurrenz vorzunehmen: Sollten die Mitbewerber kostenunterschreitende Preise in analoger Weise setzen, seien jedenfalls zusätzliche Indizien für den Nachweis einer *predatory pricing*-Strategie zu fordern, da „[similar pricing practices] is evidence that smaller rivals are choosing to price in this way for reasons other than an expectation of predatory pricing and recoupment".[1209]

1208 So aber noch ausdrücklich *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 109; anderes gilt, wenn der Vollpreis die AAC resp. AVC unterschreitet, weiterf. 278 ff.; selbst bei einem Abstellen auf den „kurzfristigen Preis" erweist sich der *sacrifice*-Test der Kommission (s. soeben 269 f.) als in genereller Weise geeignetes Mittel zur Identifikation einer strategischen Intention, sofern eine Unterschreitung der AAC tatsächlich lediglich „meistens als klare[r] Anhaltspunkt" gewertet wird; der Test führt bei entsprechender Handhabung zu einer umfassenden Einzelfallbeurteilung im Sinne des *more economic approach* (s. 104 ff.); zur Fehlerkategorisierung s. schon 108 f.

1209 *Goeteyn/Mavroghenis/Piergiovanni*, Predatory Pricing, in: GCLC RP on Article 82 EC, 78 f.; nicht unterschätzt werden sollte freilich wohl regelmässig der Anreiz, die Preise von komplementären Gütern in einer mit denjengen des Marktbeherrschers entsprechenden Weise festzulegen, um damit dem Konsumenten eine gewisse Vergleichbarkeit zu bieten; weiterf. zum *recoupment*-Kriterium s. 304 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(3) Nochmals zur angezeigten Vergleichs-Preisart

Die Verwendung einer kurzfristigen Kostenart an sich und umso mehr das Vorgehen der *Kommission* und der *Gerichte* sowie die Auseinandersetzungen in der Lehre[1210] laden zu nochmaligen Überlegungen hinsichtlich der im Rahmen von Kosten-Preis-Vergleichen anwendbaren Preisart und damit der zu berücksichtigenden Preiselemente ein. Es soll abermals eruiert werden, ob gegenständlich lediglich auf diejenigen Preiselemente abgestellt werden sollte, welche kurzfristig realisierbar und mithin nicht strategischer Natur sind; der entsprechende Vergleichsmassstab wäre demzufolge die Preisart „kurzfristiger Preis".

Auf die Implikationen eines solchen Vorgehens wurde bereits an anderer Stelle verwiesen:[1211] Der Vergleich eines „kurzfristigen Preises" mit kurzfristigen Kosten erscheint „reziprok" und die gravierenden Qualifikationsschwierigkeiten hinsichtlich der strategischen Preiselemente entfallen dadurch *hier*. Im Gegenzug wird aber eine in ihrer konkreten Handhabung durch die Kommission und Gerichte über weite Strecken unbestimmte Beweislast für die fraglichen strategischen Preiselemente auf das inkriminierte Unternehmen übertragen.[1212] Letzteres muss alsdann ein möglicherweise legitimes Preissetzungsverhalten im Rahmen eines hierfür leidlich geeigneten Rechtfertigungsschritts verteidigen.[1213]

Im Sinne einer abwägenden Bewertung ist unter diesen Bedingungen *m.E.* zu konstatieren, dass auch bei einem Vergleich mit kurzfristigen Kosten eine *vollständige* Preisbestimmung einschliesslich der berücksichtigungsfähigen strategischen Preiselemente zu erfolgen hat; die Beurteilung der *prima facie* Missbräuchlichkeit unter Ausschluss einer Würdigung der letzteren erscheint unzulässig. Dies sollte umso mehr gelten, als das Kriterium der Reziprozität in seiner tatsächlichen Bedeutung schwerlich zu würdigen, indes vermutungsweise von geringer Substanz ist.

Eine Disqualifizierung der strategischen Preiselemente wäre nach hier vertretener Auffassung folglich nur zulässig, wenn diese bei einem Ver-

---

1210 S. schon die Verw. auf 225 f., 229 f. und 265 ff.

1211 S. 229 f.

1212 Weiterf. 139 ff.

1213 Weder der Rechtfertigungsgrund der objektiven Notwendigkeit noch die Effizienzrechtfertigung scheinen vorliegend wirklich einschlägig, s. 138 u. 142 ff., jew. mit Hinw.; s. aber das Votum für eine solches Vorgehen noch in *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 109 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gleich mit den kurzfristigen Kosten in tatsächlicher Hinsicht durchwegs entweder als nicht berücksichtigungsfähig oder aber unbedeutend taxiert werden könnten.

Erstere Alternative kann bereits insofern ausgeschlossen werden, als die strategischen Preiselemente eben gerade ambivalent und ohne intrinsische Unterscheidungsmerkmale erscheinen; generelle Kriterien für ihre eigenständige Bewertung ohne Rückgriff auf das zu beurteilende Verhalten sind damit wohl nicht ersichtlich sind.[1214] Weiter liesse sich schwerlich begründen, weswegen ein Unternehmen bei seiner Preisgestaltung angehalten sein sollte, die fixen Kosten über strategische Preiselemente zu decken, was bei einer Verpflichtung zur Deckung der VC lediglich durch der Preisart „kurzfristiger Preis" zuzuordnenden Kostenelemente bis zu einem gewissen Grad impliziert wäre.

Betreffend letztere Alternative können den vorgängig identifizierten Situationen wertvolle Anhaltspunkte entnommen werden, wann es sich für ein marktbeherrschendes Unternehmen als möglicherweise wirtschaftlich erweisen kann, die kurzfristigen Preise unterhalb der kurzfristigen durchschnittlichen Kosten zu setzen.[1215] Mit einem derartigen Vorgehen sollten in Fällen von Obsoleszenz zweckmässigerweise kaum strategische Überlegungen hinsichtlich der Realisierung von Folgeeinnahmen verbunden sein: Das Unternehmen ist hier offenbar bestrebt, unter einer gewissen Dringlichkeit einen noch möglichst günstigen Erlös zu generieren, ohne dass in diesem Zuge der Verwirklichung von Grössen- und Verbundvorteilen oder Lerneffekten eine ausschlaggebende Rolle zukommen sollte. Hingegen stellen Reaktionen auf Preissenkungen der Konkurrenz sowie die Preissetzung bei komplementären Gütern geradezu genuine Situationen dar, in welchen von einer kurzfristigen Gewinnmaximierung zwecks Erlangung von Folgeeinnahmen abgesehen wird.

Im Ergebnis ist demgemäss festzuhalten, dass ein „kurzfristige Kosten"-„kurzfristiger Preis"-Vergleich zu kurz greift, um die bei einer Unterschreitung der AAC respektive AVC möglicherweise legitimen unternehmerischen Überlegungen zu reflektieren, welche im Falle einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit ihrer Realisierung als strategische Preiselemente gleichsam Einfluss auf die konkrete Preishöhe nehmen sollten. Auch bei einem Vergleich mit kurzfristigen Kostenarten hat also eine ein-

1214 S. schon 226 ff., m.w.Hinw.
1215 S. soeben 273.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zelfallweise Selektion der *in casu* berücksichtigungsfähigen strategischen Preiselemente zwecks Vollpreis-Bestimmung zu erfolgen – mit sämtlichen hiermit verbundenen Bedenken. Die Kostenart „kurzfristiger Preis" erweist sich infolgedessen – jedenfalls im vorliegenden Kontext – als wenig hilfreich.

(4) Konsequenz hinsichtlich des Kriteriums zur Intentionsfiktion

Das Abstellen auf den Vollpreis bei kurzfristigen Kosten-Preis-Vergleichen hätte *m.E.* namentlich zur Folge, dass bei einer Unterschreitung der AAC respektive AVC die Fiktion einer *predatory pricing*-Intention durchaus zulässig wäre. Diesfalls wären nämlich sämtliche berücksichtigungsfähigen Folgeeinnahmen im Vergleichsparameter „Preis" bereits enthalten;[1216] darüber hinausgehende legitim-wirtschaftliche Gründe für eine Kostenunterschreitung sollten keine mehr bestehen.

cc) Vergleich mit langfristiger Kostenart

(1) Gegenstand und Rechtsprechung

Als (ergänzender) *predatory pricing*-Beurteilungsmassstab wurde eine langfristige Kostenart propagiert.[1217] *Ratio* hierfür ist, dass eine Preispolitik, die fixe wie namentlich versunkene Kosten fortwährend nicht berücksichtigt – und auf diese Weise zu Verlusten führt –, kein Marktgleichgewicht darstellen kann. Ein ebenso effizienter Wettbewerber könnte zu denselben Bedingungen auf Dauer ebenso wenig kostendeckend produzieren.[1218]

1216 Vgl. hierzu schon 226 f. mit Verw.

1217 S. die Hinw. auf 165 ff.

1218 *Joskow/Klevorick*, 89 Yale L.J. 213 (1979), 252; vgl. *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 448; *Paul*, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der „more economic approach", 190, m.w.Verw.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 394, 413; ebenso *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 34; *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 321 – *Telefónica*; *dies.*, Prioritätenmitteilung, Tz. 26 i.f.; zu den Implikationen einer Unterschreitung der langfristigen Kosten, insb. hinsichtlich des Nachweises einer *predatory pricing*-Intention, weiterf. 288 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Der *EuGH* hielt in der grundlegenden *AKZO*-Entscheidung fest, dass „[a]uch Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten – das heisst Fixkosten plus variable Kosten –, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, [...] als missbräuchlich anzusehen [sind], wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat".[1219] In *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* der schweizerischen *WEKO* finden sich entsprechende Ausführungen: „Das KG enthält [...] keine Vermutung, wonach der Verkauf unter dem Einstandspreis beziehungsweise den Selbstkosten wettbewerbsbeschränkend ist. Auch Preise unter dem Einstandspreis beziehungsweise den Selbstkosten sind aus der Sicht des KG nur dann unzulässig, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat".[1220]

Die *Kommission* propagiert in der Prioritätenmitteilung die LAIC als vorrangigen Kostenart-Beurteilungsmassstab.[1221] In der Lehre findet sich mit einer gewissen Regelmässigkeit eine offenbar dahingehende Deutung, dass die LAIC fortan „anstelle" der ATC entsprechend der soeben zitierten *AKZO*-Rechtsprechung verwendet würden.[1222] Es wird in diesem Zusam-

---

1219 *EuGH*, Urt. v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, LS 7 u. Tz. 72 – *AKZO*.

1220 *WEKO*, RPW 2004/4, 1002 ff., Tz. 50 – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*.

1221 S. 176 f.

1222 *Marty*, GREDEG WP No. 2013-26, 18; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 98 f.: „Ersatz", mit Verw. auf *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, wo noch generell auf die AAC sowie die ATC abgestellt wurde (*ibid*., 106 ff.) und lediglich „in cases concerning activities protected by a legal monopoly" sowie „in cases concerning sectors which recently have been liberalised or which are undergoing liberalisation" eine Preissetzung unterhalb der LAIC als „presum[ably] [...] predatory" qualifiziert wurde (*ibid*., Tz. 124 ff.); *Morell*, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, 53; *Akman*, 73 Mod. L. Rev. 605 (2010), 619: „The Commission appears to substitute [AAC and LAIC for AVC and ATC]; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 231; wohl auch *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 211 zu Art. 102 AEUV: „Übergang von den AVC/ATC zu einem AAC/LRAIC-Massstab"; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 290; *Rousseva/Marquis*, JECL&P 2013, 32 ff., 37; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 113; vgl. auch *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 383: „[T]here is an inherent flexibility under the case law since the notion of average total cost is not well-defined under Article 102 TFEU, with both avoidable costs and LRAIC being used".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

menhang auch auf die Vorzüge bei der Bestimmung der LAIC verwiesen: Die schwierige bis unmögliche betragsmässige Aufteilung von echten Gemeinkosten bei den ATC im Falle von Mehr-Produkte-Unternehmen unterbleibt;[1223] ein Beurteilungsmassstab, der die Deckung der ATC-Kostenhöhe und mithin sämtlicher versunkener Kosten verlangt, wird denn auch als „very stringent standard" respektive „aggressive benchmark" bezeichnet.[1224] Die Anwendung der LAIC sei „pragmatisch"[1225] und würde die „kartellrechtlich relevante[n] Kosten präziser erfass[en]"[1226].

Hinsichtlich des funktionalen Anwendungsbereichs der in ihrer Bedeutung erwiesenermassen aufgewerteten LAIC ist freilich eine erhöhte Aufmerksamkeit geboten. Es sind in der Praxis einerseits Tendenzen auszumachen, die LAIC eher „anstelle" der AVC (respektive der AAC) zur Anwendung zu bringen;[1227] es sind andererseits Anstrengungen zur Adaption des LAIC-Kostenmassstabs zu beobachten.[1228] Darüber hinaus ist an die gemäss der *Kommission* nunmehr offenbar generell beschränkte Bedeutung von kurzfristigen Kostenarten bei der Beurteilung von *predatory pricing* zu erinnern.[1229]

In *Deutsche Post AG* verwendete die *Kommission* – soweit ersichtlich erstmalig – die LAIC und zwar unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Tz. 71 der *AKZO*-Entscheidung als „Kosten, die je nach den produzierten

1223 Vgl. schon 37.

1224 *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 448, verweist auf einen überraschenden Markteintritt eines neuen Konkurrenten und resultierende Wettbewerbspreise, welche die Deckung von versunkenen Kosten durch Monopolgewinne nicht mehr erlauben; ein derartiges „meeting the competition" sollte nicht als *predatory* qualifiziert werden; zu darüber hinausgehenden defensiven Preissenkungen s. bereits 272 ff.; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 67; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 97 f.

1225 *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 530 zu Art. 102 AEUV.

1226 *Fuchs/Möschel*, *ibid*., N 211 zu Art. 102 AEUV.

1227 Weiterf. sogleich im Text.

1228 Weiterf. anschliessend 284 ff.

1229 Weiterf. schon 268 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Mengen variieren".[1230] Es erfolgte kein direkter Nachweis der unternehmerischen Motivation.[1231]

In *Post Danmark* präsentierte der *EuGH* in einem Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV anstandslos das Vorgehen der dänischen Wettbewerbsbehörden, welche „nicht den in der Rechtsprechung seit dem Urteil AKZO/Kommission verwendeten Begriff der ‚variablen Kosten' benutzt haben, sondern einen anderen Begriff, nämlich den der von ihnen so genannten ‚inkrementellen Kosten'".[1232] Sogleich ist indessen festzuhalten, dass hierbei auf Kosten abgestellt wurde, „die kurz- oder mittelfristig (in drei bis fünf Jahren) entfallen, wenn Post Danmark [die Dienstleistung] einstellt".[1233] Man mag *O'Donoghue* und *Padilla* dahingehend zustimmen, dass diese Umschreibung aus Sicht des *EuGH* wohl eher „a reference to the AAC standard"[1234] darstellen soll – und notabene ebenfalls eine Bezugnahme auf eine zweistufige Prüfung im Sinne der *AKZO*-Rechtsprechung.[1235] Begrifflich eindeutig ist ersteres einerseits gleichwohl mitnichten und andererseits sollte nicht unbeleuchtet bleiben, dass die Differenz zwischen den gegenständlichen durchschnittlichen „inkrementellen Kosten" und den LAIC *in casu* anscheinend als übergehbar angesehen wurde, zumal – wiederum ohne Beanstandungen durch den *EuGH* – „die ‚durchschnittlichen Gesamtkosten' definiert worden seien als die ‚durchschnittlichen inkrementellen Kosten zuzüglich eines geschätzten Anteils an den allgemeinen Kosten von Post Danmark für Tätigkeiten, die mit der Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes nicht zusammenhängen'".[1236] Letztere „allgemeine Kosten" umschreiben augenscheinlich le-

1230 *Kommission*, Entscheidung v. 20.3.2001, COMP/35.141, Tz. 35 f. – *Deutsche Post AG*; *EuGH*, Urt. v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, LS 7 u. Tz. 71 – *AKZO*; kritisch *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 78: „Fixkosten [sind] von den variablen Kosten schon *per definitionem* nicht erfasst. Eine Erklärung, warum für die Deutsche Post AG ein strengerer Kostenmassstab anzuwenden sei, bleibt die Kommission schuldig".

1231 S. die Hinw. auf 293.

1232 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 31 – *Post Danmark*.

1233 *Ibid*.

1234 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 305.

1235 Vgl. schon die Hinw. auf 266 f.; zum Einfluss des Untersuchungszeitraums auf die AVC resp. AAC s. im Übrigen 312 f.

1236 *EuGH*, *ibid*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diglich echte Gemeinkosten.[1237] Im Ergebnis legt dies nahe, dass die dänischen Wettbewerbsbehörden als unteren Beurteilungsmassstab im Sinne der *AKZO*-Rechtsprechung eine den LAIC entsprechende Kostenhöhe zur Anwendung bringen gedachten. Die Preissetzung des inkriminierten Unternehmens erfolgte im Übrigen „nachweislich nicht zum Zweck der Verdrängung eines Wettbewerbers".[1238]

In *Telefónica* sprach sich die *Kommission* ebenfalls für die LAIC als „the relevant cost measure for the assessment of a margin squeeze in the telecommunications sector" aus.[1239] Sie verweist auf die diesbezügliche konstante Rechtsprechung bei der Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren.[1240]

Zu vermerken ist ausserdem, dass die Unterschreitung einer Kostenart-Höhe freilich gleichfalls *mittelbar* infolge Unterschreitens jeder tiefer zu liegen kommenden Kostenart nachgewiesen kann. Die *Kommission* hat in *Intel* auf den „conservative cost measure" AAC abgestellt. Sie hielt fest: „Other cost benchmarks which also take into account fixed cost elements may be more appropriate. However because ability to foreclose as efficient competitors can in this instance be shown already using AAC, it is not necessary to further look into what the correct cost benchmark is for the case".[1241] Damit soll nun nicht impliziert werden, dass die Kommission in diesem konkreten Fall die LAIC für „korrekt" gehalten hätte: (Gerade und besonders) bei bedingten Rabatten betont sie in der Prioritätenmit-

---

1237 S. *ibid*., Tz. 32; die totalen Kosten abzüglich der echten Gemeinkosten ergeben aber *per definitionem* sämtliche (langfristigen) inkrementellen Kosten (s. 36 f.) resp. die „Kosten, die kurz- oder mittelfristig (in drei bis fünf Jahren) entfallen, wenn Post Danmark [die Dienstleistung] einstellt", bloss, wenn nach drei bis fünf Jahren keine Kosten mehr anfallen würden; darüber hinaus wurde gemäss *ibid*., Tz. 33 den „inkrementellen Kosten" ergänzend „allgemeine variable Kosten" zugerechnet, deren Qualifikation über weite Strecken unklar, überwiegend aber wohl unechte Gemeinkosten darstellen; zur Unterteilung in echte und unechte Gemeinkosten s. schon 34 u. Fn. 46.

1238 *Ibid*., Tz. 18, 1. Vorlagefrage u. Tz. 29.

1239 *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 318 – *Telefónica*.

1240 *Ibid*., Fn. 295; zustimmend *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 80.

1241 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1037 u. Fn. 1055 – *Intel*; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.470; zustimmend auch *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 83.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

teilung die Bedeutung der AAC;[1242] auch *m.E.* kann den bei der Bestimmung des „effektiven" Preises auftretenden Hebelwirkungen infolge Nachfrage-Nichtbestreitbarkeit, den hiermit insgesamt verbundenen gravierenden Unsicherheiten[1243] sowie der einhergehenden Gefahr von Fehlern erster Ordnung[1244] – wenn man denn einen dergestaltigen Kosten-(effektiver) Preis-Vergleich exerzieren will[1245] – wohl nicht besser begegnet werden, als dass generell ein sehr tief liegender Vergleichsmassstab zur Anwendung gebracht wird. (Einiges) verkürzt lässt sich gleichwohl festhalten: Wer einem kurzfristigen Vergleich nicht standhält, versagt auch bei einem langfristigen.

Jedenfalls findet das vermehrte Abstellen auf die LAIC, ob dies nun *expressis verbis*, durch eine „elastische" Auslegung der „Kosten, die je nach den produzierten Mengen variieren", oder ferner durch einen mittelbaren Nachweis geschieht, seinen Ursprung in Wirtschaftszweigen, welchen sehr hohe fixe Kosten und ausserdem Gemeinkosten sowie sehr geringfügige variable Kosten inhärent sind. Als typisch gelten die leitungsgebundenen Industrien wie Telekommunikation, Post und Energie sowie verschiedene Formen immaterialgüterrechtlich geschützter Güter und Software.[1246] Die *Kommission* hatte sich deshalb bereits im Jahr 1998 in der Telekommunikationsbereich-Mitteilung gegen einen AVC-Kostenmassstab in leitungsnetzgebundenen Branchen ausgesprochen, weil dieser regelmässig erheblich zu tief zu liegen komme; im selben Jahr propagierte sie darüber hinaus in der Postsektor-Bekanntmachung eine Berücksichti-

---

1242 Weiterf. schon 270 f.

1243 Weiterf. zum Ganzen schon 230 ff.

1244 Zur Fehlerkategorisierung s. schon 108 f.

1245 Ablehnend *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 142 ff., Tz. 153 – *Intel*; weiterf. 367 ff.

1246 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 452; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 531 zu Art. 102 AEUV; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, 43 ff.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 306, 328; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 59 f.; *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 451 f.; *Bolton/Brodley/Riordan*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2271 ff.; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 358 zu Art. 7, mit dem unrichtigen Hinw., dass ein AVC-Test auf gegenständlichen Märkten „zu streng" sei; vielmehr wäre er diesfalls zu lasch.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gung der Gemeinkosten.[1247] Die *GD Wettbewerb* bemerkte in ihrem Diskussionspapier explizit, dass die Kommission in „cases concerning activities protected by a legal monopoly"[1248] sowie „cases concerning sectors which recently have been liberalised or which are undergoing liberalisation"[1249] „has deviated from the cost benchmark based on AAC and has chosen to use LAIC as the benchmark. In these cases the LAIC benchmark is used as the benchmark below which predation is presumed. Pricing above LAIC but below ATC in these sectors is assessed like pricing above AAC but below ATC in all other sectors"[1250].

(2) Adaptionen des LAIC-Massstabs und deren Konsequenzen

Während ein prototypischer LAIC-Beurteilungsmassstab die fixen Kosten umfasst, kann eine eventuelle Berücksichtigung der Gemeinkosten nur unzulänglich erfolgen, zumal die echten Gemeinkosten ausgeklammert bleiben.[1251] Ein augenscheinlicher Behelf besteht diesfalls in der Addition der fraglichen „allgemeinen Kosten"[1252].

In der Prioritätenmitteilung der *Kommission* findet sich die Aussage, dass „[i]m Falle bedeutender Gemeinkosten [...] diese eventuell bei der Prüfung, ob das betreffende Unternehmen in der Lage ist, genauso effiziente Wettbewerber vom Markt auszuschliessen, berücksichtigt werden [müssen].[1253] Diese Ausführungen sind bei isolierter Betrachtung mit guten Gründen als „unklar" hinsichtlich Voraussetzungen, Eintreten und

1247 *Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, 98/C 265/02, Tz. 113 f.; *dies*., Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Massnahmen betreffend Postdienste, 98/C 39/02, Tz. 3.4; *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 317 – *Telefónica*; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 322, 329; vgl. *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 472.

1248 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 125.

1249 *Ibid.*, Tz. 126.

1250 *Ibid.*, Tz. 124.

1251 S. die Verw. soeben in Fn. 1247.

1252 Vgl. die Terminologie in *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 31 f. – *Post Danmark*, soeben 281 f.; zu den methodischen Vorgehensweisen s. *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 322 ff.

1253 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 26, Fn. 2 i.f. (Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausmass der besagten (ausnahmeweisen) Berücksichtigung bezeichnet worden.[1254] Anzumerken ist, dass sich die *Kommission* offenbar nicht auf eine Berücksichtigung der (echten) Gemeinkosten bei den LAIC beschränkt, sondern auch den AAC-Beurteilungsmassstab gegebenenfalls anpassen möchte.[1255] Hinsichtlich der vorliegend interessierenden LAIC-Adaption sollte man sich vergegenwärtigen, dass die *Kommission* an selber Stelle die LAIC und die ATC als grundsätzlich „gute Anhaltspunkte für einander" bezeichnet.[1256] Ihre Ausführungen sind insgesamt wohl dahingehend zu deuten, dass sie sich generell für einen Vollkosten-Standard ausspricht; sofern echte Gemeinkosten „bedeutend" sind, wie regelmässig namentlich in den vorgängig identifizierten Wirtschaftszweigen,[1257] ist das Eventualkriterium erfüllt, und es würde sich folglich auch deren Berücksichtigung gebieten.

Das Aufrechnen von echten Gemeinkosten wird kontrovers beurteilt. *Bien* und *Krah* sehen „no economic basis to force dominant undertakings with significant economies of scope to behave as if any such efficiency advantage did not exist" und wollen darauf durchwegs verzichten.[1258] *M.E.* scheint hingegen die Auffassung der *CEPS Task Force* unterstützungswürdig, wonach echte Gemeinkosten unter der einschränkenden Voraussetzung berücksichtigt werden sollten, dass die Wettbewerbsbehörde nachweisen kann, „not only that common costs are significant, but also that competitors could not reasonably realize similar scope economies by expanding their product range (not necessarily to produce exactly the same products as the dominant firm), so as to cover common costs through the sale of other products".[1259] Eine „basis to force dominant undertakings", eine kostendeckende Preissetzung vorzunehmen, findet sich im Übrigen allemal auch im oberen Beurteilungsmassstab der *AKZO*-

1254 *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 528 zu Art. 102 AEUV; *Bien/Krah*, ECLR 2012, 482 ff., 484; *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 35 f.

1255 Anscheinend nicht berücksichtigt von *Eilmansberger/Bien, ibid.*; *Bien/Krah, ibid.*; im Falle der letzteren würde jedenfalls die Fiktion einer strategischen Intention unzulässig, weiterf. schon 272 ff.

1256 *Kommission*, *ibid*.

1257 S. soeben 283 f.

1258 *Bien/Krah, ibid.*, mit Verw. auf *Ridyard*, ECLR 2009, 230 ff., 233.

1259 *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 36.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Rechtsprechung.[1260] Welcher Stellenwert dem Erfordernis „Plan [...], der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat", alsdann verbleiben sollte, bedarf freilich einer gesonderten Betrachtung.[1261]

Auf das zentrale Defizit bei der Berücksichtigung der echten Gemeinkosten wurde bereits hingewiesen: Sofern diese *exakt* anteilmässig erfolgen soll, sieht man sich abermals den *exakten* tatsächlichen Restriktionen der ATC-Bestimmung im Falle von Mehr-Produkte-Unternehmen gegenüber.[1262] Es besteht im Zuge dessen namentlich die latente Gefahr einer übermässigen Berücksichtigung echter Gemeinkosten und folglich einer akzidentellen REC-Benchmark-Gestaltung.[1263] Wiederum ist der *CEPS Task Force* dahingehend zuzustimmen, dass bei der *ex post*-Beurteilung eines Preissetzungsverhaltens auf die (vorgängig getätigten) Allokationsberechnungen des inkriminierten Unternehmens abgestellt werden sollte, sofern jene „reasonable (e.g. used by cost accountants, economists or regulatory authorities[)] and consistently used by the dominant firm itself across its different activities (where, obviously, there are shared costs)" sind.[1264] Mittels eines solchen Vorgehens können aus Sicht der marktbeherrschenden Unternehmen die bedeutenden Unsicherheitsfaktoren weitgehend aus dem Weg geräumt werden; es ist der Rechtssicherheit damit ohne Weiteres zuträglich.

Im Entscheid *Swisscom ADSL II* führte das *BVGer* aus: „[Es] bedarf [...] im Einzelfall einer Festlegung des angemessenen Kostenstandards und dessen sachgerechter inhaltlicher Anpassung an die konkreten Umstände [...]. [...] [A]uch im Rahmen der [LAIC] [müssen] unter Umständen Anpassungen vorgenommen werden – wie etwa zur angemessenen Berücksichtigung von Grössen- und Verbundvorteilen [...]. Unabhängig von dem konkret gewählten Kostenstandard ist sicherzustellen, dass im Einzelfall sämtliche spezifischen Kosten, die mit der Herstellung oder dem Bezug und dem Absatz eines Produkts einschliesslich allfälliger darauf entfallender allgemeinen Kosten verbunden sind, in der Wirtschaftlichkeitsberech-

---

1260 Entsprechend *ibid*., 35 f.; i.d.S. das Vorgehen der dänischen Wettbewerbsbehörden in *Post Danmark* (weiterf. soeben 281 f.).
1261 Weiterf. sogleich 288 ff.
1262 S. schon soeben 280 mit Verw.
1263 Weiterf. schon 206 ff.
1264 *Temple Lang/Renda*, *ibid*., 36 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nung für den jeweiligen Geschäftsbereich sachgerecht berücksichtigt werden [...]".[1265]

Es ist zu konstatieren, dass das *BVGer* bei Preis-Kosten-Scheren gegebenenfalls auch Grössenvorteile „angemessen[...] [b]erücksichtig[en]" und effektiv auch die LAIC entsprechend anpassen möchte. Zumindest die Aufrechnung von echten Gemeinkosten ist bislang hingegen in Bezug auf (bedeutende) Verbundvorteile thematisiert worden.[1266] Als „Belegstelle" für ein solches Vorgehen führt das *BVGer* die *Kommission*-Entscheidung *Telefónica* sowie *in concreto* deren „Ziff. 316 Fn. 290, Ziff. 314" an.[1267] Die Fn. 290 bezieht sich indes auf die Tz. 314; zur Tz. 316 respektive zu den in ebendieser verwendeten Worten „costs which are common" findet sich die Fn. 292. In letzterer erfolgt eine – gegenständlich im Hinblick auf die Berücksichtigung von Skalenvorteilen unmittelbar fruchtlose – Umschreibung der Gemeinkosten. Ein Tippfehler sollte mithin auszuschliessen sein, und vielmehr wollte das *BVGer* durchaus auf Fn. 290 verweisen. Fn. 290 folgt im Anschluss an den Nachweis von Verbundvorteilen; sie verweist auf eine Entscheidung der britischen Regulierungsbehörde, in welcher einschlägig wiederum ausschliesslich Verbundvorteile behandelt wurden sowie in diesem Zusammenhang eine Berücksichtigung von (echten) Gemeinkosten statt fand. Tatsächlich wurden in der Tz. 314 der *Telefónica*-Entscheidung im Zuge der Feststellung, dass „the ‚hypothetical equally efficient competitor' test is more favourable to Telefónica than the ‚hypothetical reasonably efficient competitor' test", die freilich bestehenden Grössenvorteile des Marktbeherrschers thematisiert. Nirgends wird jedoch ausgeführt, dass Grössenvorteile bei Geltung eines „ebenso effizienter Wettbewerber"-Massstabs einen Aufschlag auf die LAIC begründen würden. Nur am Rande sei angemerkt, dass es keineswegs zweckmässig erschiene, schlicht anteilmässig höhere echte Gemeinkosten zur Berücksichtigung von Grössenvorteilen aufzurechnen.

Die Tz. 314 der *Telefónica*-Entscheidung macht einigermassen deutlich, dass durch die Berücksichtigung von Grössenvorteilen ein REC-Beurteilungsmassstab zur Anwendung gebracht würde. Es kann und soll dem *BVGer* hier nicht unterstellt werden, dies verkannt zu haben; die zitierte Tz. 453 des *Swisscom ADSL II*-Entscheids folgt im Anschluss an eine aus-

---

1265 *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009; Tz. 453 – *Swisscom ADSL II*, mit Verw. (Hervorh. d. Verf.).

1266 S. soeben im Text.

1267 *BVGer*, *ibid*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

führliche Darstellung möglicher „Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen“ und soll augenscheinlich in stark generalisierter Form sämtliche *potenziell* wesentlichen Kriterien darlegen, welche die Höhe des Kosten-Vergleichsmassstabs beeinflussen *können*.[1268]

Der Wert derartig konzis-abstrakter Ausführungen – ungeachtet der Tatsache, dass sie offenbar zumindest streckenweise *obiter dictum*-Qualitäten aufweisen – ist indes kritisch zu beurteilen: Damit sie unbeschränkt zutreffen, sind sie quasi notwendigerweise unter wiederholtem Verweis auf die einzelfallweise Konkretisierung mehrerer Faktoren anhand konkret unbestimmter normativer Kriterien zu relativieren.[1269] Infolgedessen sind sie einerseits unzureichend geeignet, als konkrete Handlungsanweisung sowohl für marktbeherrschende Unternehmen als auch rechtsanwendende Behörden zu dienen respektive erscheinen derart ungefähr, dass sie der Rechtssicherheit wenig zuträglich sind; andererseits bergen sie die Gefahr, semantisch über-inklusive und dementsprechend manifest missverständlich zu sein, wie gerade im vorliegenden Falle hinsichtlich einer Berücksichtigung von Grössenvorteilen bei der Bestimmung von AEC-Kostenmassstäben.

(3) Nachweis der unternehmerischen Motivation im Sinne einer „Verdrängungsabsicht“

Zumal *predatory pricing* nach definitionsgemässer Begrifflichkeit eine strategische Intention bedingt,[1270] bedarf deren Nachweis bei Vergleichen mit langfristigen Kostenmassstäben einer näheren Klärung. Dies betrifft gegenständlich namentlich Preissetzungen zumindest auf Höhe der LAIC. Was alsdann freilich ausgeschlossen scheint, ist eine Fiktion[1271]: Die LAIC kommen generell über den kurzfristigen Kostenmassstäben zu liegen;[1272] eine Preissetzung zwischen den kurzfristigen Kosten und den LAIC kann sich demzufolge als legitim-wirtschaftlich erweisen, ohne dass

1268 *BVGer*, *ibid*., Tz. 444 ff.
1269 Vgl. soeben die Hervorh. in zit. Stelle in *ibid*., Tz. 453.
1270 S. schon 256.
1271 S. schon 257 f.
1272 S. schon 37.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

damit eine kurzfristige Gewinnmaximierung verbunden wäre.[1273] Dies gilt selbst, wenn die LAIC mit einem vollständig bestimmten Preis verglichen werden, was im Übrigen durchaus angezeigt ist.[1274]

Kann die Intention nicht fingiert werden, ist deren *subjektives* Vorliegen grundsätzlich im konkreten Einzelfall zu untersuchen.[1275] Sektorspezifische Gegebenheiten wie sehr hohe fixe Kosten und ausserdem Gemeinkosten sowie sehr geringfügige variable Kosten[1276] vermögen zumindest in dieser Hinsicht *a priori* nichts zu ändern, zumal sie die mikroökonomischen Voraussetzungen der Gewinnmaximierung respektive die hierbei zu beachtenden Kostenarten in qualitativer Hinsicht nicht beeinflussen. Kritisch zu beurteilen sind insofern die bereits zitierten Verweise der *GD Wettbewerb*, wonach in von Monopolen betroffenen oder der Liberalisierung ausgesetzten Märkten „the LAIC benchmark is used as the benchmark below which predation is presumed“,[1277] jedenfalls soweit damit eine Intentionsfunktion verbunden sei sollte. Hingegen ist ohne Weiteres denkbar, dass der Verstoss gegen Regulierungsvorgaben als Nachweis einer unternehmerischen Motivation ausgelegt werden kann.[1278]

Es findet sich in der wettbewerbsrechtlichen Lehre und Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen einem direkten und einem indirekten Nachweis einer „Verdrängungsabsicht“:[1279] Beim *direkten* Nachweis werden interne Unterlagen des inkriminierten Unternehmens dahingehend überprüft, ob sie einen „präzise[n] Plan [enthalten], Verluste hinzunehmen, um einen Wettbewerber vom Markt auszuschliessen, einen Markteintritt zu verhindern oder dem Entstehen eines Marktes zuvorzukommen“; auch konkrete

---

1273 Zu den Gründen, weiterf. bereits 272 ff.; *OECD*, Policy Roundtable Predatory Foreclosure, 234; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 59; entsprechend *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 358 zu Art. 7, mit Verw. auf *Posner*, Antitrust Law, 215.

1274 Weiterf. 218 ff.; zur ansatzweise vollständigen Preisbestimmung infolge Berücksichtigung des Endwerts bei der Ertragswertmethode s. 318 ff.

1275 Die einschlägige Passage der „*AKZO*-Formel“ sowie die entsprechende Ausführungen der *WEKO* in *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* (s. schon 279) widerspiegeln diese Notwendigkeit insofern in vorbildlicher Weise; vgl. *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.077.

1276 S. schon 283.

1277 S. schon 284 mit Verweis auf *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 124 ff. (Hervorh. d. Verf.).

1278 Weiterf. zur indirekten Nachweismethode sogleich im Text.

1279 Weiterf. zur Dichotomie *predatory pricing*-Intention und „Verdrängungsabsicht“ sowie zur uneinheitlichen Terminologie s. sogleich 299 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Drohungen an die Mitbewerber stellen verwertbare Belastungsmomente dar.[1280] Dementsprechend hat die *Kommission* in jüngerer Zeit in den Entscheidgründen von *Wanadoo Interactive* die diesbezüglich wohl bisher umfassendsten Anstrengungen unternommen.[1281] Auch in *Tomra* findet sich eine ausführliche Dokumentation der internen Kommunikation von hochrangigen Unternehmensvertretern.[1282]

Die hauptsächliche Unzulänglichkeit eines direkten Nachweises der unternehmerischen Motivation wird bei der Beurteilung der internen Unterlagen respektive des (expliziten) Drohgebarens gegenüber der Konkurrenz verortet: Das Fehlerpotenzial liegt in der Fehldeutung.[1283] Nun trifft dies aber wohlgemerkt auf jede Auslegung von Willensäusserungen zu.[1284] Leidlich ergiebig sind für sich genommen vereinzelte aggressive Formulierungen in der internen Kommunikation, welche vorrangig wohl eher die Vorgesetzten vom Engagement des Verfassers überzeugen sollen. Vielmehr ist auf Erklärungen und Verhaltensanweisungen von Geschäftsleitungsorganen abzustellen, welche über unternehmensinterne Verbindlichkeit verfügen sowie zur Beeinflussung der Marktmechanismen objektiv

---

1280 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 66; *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 113; *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 460 f.; s. schon *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 76 ff. – *AKZO*; Grundlage für die Nachprüfung dieser Dokumente bilden im Übrigen Art. 20 ff. VO 1/2003.

1281 *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 110 ff. – *Wanadoo Interactive,* bestätigt in *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 195 ff. – *France Télécom*; vgl. die Darst. bei *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 455; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 308 f.

1282 *Kommission*, Entscheidung v. 29.3.2006, COMP/E-1/38.113, Tz. 97 ff. – *Tomra*; bestätigt in *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 35 – *Tomra*; für den Nachweis einer missbräuchlichen Strategie die „im Wesentlichen [entscheidende Bedeutung] subjektive[r] Elemente" betonend: *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 24 zu Art. 7.

1283 S. schon *Posner*, Antitrust Law, 216, auf 256 f. m.w.Hinw.; entsprechend *Melícias*, 33 World Comp. 569 (2010), 576 f.; ähnlich *Bavasso*, ECLR 2005, 616 ff., 618, 623; *Borer*, *ibid.*, N 24 zu Art. 7; relativierend *O'Grady*, *ibid.*, 468, welcher wohl mit guten Gründen bemerkt, dass direkte Nachweise in den jüngeren Entscheidungen trotz vermutlicher vorgängiger Rechtsberatung des inkriminierten Unternehmens gelungen sind; ebenso schon *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 138, mit Verw.

1284 Ähnlich *O'Grady*, *ibid.*, 467 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geeignet erscheinen, indem sie mit der entsprechenden Planmässigkeit und Musterhaftigkeit erfolgen.[1285]

Gegenständliche „Motivationsauslegungsfrage" sollte im Übrigen nicht mit der (alsdann im Grunde notwendigerweise bereits geklärten) „Tatbestandsauslegungsfrage"[1286] vermischt werden, wie „the ‚intent' that Article 102 TFEU prohibits and the legitimate price-cutting ‚intent' that it encourages", zu unterscheiden sind.[1287] Jedenfalls vermag eine möglicherweise schwierige Bewertung von direkten Nachweisen *m.E.* nicht deren Nichtberücksichtigung zu legitimieren; gleiches sollte freilich gelten, wenn keine diesbezüglichen Indizien bestehen respektive nachgewiesen werden können.[1288]

1285 Entsprechend *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 279; *EuG*, Urt. v. 6.10.1994, Rs. T83/91, Tz. 151 – *Tetra Pak*: „Eine ganze Reihe von gewichtigen übereinstimmenden Indizien erlaubt [...] die Feststellung einer Verdrängungsabsicht"; *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 197 – *France Télécom*: „[D]ie[...] Verdrängungsabsicht muss anhand gewichtiger übereinstimmender Anhaltspunkte nachgewiesen werden"; *OECD*, Policy Roundtable Predatory Foreclosure, 234; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 172 u. N 507 zu Art. 102 AEUV.

1286 Zur fraglichen Geltung des Dualismus „Tat(sachen)frage – Rechtsfrage" entsprechend der deutschen Dogmatik im Wettbewerbsrecht der EU s. Fn. 1462, m.w.Verw.

1287 Vgl. *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 309, mit Verw. auf Entscheidung v. 14.12.1985, ABl. 1985, L 374/1, Tz. 81 i.f. – *ECS/AKZO*, wo die *Kommission* bereits „betont[e], dass sie die Absicht – selbst die einer beherrschenden Firma –, die Oberhand über die Mitbewerber zu behalten, nicht als rechtswidrig ansieht. [...] Indessen erfordert die Erhaltung des Systems eines wirksamen Wettbewerbs, dass ein kleiner Mitbewerber geschützt wird vor dem Verhalten von beherrschenden Unternehmen, das darauf abzielt, es [*sic*] nicht durch grössere Wirksamkeit oder höhere Leistung, sondern durch Missbrauch von Marktmacht vom Marktmacht vom Markt zu verdrängen"; ebenso *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 150 zu Art. 102 AEUV; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.079).

1288 Sinngemäss die Bem. eines dem Verf. unbekannten Teilnehmers an der „5 Trento Antitrust conference", 17.4.2015, Universität Trient, Italien, wonach bei der Beurteilung der unternehmerischen Motivation jedes Übergehen bekannter Information nicht „intellectually proper" sei; entsprechend *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 26 – *Post Danmark*: „angezeigt, sämtliche Umstände zu berücksichtigen"; ebenso schon *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 28 – *TeliaSonera*; *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Tz. 175 – *Deutsche Telekom*; insb. in der U.S.-amerikanischen Lehre wird ein Abstellen auf subjektive Elemente im Übrigen generell kritisch beurteilt, s. schon *Posner*, 41 U. Chi. L. Rev. 506 (1973-1974), 520 auf 166 f., Fn. 691;

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Eruierung einer „Verdrängungsabsicht" kann darüber hinaus auch *indirekt* erfolgen.[1289] Die Lehre bemerkt teilweise, dass indirekte Nachweise von der *Kommission* indessen bisher lediglich in Ergänzung zu den direkten berücksichtigt wurden.[1290] Tatsächlich konnte sowohl in *AKZO* als auch in *Wanadoo Interactive* die Verdrängungsabsicht ebenfalls direkt nachgewiesen werden;[1291] in *Tetra Pak II* konnte desgleichen erstellt werden, dass „Berichte des Verwaltungsrates von Tetra Pak Italiana aus den Jahren 1979 und 1980 [...] auf die Notwendigkeit hin[weisen], bei den Preisen und Lieferbedingungen bedeutende finanzielle Opfer zu erbringen, um gegen die Konkurrenz – von Pure-Pak vor allem – anzugehen".[1292] Zu-

---

Judge Easterbrook, *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1402 (7th Cir. 1989): „Intent does not help to separate competition from attempted monopolization and invites juries to penalize hard competition. It also complicates litigation. Lawyers rummage through business records seeking to discover tidbits that will sound impressive (or aggressive) when read to a jury. Traipsing through the warehouses of businesses in search of misleading evidence both increases the cost of litigation and reduces the accuracy of decisions. Stripping intent away brings the real economic questions to the fore at the same time as it streamlines antitrust litigation"; vgl. *Hovenkamp*, The Antitrust Enterprise, Principle and Execution, 154: „[T]he best way to deal with the intent problem is to assume the worst: every firm realistically capable of acquiring a monopoly intends to do so, and every monopolist intends to hang on to its monopoly position as long as possible. This is simply profit-maximizing behavior"; s.a. *Motta*, ECLR 2009, 593 ff., 597; vorliegende Untersuchung beschäftigt sich grundsätzlich nicht mit (in den USA um einiges bedeutsameren) Kartellzivilverfahren, s. schon Fn. 821; *O'Grady* bemerkt schliesslich, dass in den USA ein *consumer welfare*-Standard als Schutzziel des Behinderungsmissbrauchsverbots (weiterf. 73 ff.) verfolgt werde, weswegen der strategischen Intention kaum eine Bedeutung im Hinblick auf die objektiven Auswirkungen des Verhaltens auf die *consumer welfare* zukomme (*O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 466).

1289 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 456; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 136: „infer intent from the company's conduct".

1290 *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 134; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 508 zu Art. 102 AEUV; *O'Grady*, *ibid.*, 468 f.; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 382 zu Art. 7: „mit objektiven Indizien einhergehen und übereinstimmen".

1291 S. soeben im Text, mit Verw.

1292 *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 76 ff. – *AKZO*; *Kommission*, Entscheidung v. 24.7.1991 – IV/31.043, Tz. 51 – *Tetra Pak II*, m.w.Hinw.; teilweise zit. in *EuG*, Urt. v. 6.10.1994, Rs. T83/91, Tz. 151 – *Tetra Pak*; vgl. *EuGH*, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94, Tz. 42 – *Tetra Pak.*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mindest anhand zitierter Entscheidungspraxis kann aber nicht schlüssig nachgewiesen werden, dass zum Nachweis einer „Verdrängungsabsicht" zwingend direkte Nachweise vorliegen müssten; immerhin wurde in *Deutsche Post AG* die Rechtswidrigkeit auch ohne direkte Nachweise erstellt[1293] und die Ausführungen in *Tetra Pak* erwecken den Eindruck, dass die „Verdrängungsabsicht" sich „insbesondere aus der Dauer, der Ständigkeit und dem Umfang der im Verlauf des gesamten Zeitraums von 1976 bis 1982 getätigten Verlustverkäufe" genüglich ergibt.[1294] Bemerkenswert ist des Weiteren, dass die *GD Wettbewerb* im Diskussionspapier augenscheinlich sowohl direkte und indirekte Nachweise einer „predatory strategy" als gleichwertig wie auch letztere isoliert als beweisgenüglich betrachtet.[1295] Die *Kommission* bemerkt in der Prioritätenmitteilung übereinstimmend, „die Existenz einer Kampfpreisstrategie [...] anhand von direkten Beweisen wie Schriftstücken [...] oder [...] konkrete[n] Beweise[n]" könne (lediglich) „[i]n manchen Fällen" gelingen.[1296]

Das Diskussionspapier enthält noch einen umfangreichen Katalog von materiellen Kriterien, wobei ebendiesen im konkreten Einzelfall jeweils unterschiedliche und nicht *ex ante* bestimmbare Bedeutung zukommen soll. Generell sei „a [likely] foreclosure effect [...] in view of the scale, duration and continuity of the low pricing" nachzuweisen. Grundsätzlich unentbehrliche, indes nicht umfänglich zu erfüllende Indizien sind in Ergänzung die folgenden: Selektive Preisgestaltungen, Aufbau von Signal- und Reputationseffekten, nachteilige Finanzierungskonditionen der Konkurrenz sowie *recoupment*-Potenzial.[1297] Ausschliesslich wenn „the pricing behaviour only makes commercial sense as part of a predatory strategy and there are not other reasonable explanations", könne regelmässig auf

---

1293 *Kommission*, Entscheidung v. 20.3.2001, COMP/35.141, insb. Tz. 35 ff. – *Deutsche Post AG*; zum indirekten Nachweis *ibid.* s. sogleich im Text.

1294 EuG, *ibid*. – *Tetra Pak*.

1295 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 112: „individually or together", ferner Tz. 115; ähnlich *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 310.

1296 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 66 sowie Tz. 20, 7. Lemma, wo „[u]nmittelbare Beweise einer Behinderungsstrategie" wohl angeführt, jedoch nicht als notwendige Bedingung für eine möglicherweise wettbewerbswidrige Marktverschliessung bezeichnet werden; entsprechend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 186 zu Art. 102 AEUV.

1297 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 117 ff.; ähnlich hinsichtlich des letzteren *Eilmansberger/Bien*, *ibid.*, N 533 zu Art. 102 AEUV (s. Zitat in Fn. 1360).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den Nachweis eines wahrscheinlichen Marktverschliessungseffekts verzichtet werden.[1298]

Wenden wir uns in einem ersten Schritt letzteren, ergänzend propagierten Kriterien zu, ist einigermassen augenfällig, dass es sich hierbei über weite Strecken um dieselben handelt, welche das strategische Potenzial des *predatory pricing* bestimmen:[1299] Vertikale Informationsasymmetrien bilden die Grundlage für divergente Finanzierungskonditionen; Signal- und Reputationseffekte bedingen horizontale Informationsasymmetrien;[1300] die Wahrscheinlichkeit des *recoupment* wird massgeblich von der (Nicht-)Bestreitbarkeit des Marktes geprägt.[1301] Gegenständliche Kriterien erlauben mithin eine Aussage über die objektive *Eignung* des Marktes, eine erfolgreiche Unterkosten-Preisstrategie zu bestreiten. Sie taugen hingegen wohl leidlich als belastbare Indizien, ob im konkreten Einzelfall eine diesbezügliche Motivation des Marktbeherrschers auch subjektiv besteht.

Dies ist zumindest hinsichtlich des Kriteriums „selektive Preisgestaltungen"[1302] anders gelagert: Hierbei handelt es sich um keine wesenhaft marktinhärente Bedingung, sondern vielmehr um ein konkretes unternehmerisches Verhalten; letzteres kann sich folglich besser als Motivationsindikator eignen.[1303] In *Deutsche Post AG* hielt die *Kommission* entsprechend fest: „Durch Treuerabatte für die wichtigsten Kooperationspartner verhinderte DPAG bewusst, dass Wettbewerber die ‚kritische Masse' von ca 100 Mio. Jahresumsatz erreichten".[1304] Obwohl sich diese Ausführun-

1298 *Ibid*., Tz. 116.
1299 Weiterf. 174.
1300 Weiterf. 175.
1301 Weiterf. 176; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 312, verweisen darüber hinaus auf das Ausmass der Marktmacht sowie allfällig bestehende Kapazitätsbeschränkungen, m.w.Verw., kritisch hinsichtlich ersteres: *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.379 u. Tz. 4.383.
1302 Weiterf. zu Preisdiskriminierungen im engeren Sinne s. 363 ff., m.w.Verw.
1303 Im Ergebnis entsprechend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 188 u. N 510 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf *Kommission*, Entscheidung v. 14.12.1985, ABl. 1985, L 374/1, Tz. 79 – *ECS/AKZO*; der *EuGH* hat aber immerhin festgestellt, dass eine Preisdiskriminierung „allein nicht den Schluss auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis zu[lässt]" (*EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 30 – *Post Danmark*).
1304 *Kommission*, Entscheidung v. 20.3.2001, COMP/35.141, Tz. 37 – *Deutsche Post AG* (Hervorh. d. Verf.).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gen unter der Überschrift „Auswirkungen auf den Wettbewerb“ finden, sind sie vorliegend materiell (auch) als ein Indiz für den indirekten Nachweis einer „Verdrängungsabsicht“ zu werten.[1305]

Ähnlich kritisch wie die „Objektives Potenzial“-Kriterien ist betreffend seine Eignung das generelle Kriterium des wahrscheinlichen Marktverschliessungseffekts zu beurteilen:[1306] Dessen Nachweis kann, sofern die strukturellen Voraussetzungen gegeben sind, bereits weitgehend anhand einer objektiven Kostendeckungsanalyse gelingen.[1307] Welche zusätzlichen Anhaltspunkte diese abstrakte Tatsache im Hinblick auf die unternehmerische Motivation offenlegen soll, ist – jedenfalls bei einer gegenständlich interessierenden Preissetzung zumindest auf Höhe der LAIC[1308] – schwerlich ersehbar.

In der *Prioritätenmitteilung* nimmt die *Kommission* für den indirekten Motivationsnachweis offenbar Abstand vom wahrscheinlichen Marktverschliessungseffekt. Anhand des „*sacrifice*-Tests“ soll die „Verdrängungsabsicht“ durch das Nichtverfolgen von „wirtschaftlich vernünftige[n] und praktikable[n] Alternativen“ erstellt werden, „von denen angesichts der Marktbedingungen und des Geschäftsumfelds des marktbeherrschenden Unternehmens realistischerweise angenommen werden kann, dass sie gewinnbringender wären“.[1309] Sie übernimmt damit im Ergebnis die von der *GD Wettbewerb* propagierte Ausnahmebedingung, wonach auf den Nachweis eines wahrscheinlichen Marktverschliessungseffekts verzichtet werden kann, wenn das Preissetzungsverhalten nur im Rahmen einer „predatory strategy“ wirtschaftlich sinnvoll erscheint sowie keine weiteren „reasonable explanations“ ersichtlich sind;[1310] sie erhebt ebendiese zum generellen indirekten Nachweis-Standard.

1305 Zu einem weiteren Indiz s. sogleich im Text; dies anscheinend verkennend *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 98: „[I]m Gegensatz zu AKZO, Tetra Pak und Wanadoo [wurde] gänzlich darauf verzichtet [...], dem marktbeherrschenden Unternehmen eine Verdrängungsabsicht nachzuweisen“; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 75 – *Tomra*.

1306 *A.M*. offenbar *OECD*, Policy Roundtable Predatory Foreclosure, 235.

1307 Weiterf. 349 ff.

1308 S. im Text i.i., ebenfalls mit Verw. auf die Möglichkeit der Fiktion einer strategischen Intention bei einer Preissetzung unterhalb der kurzfristigen Kosten.

1309 S. hierzu bereits die Hinw. u. Verw. auf 269 f.

1310 S. soeben im Text mit Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Eine entsprechende Beweisführung findet sich (neben einer Plethora an direkten Nachweisen) bereits in der *EuGH*-Entscheidung *AKZO*: Es wurde festgestellt, dass das inkriminierte Unternehmen Angebote an die grossen unabhängigen Kunden des Mitbewerbers gemacht hatte, deren „Preise [...] deutlich niedriger [sind], als es notwendig gewesen wäre um [...] zu konkurrieren".[1311] Ähnliche Nachweise finden sich in *Tetra Pak II*.[1312] Mehr oder minder starke Anklänge finden sich ebenfalls in *Deutsche Post AG*, wo die *Kommission* eine schädigende Auswirkung auf den Wettbewerb in der „von den Treuerabatten ausgehenden[n] ‚Sogwirkung' bei Paketdiensten für den Versandhandel" feststellte, welche unter anderem „eine unwirtschaftlich arbeitende Angebotsstruktur [...] aufrechterhielt [...] [, aufgrund welcher] ökonomische effizientere Alternativen, die ohne derartige ‚Subventionierung' kostendeckend funktionieren, [...] verhindert [wurden]".[1313]

Nicht immer sind die Dinge wohl so klar. Es wurde wiederholt auf die Unsicherheiten hingewiesen, welche mit dem „*sacrifice*-Test" verbunden sind, sofern die jeweils kurzfristig gewinnmaximierende Preishöhe nachgewiesen werden sollte.[1314] Nun erscheint im Rahmen eines langfristigen Preisvergleichs mit entsprechenden Untersuchungsperioden[1315] bei einer anhaltenden Unterbietung der Vollkosten respektive (mehr noch) der LAIC freilich zunehmend unwahrscheinlich, dass während der gesamten Zeitspanne durchgängig legitim-wirtschaftliche Gründe bestanden haben, welche ein Abweichen von einer kurzfristigen Gewinnmaximierung be-

---

1311 *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 108 – *AKZO*; zu den direkten Nachweisen s. schon oben im Text.

1312 *Kommission*, Entscheidung v. 24.7.1991 – IV/31.043, Tz. 158 – *Tetra Pak II*; s. auch die zit. Stelle von *EuG*, Urt. v. 6.10.1994, Rs. T83/91, Tz. 151 – *Tetra Pak,* oben im Text; zu direkten Nachweisen s. ebenfalls schon *ibid*.; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.077.

1313 *Kommission*, Entscheidung v. 20.3.2001, COMP/35.141, Tz. 37, 2. Lemma – *Deutsche Post AG*; *Eilmansberger* und *Bien* sehen den „*sacrifice*-Ansatz" in jüngerer Zeit „mit Unterschieden im Detail" auch in den Gerichtsentscheidungen zu *Deutsche Telekom*, *Telefónica* sowie *TeliaSonera* und *Post Danmark* angewandt oder in letzteren gar für massgeblich erklärt, s. *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 511 zu Art. 102 AEUV mit Verw.; man sollte sich indes vergegenwärtigen, dass die Gerichte in zit. Entscheidungen vorrangig keinen eigentlichen Nachweis der subjektiven Motivation verfolgten.

1314 S. 269, Fn. 1184, mit Verw. auf 256; vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 408.

1315 Ausführlich zu temporalen Aspekten s. 312 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gründen können. In entsprechender Weise könnte nebenbei bemerkt gleichfalls der indirekte Nachweis einer vermutungsweisen definitionsgemässen *predatory pricing*-Intention[1316] gelingen.

Für den indirekten Nachweis des Beweisgegenstandes „Verdrängungsabsicht" ist in substanzieller Hinsicht nun wohlgemerkt festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des *EuG* (gleichfalls) eine „ganze Reihe von gewichtigen übereinstimmenden Indizien" erforderlich ist.[1317] Die zitierte Rechtsprechung sollte nicht dahingehend verstanden werden, dass ein eigentliches quantitatives Erfordernis im Sinne einer notwendigen „Beweismittel-*Menge*" aufgestellt würde; vielmehr handelt es sich augenscheinlich um eine Umschreibung des Beweis*masses* und mithin des notwendigen Grades der gerichtlichen Überzeugung. Bei einer Beweisführung durch isolierte Anwendung des „*sacrifice*-Tests" verbleiben insofern erhebliche Zweifel, ob sie den (erheblichen) *EuG*-Anforderungen an den Nachweis der „Verdrängungsabsicht" in jenen Fällen genügen vermag, welche weniger eindeutig als etwa die zitierte *EuG*-Entscheidung *Tetra Pak* sind.[1318]

De la Mano, *Nazzini* und *Zenger* gehen für das Gelingen des *sacrifice*-Nachweises von einer „sliding scale as regards the standard of proof" aus, sofern „strong evidence" sowohl für eine wahrscheinliche (oder tatsächliche) Marktverschliessung als auch einen wahrscheinlichen (oder tatsächlichen) Gewinnausgleich bestehe.[1319] Dieser Argumentation kann insoweit gefolgt werden, als eine „ganze Reihe von [...] Indizien" vorgebracht wird; die tatsächlichen Vorbringen hinsichtlich eines *sacrifice* könnten alsdann bei einer (hypothetischen) „separaten" Beurteilung weniger überzeugend sein, sofern die Autoren zusätzliche „gewichtige[...] übereinstimmende[...] Indizien" benennen würden, welche bei einer Gesamtbetrachtung (ein-

1316 S. schon 256.

1317 *EuG*, Urt. v. 6.10.1994, Rs. T-83/91, Tz. 151 – *Tetra Pak*; die verbindliche engl. Fassung spricht von „a whole series of important and convergent factors", s.a. *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 197 – *France Télécom*, wo lediglich noch von „gewichtige[n] übereinstimmende[n] Anhaltspunkte[n]" die Rede ist; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 456; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 311 zu Art. 102 AEUV.

1318 Im Übrigen handelt es sich beim *sacrifice*-Nachweis durchwegs um einen Tatsachenbeweis, weswegen eine Beweismasssenkung wie bei Prognosebeweisen nicht angezeigt ist, weiterf. schon 145 ff.; zur kritisch zu beurteilenden Beweislastumkehr nach der Erstellung eines „*prima facie sacrifice*-Nachweises", weiterf. schon 139 ff.

1319 *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.362.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schliesslich des *sacrifice*-Nachweises) das erforderliche Beweismass für die „Verdrängungsabsicht" erreichen. Kritisch zu beurteilen ist derweil die abstrakte Beweistauglichkeit von wahrscheinlichen Marktverschliessungs- und Gewinnausgleichsnachweisen: Es handelt sich einerseits in formeller Hinsicht um Kriterien, welche nach ihrer Statuierung im Diskussionspapier keinen Eingang in die Prioritätenmitteilung gefunden haben;[1320] es handelt sich andererseits in materieller Hinsicht um Kriterien, welche bezüglich ihre Verwendung als Beweisindizien für den Beweisgegenstand „Verdrängungsabsicht" als leidlich geeignet taxiert werden mussten.[1321]

Hinsichtlich der verschiedenen Ansätze zum Nachweis einer „Verdrängungsabsicht" ist schliesslich weitgehend ungewiss, inwieweit es sich bei den indirekten Nachweisen regelmässig um „wirtschaftliche Spezialfragen" respektive „komplexe wirtschaftliche Gegebenheiten" handelt,[1322] auf Grund welcher den Wettbewerbsbehörden – zumindest bis in die jüngere Vergangenheit – im Hinblick auf die gerichtliche Nachprüfung ein gewisser „Beurteilungsspielraum" eröffnet würde.[1323] Letzterer ist einerseits in seiner Dimension leidlich geklärt[1324] und besteht andererseits kaum je bei direkten Nachweisen.[1325] Soweit den Wettbewerbsbehörden bei indirekten Nachweisen eine „Feststellungsautonomie" eröffnet wird, ist es jedenfalls durchwegs vorzugswürdig, wenn die „Verdrängungsabsicht" gleichzeitig mittels direkter Nachweise belegt werden kann, welche einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung unterstehen.

1320 Zur allerdings bedingten Eignung der Prioritätenmitteilung für die Begründung eines schutzwürdigen Vertrauens (auch) hinsichtlich des Eingreifkriteriums s. bereits 132 ff.

1321 Weiterf. soeben im Text; zum *recoupment*-Kriterium s. sogleich 304 ff.

1322 Offenbar durchgängig verneinend *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 470: „In contrast [to economic evidence], intent evidence is factual and both the evidence itself and the interferences drawn from it can be challenged judicially"; *m.E.* haben wohl mit Ausnahme der selektiven Preisgestaltungen sämtliche hier behandelten Kriterien das Potenzial, als „komplexe wirtschaftliche Gegebenheiten" zu qualifizieren.

1323 Weiterf. zum Ganzen: 325 ff.; zum Verh. v. gerichtlicher Eingriffstiefe und anwendbarem Beweismass s. *ibid*. i.f.

1324 S. insb. 327 ff.

1325 Im Ergebnis entsprechend *O'Grady*, *ibid*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(4) Zu den Dissonanzen zwischen „Verdrängungsabsicht“ und „Objektivität“ des Missbrauchsbegriffs sowie zur Bedeutung des recoupment

Die vorgängigen Ausführungen ergeben ein insgesamt diffuses Bild in Bezug auf die Frage, wie weit die definitionsgemässe Bedeutung der *predatory pricing*-Intention[1326] in der Rechtsprechung zu den langfristigen Kosten-Preis-Vergleichen reflektiert.[1327] Es vermag insofern kaum zu erstaunen, dass die wettbewerbsrechtliche Doktrin gespalten ist, ob die subjektive Motivation eines marktbeherrschenden Unternehmens für die Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens tatbestandskonstitutiv oder lediglich (allenfalls) indikativ ist.[1328] Der Klarheit halber sei angemerkt, dass „tatbestandskonstitutiv“ vorliegend dahingehend zu verstehen ist, dass die „Verdrängungsabsicht“ gegebenenfalls *ein* Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ist.[1329] Eine gewisse Relativierung erfährt die Kontoverse jedenfalls insoweit, als offenbar ein komplett indirekter Nachweis der „Verdrängungsabsicht“ als rechtsgenüglich erachtet wird und darüber hinaus für ebendiesen möglicherweise auf materielle Kriterien abgestellt werden können soll, welche schwergewichtig das marktinhärente Potenzial für eine erfolgreiche Unterkosten-Preisstrategie sowie das Marktverschliessungspotenzial behandeln; das konkrete (in diesem Umfeld erfolgende respektive dem Effekt zugrunde liegende)

1326 S. schon 256.

1327 Zur augenscheinlich klareren Bedeutung der strategischen Intention im Rahmen des Nachweises von above-cost predatory pricing, weiterf. schon 258 ff.

1328 Die konstitutive Bedeutung bejahend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 169 zu Art. 102 AEUV; im vorliegend relevanten Umfang weitgehend entsprechend *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 124 zu Art. 102 AEUV; uneindeutig *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 150 zu Art. 102 AEUV; ablehnend *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 164 zu Art. 102, jew. m.w.Verw.; vermittelnd für das schweizerische Recht: *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 39 zu Art. 7.

1329 Anders anscheinend *Schröter/Bartl*, *ibid*., welche die konstitutive Bedeutung verneinen, weil „der Zweck einer Massnahme allein wird nicht ausreichen, um auf ihre Eignung zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu schliessen“, *ibid*. aber auch bemerken: „Dieser [Verdrängungsp]lan bildet [bei Preisen zwischen den AVC und den ATC] das entscheidende Indiz für den Missbrauch, nicht dagegen eines seiner konstitutiven Elemente“ (Hervorh. d. Verf.); ähnlich *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 464 (s. Zitat sogleich in Fn. 1338).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

unternehmerische Verhalten bliebe diesfalls weitgehend ohne Beachtung.[1330] In dem Masse, wie die „Verdrängungsabsicht" aber bereits aus den strukturellen Voraussetzungen oder der Erfüllung einer objektiven Tatbestandsvoraussetzung hergeleitet werden kann, ist es mit ihrer „konstitutiven" Bedeutung nicht weit her: Der Nachweis erfolgt alsdann quasi voraussetzungslos.[1331]

Dass die selbständige Bedeutung der subjektiven Motivation eines Marktbeherrschers bei der Bestimmung der „Verdrängungsabsicht" fraglich ist, zeigt sich unter Umständen nicht zuletzt auch in gewissen begrifflichen Verunsicherungen:[1332] Als „subjektive Verdrängungselemente" werden in der Lehre teilweise lediglich direkte Nachweise bezeichnet, während die indirekten Nachweiskriterien „‚objective' intent evidence" darstellen sollen.[1333] Dagegen widersprach der *EuGH* in der Entscheidung *France Télécom* dem Vorbringen der Rechtsmittelführerin, dass sich die Vorinstanz „zur Feststellung der Existenz eines Verdrängungsplans nur auf subjektive Elemente gestützt habe", und bezeichnete die von letzterer berücksichtigten „internen Dokumente[...] dieses Unternehmens" – mit welchen notabene der direkte Nachweis einer „Verdrängungsabsicht" geführt wurde – als „objektive[...] Elemente[...]".[1334]

Diese Neigung zur „terminologischen Objektivierung" der Elemente, welche im Rahmen einer Beurteilung der „Verdrängungsabsicht" berücksichtigt werden, sowie das damit einhergehende vermeintliche Kleinreden der von ebendiesen transportierten – letzten Endes ausschlaggebenden – *subjektiven* Willenserklärungen lassen sich kaum anders als mit dem „objektiven Begriff" der missbräuchlichen Ausnutzung einer beherrschenden

---

1330 Zu diesen Tendenzen s. soeben 288 ff.

1331 Ähnlich *Hawk*, II Lisbon Conf. Comp. L&E, 28: „'[I]ntent' has become largely a legal fiction and the vast majority of decisions infer any requisite intent from undesirable/bad/anticompetitive conduct".

1332 Entsprechend *Rousseva*, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, 152.

1333 *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 468; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 383 zu Art. 7, wonach „die Wettbewerbsbehörden vermehrt auf indirekte, objektive(re) Faktoren [...] [abgestellt haben], um einen Verdrängungsplan nachzuweisen" (Hervorh. angepasst).

1334 *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 97 f. – *France Télécom*; *Melícias*, 33 World Comp. 569 (2010), 583, sieht hierin wiederum einen Nachweis für „the Commission's and the Court's reliance on documentary evidence as proof of *bad* intent and that such evidence is at the heart of EU predation investigations" (Hervorh. im Original).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stellung[1335] erklären. *Rousseva* ist derweil ohne Weiteres zuzustimmen, dass „[t]he type of evidence used to show intent, be it documents or aspects of particular behaviour, which leads to the conclusion that the accused undertaking has a will or strong motivation to eliminate a competitor, does not change the nature of intent".[1336] Die Bedeutung, welche der unternehmerischen Motivation bei einer Unterkosten-Preissetzung definitionsgemäss zukommen sollte, und die „Objektivität" des Missbrauchsbegriffs sitzen tatsächlich „uncomfortably" nebeneinander;[1337] allein rhetorische Verrenkungen vermögen den Widerspruch kaum befriedigend aufzulösen.[1338]

Möglicherweise kann der gordische Knoten tatsächlich nur zerschlagen werden, indem der „Verdrängungsabsicht" ihre definitionsgemässe Bedeutung schlicht versagt wird.[1339] Einen solchen Ansatz verfolgt der *EuGH* offenbar tendenziell in seiner jüngsten Rechtsprechung,[1340] indem er bei Kosten-Preis-Vergleichen die LAIC „anstelle" der AVC (respektive der AAC) zur Anwendung bringen und dabei auf dieser Preishöhe eine unternehmerische Motivation vermutet.[1341] Womöglich sogar noch darüber hinausgehend ist namentlich das Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark*, wo keine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden konnte, indes

---

1335 S. schon 102, m.w.Verw.

1336 *Rousseva*, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, 158.

1337 *Ibid*., 152, 159; *Melícias*, 33 World Comp. 569 (2010), 581, geht noch weiter, indem er „an obvious paradox in the EU Courts' case law between the [...] rhetoric on the objective nature of the concept of abuse and the fact that intent to eliminate competitors constitutes a key requirement of antitrust liability when it comes to predatory pricing", ausmacht.

1338 Vgl. den verhältnismässig eleganten, im Ergebnis gleichwohl wenig fruchtbaren Ansatz bei *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 464: „It is submitted that there is no irreconcilable paradox. [...] Intent is never sufficient by itself, and therefore the objective nature of Article 102 is preserved".

1339 I.d.S. *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 504, 1. S. zu Art. 102 AEUV.

1340 Entsprechend *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 311 zu Art. 102 AEUV, jedenfalls betr. (Kampf-)Preisunterbietungen; im Einzelnen unklar *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 54 – *Post Danmark II*: „D[as] Kriterium [des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers] beruht auf einem Vergleich der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandten Preise mit bestimmten Kosten, die diesem Unternehmen entstanden sind, und einer Analyse der Strategie dieses Unternehmens" (Hervorh. d. Verf.), mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 28 – *Post Danmark*; weiterf. hierzu 338 f.

1341 Weiterf. schon 278 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bei einer Preissetzung oberhalb der LAIC und unterhalb der ATC dennoch eingehend diejenigen Kriterien thematisiert wurden, welche eine *prima facie* Missbräuchlichkeit des Verhaltens begründen können.[1342] Es ist immerhin festzustellen, dass der EuGH in Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV mit einer gewissen Regelmässigkeit „progressivere" Entscheidungen trifft als in Beschwerdeverfahren.[1343]

In der Rechtssache *Tomra* hat der *EuGH* fast zeitgleich mit *Post Danmark* festgehalten, dass „das Vorliegen einer etwaigen wettbewerbswidrigen Absicht nur einer der zahlreichen tatsächlichen Umstände [ist], die berücksichtigt werden können, um einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung festzustellen", und dass „[d]ie Kommission [...] für die Zwecke der Anwendung des Art. 82 EG keineswegs den Nachweis einer [wettbewerbswidrigen] Absicht des Unternehmens in beherrschender Stellung erbringen [muss]".[1344] Gleichartig sowie in geradezu apodiktischer Weise bemerkte alsdann jüngst das schweizerische *BVGer* in *Swisscom ADSL II*, dass „eine bestimmte Intention auf Seiten des Unternehmens weder ein objektives noch ein subjektives Tatbestandsmerkmal einer Kosten-Preis-Schere darstellt. Massgebend ist ausschliesslich die Ausgestaltung eines Missverhältnisses zwischen den Preisen des Gross- und Einzelhandelsgeschäfts. Das Vorliegen oder das Fehlen einer entsprechenden Veranlassung ist demzufolge völlig unerheblich".[1345] Von einer „Tatbestandskonstitutivität" der „Verdrängungsabsicht" verbleibt in diesen Urteilen offenbar keine Spur.

Die erwähnte Rechtsprechung der Unionsgerichte steht im Einklang mit der Prioritätenmitteilung, welche die LAIC-Kostenhöhe zum generellen Massstab von Kosten-Preis-Vergleichen (ausser bei bedingten Rabatten) bestimmt hat[1346] und einen weiten, vermeintlich auf (Kampf-)Preisunter-

---

1342 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, insb. Tz. 18, Vorlagefrage 1, u. Tz. 29 – *Post Danmark*; s. die weiterf. Hinw. schon auf 281 f.

1343 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 89.

1344 *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 21 – *Tomra*; es ist aber immerhin anzumerken, dass sich die Vorinstanzen ausführlich mit der Dokumentation der internen Kommunikation von hochrangigen Unternehmensvertretern auseinandergesetzt haben.

1345 *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 422 – *Swisscom ADSL II*.

1346 S. schon 176 f. u. 279; vgl. 265 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bietungen beschränkten *sacrifice*-Test propagiert;[1347] sie kann insofern als „clearly an endorsement" derselben verstanden werden.[1348] In dogmatischer Hinsicht ist zu bemängeln, dass nach hier verwendeter Terminologie legitim-wirtschaftliche Preissetzungen[1349] erst nach der Feststellung einer *prima facie* Missbräuchlichkeit in einem Rechtfertigungsschritt durch die inkriminierten Unternehmen „verteidigt" werden müssen.[1350] Die im Rahmen dieses zweiten Schritts anerkannten Rechtfertigungsgründe sind darüber hinaus einerseits leidlich systematisiert und erfassen andererseits augenscheinlich längst nicht sämtliche legitim-wirtschaftlichen Unterkosten-Preissetzungen.[1351] Es hat dies namentlich zur Folge, dass gewisse legitim-wirtschaftliche Unterkosten-Preissetzungen als wettbewerbsschädigend und damit missbräuchliche Ausnützung einer beherrschenden Stellung taxiert werden.[1352] Die „besondere Verantwortung" marktbeherrschender Unternehmen[1353] konkretisiert sich folglich im Bereich des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbots inhaltlich dahingehend, dass

---

1347 Weiterf. 265 ff. u. 288 ff.; relativierend aber *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 7. Lemma, sowie Tz. 26; nach hier vertretener Auffassung ist ein *sacrifice*-Nachweis auch bei anderen Formen des *predatory pricing* zu erwägen, um zusätzliche Anhaltspunkte für ein behinderungsmissbräuchliches Verhalten zu erlangen.

1348 *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.342, wohlgemerkt betr. *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10 – *Post Danmark*; s. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 89, welche auf Dissonanzen zwischen *Post Danmark* und *Tomra* verweisen; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 115, bezeichnet die „Zurückdrängung" der Verdrängungsabsicht bei der Bewertung von (Kampf-)Preisunterbietungen als positiv, m.w.Hinw.

1349 Zur nochmaligen Begriffsklärung: Als „legitim-wirtschaftlich" wird ein Verhalten bezeichnet, welches langfristig gewinnmaximierend ist, ohne dass damit eine *predatory pricing*-Strategie verfolgt wird (s. schon Fn. 999); eine *predatory pricing*-Strategie ist dadurch charakterisiert, dass mittels der Preissetzung eine Verdrängung der Konkurrenz respektive die Verhinderung von Markteintritt beabsichtigt ist, und dass dabei erstere ohne letzteres nicht gewinnmaximierend wäre (s. schon 256).

1350 Zum Ganzen schon 137 ff..

1351 Weiterf. schon 138 f. u. 142 ff.

1352 Anscheinend kritisch: *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 415: „Stellt [die] Strategie [des Marktbeherrschers] ein betriebswirtschaftlich nachvollziehbares Verhalten dar, muss eine Untersagung unterbleiben. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein Marktbeherrscher durchaus legitime Gründe haben kann, seine Produkte kurzfristig zu Unterkostenpreisen anzubieten".

1353 Zum Begriff s. schon 101 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(selbst) legitim-wirtschaftliche Unterkosten-Preissetzungen unzulässig sind, sofern sie nicht rechtfertigungsfähig sind.

Wenden wir uns endlich dem *recoupment*-Kriterium zu: Es bezeichnet die Möglichkeit des marktbeherrschenden Unternehmens, die im Rahmen einer *predatory pricing*-Strategie anfänglich erlittenen Gewinnopfer anschliessend an die Verdrängung der Konkurrenz respektive die Verhinderung von Markteintritt durch Extragewinne wieder decken zu können.[1354] Die Extragewinne können sowohl auf demselben als auch – aufgrund von Reputationseffekten – auf einem anderen Markt oder auf mehreren Märkten („multi-market recoupment") wieder eingefahren werden.[1355] Ein Gewinnopfer (*profit sacrifice*) bedingt nach hier verwendeter Terminologie keine eigentlichen buchhalterischen Verluste, sondern beschreibt jegliche Opportunitätskosten infolge zeitweiligen Verzichts auf höhere Erlöse;[1356] nicht jeder Gewinnopfer-Ausgleich ([*profit sacrifice*] *recoupment*) ist mithin ein Verlustausgleich (*loss recoupment*).[1357]

Die Möglichkeit zum *recoupment* ist eine massgebliche Voraussetzung für ein erfolgreiches *predatory pricing*.[1358] Das konkrete *recoupment*-Po-

---

1354 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 244 zu Art. 102 AEUV; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 306 zu Art. 102 AEUV; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 532 zu Art. 102 AEUV; *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 312; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.343; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 385 zu Art. 7; *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 221 zu Art. 7 II LCart; Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 573 f.; *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 477; *Rousseva*, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, 160 f.; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 115; der Begriff „Extragewinne" umfasst sowohl Oligopol- als auch Monopolgewinne, vgl. schon 176.

1355 S. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 102 f.; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 167, m.w.Verw; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 24 zu Art. 7, mit Verw. auf *WEKO-Sekretariat*, RPW 2003/1, 62 ff., 65 (Tz. 15) – *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*; weiterf. zu einem „strengen" *recoupment*-Test, bei welchem lediglich Extragewinne auf demselben Markt Berücksichtigung finden dürfen: *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 406 ff., mit zutreffender Kritik (*ibid.*, 409 f.).

1356 Vgl. schon 254 mit Verw.

1357 S. aber die soeben zit. Lit. (Fn. 1354), welche zumindest begrifflich fast durchwegs auf „Verluste" abstellt.

1358 S. schon 176; weiterf. zu den unerlässlichen und massgeblichen Voraussetzungen für ein erfolgreiches *predatory pricing* s. 174 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tenzial indiziert, inwieweit ein bestimmter Markt *predatory pricing*-geeignet ist sowie infolgedessen prinzipiell -„anfällig" sein sollte, zumal ein gewinnmaximierendes Unternehmen ohne Aussicht auf Opportunitätskosten übersteigende Extragewinne auf eine *predatory pricing*-Strategie verzichten würde.[1359] Dass ein *recoupment*-Bestreben intrinsischer Bestandteil einer jeden *predatory pricing*-Strategie sein sollte, veranschaulicht den „subjektiven" Aspekt des *recoupment* als Beurteilungskriterium im Bereich des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbots, wie es auch von einem Teil der Lehre sowie insbesondere der *GD Wettbewerb* im Diskussionspapier propagiert wird: Dem objektiven Potenzial wird ein Indiz-Charakter im Hinblick auf den indirekten Nachweis einer „Verdrängungsabsicht" zugerechnet.[1360]

Vordringliche Bedeutung sollte derweil der Möglichkeit zum Gewinnopfer-Ausgleich *per se* im Sinne des „objektiven" Aspekts des *recoupment* zukommen: Dem Nachweis von die Gewinnopfer übersteigenden Extragewinnen wird mitunter – notabene namentlich in der Rechtsprechung des *U.S. Supreme Court* – eine konstitutive Bedeutung für die Missbräuchlichkeit von *predatory pricing* beschieden.[1361] *Ratio* für ein solches Erfordernis ist, dass insgesamt keine negativen Auswirkungen auf die

---

1359 Zur technischen Sicht des Unternehmens sowie alternativen Erklärungsansätzen der Theorie der Firma s. schon 27 ff.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 228 u. 319; *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 228 zu Art. 7 II LCart; *Rousseva*, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, 161; zu Erkenntnissen aus dem Bereich der Verhaltensökonomik s. *Heinemann*, Chapter 11: Behavioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), 211 ff., 227; ebenfalls die Kompensations*aussicht* betonend: *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 405 f.; s. die relativierenden Hinw. bei *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 334 – *Wanadoo Interactive,* m.w.Verw.

1360 S. soeben 292 ff., m.w.Hinw. sowie generell kritischer Beurteilung von „Objektives Potenzial"-Kriterien für den Nachweis einer unternehmerischen Motivation im konkreten Einzelfall; einschränkend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 533 zu Art. 102 AEUV, welche lediglich bei einem „überzeugend[en] [N]achweis[...]" der „Unmöglichkeit oder Unwahrscheinlichkeit eines recoupment im Einzelfall [...] unter Umständen die Plausibilität einer von dem Unternehmen vorgebrachten Alternativerklärung für die Preissenkungsstrategie" unterstrichen sehen, welche im Rahmen der Beurteilung einer „Verdrängungsabsicht" bedeutsam werden soll; zu letzterer weiterf. soeben im Text.

1361 *Brooke Group Ltc. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U. S. 209, 225 f. (1993): „The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the pre-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Konsumentenwohlfahrt erwartet werden, wenn die Erfolgsaussichten der *predatory pricing*-Strategie negativ sind.[1362] Mittels einer „Gewinnopfer-Extragewinne-Bilanzierung" könne weiter die latente Gefahr von Typ I-Fehlern gemindert werden.[1363]

Die Doktrin hat die skizzierten Argumente ausführlich und kritisch beleuchtet.[1364] Es soll hier lediglich zweierlei hervorgehoben werden: Die Eignung des *recoupment*-Kriteriums zur Identifikation von *false positives* ist anhand seiner Orientierung an den (justiziablen) primärrechtlichen Schutzzielen zu beurteilen.[1365] Ein Nichteingreifen infolge Ausbleibens einer unmittelbar negativen Beeinflussung der Verbraucherrente entsprechend einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.e.S. unter Bezugnahme auf

---

datory scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level that would be sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it. As we have observed on a prior occasion, ‚[i]n order to recoup their losses, [predators] must obtain enough market power to set higher than competitive prices, and then must sustain those prices long enough to earn in excess profits what they earlier gave up in below-cost prices'", mit Verw. auf *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.,* 475 U.S. 574, 590 f. (1986); *Bolton/Brodley/Riordan*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), 2267 ff.; s.a. Judge Easterbrook, *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1401 (7th Cir. 1989); *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.078; *Janssens*, GCP 2.2009; zur Rspr. beim schweizerischen Behinderungsmissbrauchsverbot weiterf. sogleich im Text.

1362 Vgl. schon 182 ff., mit qualitativem Nachweis einer vergrösserten „Partial-Konsumentenrente" auf Kosten der „Partial-Produzentenrente" bei einer Preissetzung unterhalb der MC; GA *Mazák*, Schlussanträge v. 25.9.2008, Rs. C-202/07, Tz. 73 f. – *France Télécom*: „Wenn keine Möglichkeit zum Verlustausgleich besteht, dann ist das beherrschende Unternehmen wahrscheinlich auf normalen Wettbewerb ausgerichtet. [...] In einem solchen Fall, in dem kein Verlustausgleich möglich ist, dürfte grundsätzlich davon auszugehen sein, dass die Verbraucher und ihre Interessen nicht geschädigt werden"; i.d.S. zumindest auch *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 70.

1363 *Joskow/Klevorick*, 89 Yale L.J. 213 (1979), 222 ff.; relativierend *Hemphill*, 53 Stan. L. Rev. 1581 (2001), 1586, 1589 ff.; weiterf. *Strader*, 39 World Comp. 653 (2016).

1364 S. die Darst., jew. mit Verw., bei *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 311 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 405 ff.; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 164 ff.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 244 zu Art. 102 AEUV; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 351 zu Art. 7.

1365 Weiterf. schon 109.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den *consumer welfare*-Standard[1366], wie es bei Geltung eines strengen *recoupment*-Nachweiserfordernisses augenscheinlich angezeigt wäre,[1367] kann allerdings zu Ergebnissen führen, welche mit den primärrechtlichen Vorgaben in der Europäischen Union (und in der Schweiz) nicht übereinstimmen: Ein unternehmerisches Preissetzungsverhalten muss bei schutzzielkonformer Auslegung unter Umständen als missbräuchlich qualifiziert werden können, selbst wenn ein Gewinnopfer-Ausgleich (wahrscheinlich) nicht gelingen wird.[1368]

Während hinsichtlich seines Potenzials zur Verhinderung von Typ I-Fehlern mithin generelle Vorbehalte bestehen müssen, erscheint ein weiteres, regelmässig gegen das *recoupment*-Kriterium vorgebrachtes Argument von möglicherweise geringerer Tragweite: Der quantitative Nachweis von Extragewinnen ist freilich mit Unsicherheiten behaftet, umso mehr, wenn jene im Zeitpunkt der Untersuchung noch nicht, sondern erst zukünftig „mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit gelingen" werden.[1369] Hiermit wird bei genauerer Betrachtung die Frage nach dem bei Prognosebeweisen anwendbaren Beweismass aufgeworfen, welches gegenständlich nach hier vertretener Auffassung notwendigerweise auf den Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit reduziert werden sollte.[1370] Eine Bilanzierung von Gewinnopfern und Extragewinnen vermöchte infolgedessen den beweisrechtlichen Anforderungen wohl regelmässiger zu genügen.

1366 Weiterf. schon 68 ff., insb. 73 ff.

1367 Ähnlich und zugleich abweichend *Rousseva*, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, 169: „The recoupment test protects consumer welfare understood as total welfare".

1368 Vgl. schon 76 ff.; vgl. im Übrigen schon 182 ff., mit Nachweis eines „Partial-Wohlfahrtsverlusts" bei Preissetzungen unterhalb der MC; im Ergebnis entsprechend und die Gefahr eines under-enforcement betonend: *Fuchs/Möschel*, *ibid.*, N 244 zu Art. 102 AEUV.

1369 *Eilmansberger/Bien, ibid.* (Hervorh. weggelassen); *Hemphill*, 53 Stan. L. Rev. 1581 (2001), 1586, 1597; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 311; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 108 ff.; *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 167 f.

1370 Weiterf. schon 145 ff., m.w.Verw.; entsprechend *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 479: „[Measurement of recoupment] is an evaluation of what is likely to happen in the future which, by its nature, involves a large degree of speculation and uncertainty"; möglicherweise anders *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 24 zu Art. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Erweist sich eine Beweismasssenkung mithin sowohl als angezeigt wie auch zugleich zweckdienliches Mittel, das *recoupment*-Kriterium handhabbar zu machen, so scheint sie im Übrigen jedenfalls insoweit unbedenklich, als dem erbrachten Wahrscheinlichkeitsnachweis nach zutreffender Auffassung keine konstitutive, sondern lediglich eine indikative Bedeutung bei der Feststellung eines *predatory pricing* zugestanden wird. Das strukturelle *recoupment*-Potenzial sollte entsprechend *Wurmnest* von den Wettbewerbsbehörden im Sinne einer grundsätzlichen „Plausibilitätskontrolle" eruiert werden; es sollte untersucht werden, „ob die vorgefundene Marktstruktur und die Wettbewerbsbedingungen den mit der Predationsstrategie angestrebten Erfolg möglich erscheinen lassen".[1371]

Der *EuGH* misst dem *recoupment*-Kriterium denn auch richtigerweise keine konstitutive Bedeutung zu.[1372] Bedenklich erschiene hingegen, falls die Berücksichtigung der „Möglichkeit des Verlustausgleichs als für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit der fraglichen Praxis relevanten Umstand" tatsächlich lediglich „eingleisig" erfolgen würde, wie dies zumin-

---

1371 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 410; sehr einschränkend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 244 zu Art. 102 AEUV (Hervorh. weggelassen), welche es als „sinnvoll" erachten, dass „ausserhalb des Kosten-Preis-Vergleichs keine zusätzlichen tatsächlichen Auswirkungen des vorgeworfenen Preisverhaltens auf dem Markt darzulegen sind", sowie auf eine „Plausibilitätskontrolle" jedenfalls verzichten wollen, wenn „die massgeblichen Kostenstandards (AAC bzw. LRAIC)" unterschritten worden sind; die Unplausibilität des *recoupment* nicht zugunsten des Marktbeherrschers zu berücksichtigen, deckt sich jedenfalls mit der Rspr. des *EuGH* in Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, insb. Tz. 111 – *France Télécom*, weiterf. sogleich im Text.

1372 *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 110 – *France Télécom*: „[A]us der Rechtsprechung des Gerichtshofs [ergibt sich] nicht, dass der Nachweis eines möglichen Ausgleichs der Verluste, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung durch die Anwendung von Preisen unter einem bestimmten Kostenniveau erleidet, eine notwendige Voraussetzung für die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer solchen Preispolitik ist. Der Gerichtshof hatte insbesondere bereits Gelegenheit, die Notwendigkeit eines solchen Nachweises unter Umständen zu verneinen, unter denen die Verdrängungsabsicht des in Rede stehenden Unternehmens vermutet werden konnte, weil es unter den [AVC] liegende Preise anwandte", mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94, Tz. 44 – *Tetra Pak*; entsprechend bereits *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 333 – *Wanadoo Interactive*; *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 71; ebenso hinsichtlich Preis-Kosten-Scheren in *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 96 ff. – *TeliaSonera*; zustimmend *Heinemann*, Chapter 11: Behavioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), 211 ff., 226 f.; *O'Grady*, 37 World Comp. 459 (2014), 478 f., jew. m.w.Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dest der Wortlaut der zitierten Rechtsprechung zu implizieren vermag: „[N]icht aus[geschlossen]" ist eine *recoupment*-Argumentation danach anscheinend lediglich *zulasten* des inkriminierten Unternehmens, sofern „sie z. B. dazu beitragen kann, im Fall der Anwendung von Preisen unter den [AVC] andere wirtschaftliche Begründungen als die Verdrängung eines Mitbewerbers auszuschliessen oder im Fall der Anwendung von Preisen [zwischen den AVC und den ATC] die Existenz eines Plans zur Verdrängung eines Mitbewerbers zu belegen".[1373] Die *Kommission* hatte zuvor in den Tz. 332 bis Tz. 367 der Entscheidung *Wanadoo Interactive* den dem „objektiven" Aspekts des *recoupment* innewohnenden indikativen Charakter *m.E.* in zutreffender Weise einiges umfassender gewürdigt;[1374] sie ging „zur Ergänzung näher auf die Zutrittsschranken und die Kosten des Markteinstiegs ein[...], die den fraglichen Markt kennzeichnen und die einen dauerhaften Ausgleich der Verluste für das beherrschende Unternehmen plausibel erscheinen lassen" und konnte ebendiese Plausibilität nachweisen.[1375]

In der Schweiz spricht sich die Lehre – zumindest hinsichtlich der *predatory pricing*-idealtypischen (Kampf-)Preisunterbietungen – mehrheitlich „für das Kriterium des *recoupment* aus".[1376] Das Ausmass dieser Zustimmung wird indes manchmal nicht restlos deutlich: *Amstutz* und *Carron* erklären das „*recoupment*-Kriterium nach Art. 7 Abs. 2 lit. d auf Basis der gegenwärtigen behördlichen Praxis" ohne erkennbare Bewertung als konstitutiv;[1377] ähnlich geht anscheinend *Borer* grundsätzlich von keiner missbräuchlichen Verhaltensweise aus, wenn „trotz einer vollständigen Verdrängung eines bestimmten Wettbewerbers noch genügend Wettbewerbs-

---

1373 *EuGH* in Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 111 – *France Télécom*; anders anscheinend *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 228 zu Art. 7 II LCart: „En conséquence, la Commission est libre d'examiner la possibilité de récupération des pertes"; kritisch hinsichtlich eines „subjektiven" Aspekts des *recoupment* s. soeben 294; gar apodiktischer im Übrigen in Bezug auf Preis-Kosten-Scheren: *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 103 – *TeliaSonera*: „[F]ür die Feststellung der Missbräuchlichkeit dieser Preispolitik [spielt es] keine Rolle [...], ob das beherrschende Unternehmen etwaige, durch die fragliche Preispolitik entstandene Verluste ausgleichen kann" (Hervorh. d. Verf.).

1374 *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*.

1375 *Ibid.,* Tz. 338 u. insb. Tz. 367.

1376 S. die Formulierung bei *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 386 zu Art. 7 (Hervorh. im Original), u. a. mit Verw. auf die sogleich zit. Lit.

1377 *Ibid*. (Hervorh. im Original); s. die Relativierung sogleich im Text.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

druck [herrscht] und [...] sich deshalb der Preis nicht über das Wettbewerbsniveau anheben [lässt];[1378] nach *Clerc* und *Këllezi* sollte das *recoupment*-Potenzial nicht geprüft werden „comme exigeant une preuve (directe) de la récupération effective des pertes, mais comme une condition commandant un examen minutieux des conditions et de la structure du marché pour estimer la probabilité d'une récupération ultérieure".[1379]

Letztere Auffassung erscheint insofern vorzugswürdig, als sie sich auch in der Schweiz bei der Beurteilung von *predatory pricing* (lediglich) für eine indikative Plausibilitätskontrolle ausspricht. Jedenfalls soweit die konstitutive Bedeutung des *recoupment*-Kriteriums mit dem Wortlaut der *Botschaft* unter Verweis auf eine allfällige gesetzgeberische Inspiration durch die U.S.-amerikanische Rechtsprechung begründet werden sollte,[1380] ist auf die nicht-identischen Schutzziele der beiden Rechtsordnungen hinzuweisen.[1381] Vielmehr stimmen die Schutzziele des schweizerischen Missbrauchsverbots weitgehend mit den unionsrechtlichen überein.[1382] Beim unionsrechtlichen Behinderungsmissbrauchsverbot ist indessen namentlich infolge ebensolcher primärrechtlicher Überlegungen von einer Tatbestandskonstitutivität des *recoupment*-Kriteriums abzusehen; sie wurde desgleichen höchstrichterlich verneint.[1383]

Im Übrigen sollte man sich vergegenwärtigen, dass das schweizerische Missbrauchsverbot dem unionsrechtlichen angeglichen wurde und von einer harmonisierten Auslegung aus Gründen der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit lediglich abzusehen wäre, falls eine anderslautende ständige Rechtsprechung bestehen würde.[1384] Die behördliche Praxis in

---

1378 *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 24 zu Art. 7.

1379 *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 227 zu Art. 7 II LCart.

1380 Einen Verweis auf Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 573 f. findet sich bei *Amstutz/Carron, ibid.*, die Erwähnung einer anscheinenden Referenz bei *Clerc/Këllezi, ibid.,* N 226 zu Art. 7 II LCart; zur U.S.-amerikanischen Rspr. s. die Verw. bereits in Fn. 1361.

1381 Vgl. 68 ff. u. 79 ff.; darüber hinaus ist für die Anwendung von Sec. 2 des U.S. Sherman Act kein Nachweis der „Marktbeherrschung" des inkriminierten Unternehmens notwendig, bei Vorliegen welcher ein *recoupment* generell wahrscheinlicher ist, s. nur *Kellerbauer*, ECLR 2010, 182, Fn. 74; vgl. *Vickers*, 115 Econ. J. 244 (2005), 248, gemäss welchem eine marktbeherrschende Stellung „implies ability to recoup"; wohl richtigerweise *a.M. de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.379 ff.

1382 S. 61 ff., insb. 82 ff.

1383 S. die Hinw. soeben im Text.

1384 Weiterf. 154 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Schweiz offenbart sich *m.E.* aber weder eindeutig noch zwingend: Die Ausführungen der *WEKO* in *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* verfügen über einen gewissen Eventualbegründungscharakter, indem die Möglichkeit einer Preisanhebung lediglich „zusätzlich [...] fraglich" war; jedenfalls erschien – entsprechend einer Plausibilitätskontrolle – „[e]ine „Predatory Pricing-Strategie folglich aus den dargelegten Gründen unwahrscheinlich".[1385] Auch das *BVGer* hat in *Swisscom ADSL II* festgehalten, dass bei Preis-Kosten-Scheren „grundsätzlich unerheblich [ist], ob [das] marktbeherrschende[...] Unternehmen[...] allfällige Verluste auf dem Endproduktemarkt durch Gewinne auf dem Vorproduktemarkt ausgleichen kann".[1386] Es soll nicht verschwiegen werden, dass das *BVGer* hiervon „[i]m Gegensatz zum Tatbestand der Preisunterbietung" ausgeht.[1387] Wohlgemerkt handelt es sich indes zumindest bei Letzterem abermals um ein blosses *obiter dictum*; „erheblich" müsste (oder sollte wenigstens) überdies nicht „konstitutiv" bedeuten.

Schliesslich wäre eine dergestaltige Differenzierung der Prüfungsvoraussetzungen, wie sie das *BVGer* ohne Not heraufzubeschwört, nach hier vertretener Auffassung ohnehin nicht angezeigt: Freilich macht „[e]in Unternehmen, das eine Preispolitik betreibt, die auf eine Beschneidung der Margen seiner Wettbewerber hinausläuft, [...] nicht zwangsläufig Verluste",[1388] sondern kann – tendenziell eher als im Falle von idealtypischen (Kampf-)Preisunterbietungen – insgesamt kostendeckend produzieren. Es ist deswegen ohne Weiteres richtig, wenn etwa *O'Donoghue* und *Padilla* bemerken: „Given that recoupment is not a requirement under Article 102

1385 *WEKO*, RPW 2004/4, 1002 ff., Tz. 54 – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* (Hervorh. d. Verf.); freilich ist offen zu legen, dass es sich vorliegend um einen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen handelte, weswegen in zit. Stelle möglicherweise eher dem Beweismasserfordernis an ein „zusätzlich[es]", konstitutives Tatbestandselement entsprochen wurde; s.a. *WEKO-Sekretariat,* RPW 2003/1, 62 ff., Tz. 15, 43 u. 50 ff. – *Espace Media Groupe/ Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*, wo der Möglichkeit zur Anhebung der Preise über das Wettbewerbsniveau nach einer potenziellen Verdrängung des Mitbewerbers freilich gewichtigere Bedeutung zugemessen wurde (ebenso *WEKO-Sekretariat*, RPW 2002/3, 431 ff., Tz. 6d – *Radio und TV-Markt St. Gallen*); eine eigentliche Rechtsprechungspraxis vermögen lediglich die vom *Sekretariat* der *WEKO* verfassten Schlussberichte zu Vorabklärungen indes kaum begründen.

1386 *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 406 – *Swisscom ADSL II.*

1387 *Ibid*.

1388 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 99 – *TeliaSonera*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TFEU, even in predatory pricing cases, it is difficult to see how it could have been in respect of margin squeeze".[1389] Auch bei Preis-Kosten-Scheren fallen jedoch durch Extragewinne ausgleichbare Gewinnopfer allemal in Form von Opportunitätskosten an.[1390] Die normative Bedeutung des *recoupment*-Kriteriums bei Preisunterbietungen und Preis-Kosten-Scheren anders zu gewichten, wäre insofern sinnvollerweise nur vertretbar, wenn jeweils der Nachweis eines Verlustausgleichs erfolgen würde. Bei Preis-Kosten-Scheren wäre ein eigentliches *loss recoupment* nämlich „unwahrscheinlicher", und das Beurteilungskriterium demzufolge von geringerer Aussagekraft. Verfolgt man mit dem *recoupment*-Kriterium indessen nach richtiger Ansicht den indikativen Nachweis eines potenziellen Ausgleichs von Gewinnopfern, ist das Vorliegen von eigentlichen Verlusten gänzlich unerheblich.[1391]

D. Temporale Aspekte

a) Untersuchungszeitraum

Von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Durchführung von Kosten-Preis-Vergleichen ist die Festlegung des jeweiligen Untersuchungszeitraums. Es wird hier generell auf den Zeitraum abgestellt, während welchem das inkriminierte Verhalten vorgeblich stattgefunden hat respektive vermutlich angedauert hätte.[1392] Der (Gesamt-)Untersuchungszeitraum beeinflusst die Höhe der AVC und AAC. Generell nehmen bei diesen Kostenarten die zurechenbaren Kosten auf Dauer hin zu, zumal sie alsdann als

---

1389 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 392, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 96 – *TeliaSonera.*

1390 S. schon 254, insb. Fn. 1103; ebenso *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 398.

1391 Entsprechend brachte notabene auch die *WEKO* in *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* kein *loss recoupment*-Kriterium zur Anwendung, als sie die Möglichkeit einer Preisanhebung thematisierte, obwohl beim inkriminierten Unternehmen keine Preise unter den Selbstkosten festgestellt wurden (s. RPW 2004/4, 1002 ff., Tz. 51 ff. – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*).

1392 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 294 f.; *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 51 u. 84, mit Verw. auf *OECD*, Policy Roundtable Predatory Foreclosure, 233; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 351 zu Art. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

variabel respektive vermeidbar zu qualifizieren sind.[1393] Auch die ATC sowie LAIC bleiben lediglich unabhängig vom betrachteten Zeitraum, wenn die einschränkenden Voraussetzung eines konstanten Outputniveaus erfüllt ist.[1394]

b) Berechnungsansätze

aa) „Period by period"

Ein Kosten-Preis-Vergleich kann grundsätzlich entweder über den gesamten Untersuchungszeitraum oder aber Perioden desselben vorgenommen werden. Letztere Methode findet in der Rechtsprechung häufigere Anwendung:[1395] Danach besteht das inkriminierte Unternehmen die Prüfung, wenn dessen Einnahmen die Ausgaben in jeder einzelnen Beurteilungsperiode übersteigen. Besagte Einnahmen und Ausgaben werden nach *buchhalterischen* Kriterien bestimmt. Dieses Vorgehen wird als „[i]n some cases [...] suitable" bezeichnet.[1396] Während dies wenigstens im Ergebnis fallweise zutreffen mag, berücksichtigt das Vorgehen indes in ungenügender Weise einerseits die Qualitäten der vorliegend relevanten *ökonomischen* Kosten und andererseits sämtliche ausserhalb der fraglichen Periode anfallenden respektive wenigstens buchhalterisch nicht erfassten – strate-

1393 S. 36 f.

1394 *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 70; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 85; vgl. *Ridyard*, ECLR 2009, 230 ff., 231; weiterf. sogleich 313 ff.; zur Bedeutung des Untersuchungszeitraums für den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung s. 357.

1395 *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 325 ff. – *Telefónica*, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *AKZO*; *EuGH*, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94 – *Tetra Pak*; *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 72 u. Tz. 90 – *Wanadoo Interactive* (*ibid*., Tz. 331).

1396 *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 383 f.; s. auch *Rummel*, NZKart 2014, 354 ff., welcher kommentarlos ausschliesslich buchhalterische Kosten behandelt und später „eintretende" Preiselemente nicht anspricht; s. auch *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009; Tz. 506 – *Swisscom ADSL II*: „[F]ür die kartellrechtliche Beurteilung der Ertragslage einzelner Geschäftsbereiche sind die nach allgemein anerkannten und übereinstimmend festgelegten Anforderungen, wie sie in den [finanzbuchhalterischen] Rechnungslegungsvorschriften zum Ausdruck kommen, massgebend".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gischen – Preiselemente.[1397] Diese Folgen scheinen freilich nicht zwingend: Auch bei einem „period by period"-weisen Vergleich könnte grundsätzlich eine vollständige Bestimmung der relevanten Parameter angestrebt werden, was aber zum einen mit entsprechend gesteigertem Aufwand und schwierigen Abgrenzungs- sowie Zurechnungsfragen einhergeht und zum anderen an den tatsächlichen Restriktionen im Hinblick auf die Berücksichtigungsfähigkeit besagter strategischer Elemente leidet.[1398]

Erhebliche (Investitions-)Kosten sind oftmals unausweichlich. Diese bedeuten regelmässig anfängliche Verluste (*start up losses*), welche bei einer wenigstens schwergewichtigen Zuordnung zur korrespondierenden (Anfangs-)Periode durch die Einnahmen desselben Zeitraums nicht ausgeglichen werden können. Mit ebensolchen Kosten kann verschiedentlich verfahren werden: Die fragliche Anfangsperiode kann vollständig ausgeblendet werden, was sich anbietet, gerade wenn überdies „das Entwicklungsstadium des [M]arktes zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausreichte, um bei einer Prüfung auf Verdrängungspreise signifikante Ergebnisse zu erhalten".[1399] Damit einher geht freilich eine Beschränkung des (Gesamt-)Untersuchungs-zeitraums, welcher die AVC respektive AAC beeinflusst.[1400] Regelmässig bietet es sich währenddessen – jedenfalls bei (Kampf-)Preisunterbietungen – an, besagte Kosten mit Investitionscharakter dergestalt zu berücksichtigen, dass sie auf die einzelnen Beurteilungsperioden des Untersuchungszeitraums aufgeteilt werden.[1401]

1397 Zum ökonomischen Kostenbegriff s. 32 f; zur Bestimmung der ökonomischen Kosten s. 213 ff.; zu den berücksichtigungswürdigen strategischen Preiselementen s. 223 ff.; vgl. *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 263 – *Wanadoo Interactive*, wo die Opportunitätskosten als implizite Kapitalkosten (s. Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Kapitalkosten") ausdrücklich nicht berücksichtigt wurden.

1398 Zu letzterem s. 226 ff. sowie der diesbezügliche Ansatz im Rahmen der Ertragswertmethode auf 318 ff.

1399 S. *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz 71 – *Wanadoo Interactive*, wobei die *Kommission* betonte, dass das Wettbewerbsrecht freilich auch auf Wachstumsmärkten gelte (*ibid*., Tz. 301).

1400 S. soeben 312 f.

1401 S. *Kommission*, *ibid*., Tz. 76; vgl. die kritische Darst. des Vorgehens in besagter Entscheidung bei *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 63 ff.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 331 f.; *Rummel*, NZKart 2014, 354 ff., 356; s.a. *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 86 u. 91, mit anschaulicher Darst. des Einflusses einer einmaligen Investition auf die AAC in

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bei der Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren hat sich das *BVGer* hingegen im Entscheid *Swisscom ADSL II* für eine sehr restriktive periodenweise Aufteilung von Kundenakquisitionskosten ausgesprochen: Im Gegensatz zu „eindimensionalen" Preisunterbietungen dürfe bei „zweidimensionalen" Preis-Kosten-Scheren das wirtschaftliche Ergebnis des Grosshandelsgeschäfts nicht ausser Acht gelassen werden. Zumindest sobald letzteres profitabel sei und die Verluste des Einzelhandelsgeschäfts dadurch ausgeglichen werden könnten, „besteh[e] kein Grund zur Annahme, die Akquisitionskosten in einem Wachstumsmarkt entgegen den allgemeinen Regelungen des anzuwendenden Rechnungslegungsstandards abzuschreiben". Vielmehr würde sich andernfalls „die Zwangswirkung einer Kosten-Preis-Schere [noch] verstärk[en], weil die Spanne zwischen den Erträgen des Grosshandelsgeschäfts und den Erträgen bzw. Verlusten des Einzelhandelsgeschäfts vergrössert werden würde".[1402]

Indem sich das *BVGer* generell gegen eine periodenweise Aufteilung von Investitionskosten im Einzelhandelsgeschäft bei Profitabilität des marktbeherrschten Grosshandelsgeschäfts stellt, beschränkt es das zulässige Ausmass von strategischen Investitionen für das vertikal integrierte Unternehmen. Es unterstellt letzterem zumindest implizit ein missbräuchliches „monopoly leveraging", sofern Investitionen in das Einzelhandelsgeschäft getätigt werden, deren Wert eine Unterkosten-Preissetzung in der entsprechenden Periode zur Folge haben. Dies ist aus zweierlei Gründen bedenkenswert: Die (nicht umfassende) Bedingung „Profitabilität im Grosshandelsgeschäft" erscheint einerseits willkürlich, zumal sie hinsichtlich des „Marktmachttransfer"-Potenzials grundsätzlich unerheblich ist. Sogar bei Verlusten im marktbeherrschten Grosshandelsgeschäft kann das vertikal integrierte Unternehmen nämlich, sobald die Einzelhandelsgeschäft-Konkurrenz verdrängt worden ist, durch Preiserhöhungen gegebenenfalls sowohl die Opportunitätskosten wieder wettmachen als auch eine Profitabilität im Grosshandelsgeschäft erreichen.[1403] Andererseits ist *pre-*

Abhängigkeit zur untersuchten Periode und dem richtigen Hinw., dass es sich hierbei um eine Abweichung vom (streng) buchhalterischen Ansatz handle.

1402 *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009; Tz. 510 – *Swisscom ADSL II*; im Anschluss an zit. Stelle führte das *BVGer* dann doch Berechnungen mit der Abschreibung der Aquisitionskosten über drei Jahre hinweg durch, welche allerdings nicht dazu führten, dass „die Feststellung der negativen Wirtschaftlichkeit des Einzelhandelsgeschäfts der Swisscom-Gruppe korrigiert werden müsste" (*ibid*., Tz. 511 ff., 517).

1403 Weiterf. zur Rationalität und den Erfolgsaussichten von *predatory pricing*: 174.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

datory pricing grundsätzlich Kosten-Preis-Verhältnis-unabhängig;[1404] die vom *BVGer* implizierte Fiktion einer strategischen Intention erscheint nach hier vertretener Auffassung lediglich bei einer Unterschreitung der kurzfristigen Kosten zulässig, nicht jedoch schon bei einer einperiodig die LAIC unterbietenden Preissetzung.[1405]

Das zweckmässige Vorgehen beim Umgang mit Investitionskosten sollte jedenfalls einzelfallweise festgelegt werden, wobei insbesondere die Vertragslaufzeit der Kundenverträge sowie allfällige Regulierungsvorgaben zu berücksichtigen sind.[1406] Sofern *start up losses* ausgeklammert werden, sollten die mit den Investitionen verbundenen strategischen Preiselemente ebenfalls ausser Acht bleiben, zumal andernfalls – ungeachtet ihrer konkreten Berücksichtigungsfähigkeit – im Hinblick auf den fraglichen Kosten-Preis-Vergleich eine übermässige Preisbestimmung erfolgen würde.

Die Notwendigkeit einer einzelfallweisen Bestimmung gilt im Übrigen auch für die Periodendauer. *Rummel* spricht sich dafür aus, dass sich die Perioden „an den Realitäten auf dem Markt orientieren". Wenn die Erwerbsentscheidungen der Marktgegenseite kurzfristig fallen würden, seien monatliche Perioden angemessen. Würden längerfristige Verträge abgeschlossen, seien die Perioden jenen nachzuempfinden und sollten deswegen mindestens ein Jahr betragen. Eine periodenweise Betrachtung sei einer Durchschnittsbetrachtung über den gesamten Untersuchungszeitraum grundsätzlich vorzuziehen, weil erstere bei Umsatz-, Preis- oder Kostenschwankungen zu Verzerrungen führe.[1407] Tatsächlich ist eine Durchschnittsbetrachtung für das inkriminierte Unternehmen vorteilhaft, weil es den Kostenvergleich lediglich „unter dem Strich" bestehen muss. *O'Donoghue* und *Padilla* bemerken indes mit guten Gründen, dass gerade die Nachfragevolatilität auf dynamischen Märkten ein Unsicherheitsmoment begründe, welchem eine Beurteilung mittels (kurzer) Perioden nur ungenügend Rechnung trage.[1408] In solchen Fällen ist es vermutlich nicht zweckmässig, eine jederzeitige kurzfristige Profitabilität zu fordern. Eine

1404 Weiterf. 254 f.
1405 Weiterf. 256 f., 265 ff.
1406 *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 474 ff. – *Telefónica*; entsprechend *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009; Tz. 512 – *Swisscom ADSL II*.
1407 *Rummel*, *ibid*., 355, 357.
1408 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 385 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aller Wahrscheinlichkeit nach marktverschliessende Wirkung ist in solchen Fällen möglicherweise in zeitlicher Hinsicht nicht erheblich genug, um als relevant zu qualifizieren.[1409]

bb) Gesamtbetrachtung

(1) Übersicht

Anstelle von periodenweisen Kosten-Preis-Vergleichen ist nach vereinzelter Rechtsprechung auch eine Betrachtung des gesamten Untersuchungszeitraums möglich: Hierfür können einerseits sämtliche angefallenen Kosten mit dem im selben Zeitraum erreichten Umsatz durch schlichte Subtraktion ins Verhältnis gesetzt werden. Andererseits besteht die Möglichkeit, die aufgewendeten Kosten mit dem – prognostizierten oder tatsächlich erlangten[1410] – Erlös mittels des abgezinsten Zahlungsstroms (Discounted Cash Flow, DCF) zu vergleichen (Ertragswertmethode).[1411]

Ungleich einem „period-by-period"-Vergleich erübrigt sich bei diesen Vorgehensweisen im Grundsatz eine Aufteilung von *start up losses* generierenden Investitionskosten, zumal sich jene bei einer Gesamtbetrachtung ohne weiteres Zutun auf den Untersuchungszeitraum verteilen.[1412] Eine anteilmässige Berücksichtigung erscheint lediglich angezeigt, wenn der Amortisationszeitraum der Investitionskosten die Dauer des Untersuchungszeitraums übersteigt.[1413] Bei einer Gesamtbetrachtung entsteht indessen freilich ein weniger differenziertes Bild hinsichtlich der Auswirkungen von Ertragsschwankungen auf die kurzfristige Kostendeckung,

1409 Weiterf. 349 ff. u. insb. 356, m.w.Hinw.

1410 Zur Betrachtungsperspektive, siehe sogleich 323 ff.

1411 Zum Verhältnis zwischen den Vergleichsansätzen s. *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 153 – *France Télécom*: „Was schliesslich die Behauptung [der Klägerin] angeht, dass zur Berechnung der Deckungsgrade im vorliegenden Fall allein die Discounted-Cashflow-Methode massgeblich sei, so ist festzustellen, dass selbst dann, wenn [die Klägerin] dartun würde, dass die von ihr befürwortete Methode in mancher Hinsicht geeignet ist, dies noch nicht als Beweis für die Unzulässigkeit der im vorliegenden Fall von der Kommission verwendeten Methode ausreichen könnte".

1412 Diesbezüglich sehr kritisch *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009; Tz. 456 – *Swisscom ADSL II*.

1413 Zur Berechnung des Endwerts bei der Ertragswertmethode s. sogleich 318 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

weil hier entgegen der periodenweisen Untersuchung lediglich *ein* Resultat generiert wird.[1414]

Ein blosser Vergleich von Kosten und Umsatz entsprechend der ersterwähnten Methode ist wohl im Hinblick auf die Verfahrensökonomie positiv zu beurteilen. Diese Vorgehen ignoriert aber vollständig zum einen die Opportunitätskosten und zum anderen die ausserhalb des Untersuchungszeitraums anfallenden Folgeeinnahmen. Nicht zuletzt deshalb sollte eine solch „hemdsärmlige" Berechnung lediglich als Grundlage für Verpflichtungszusagen in Verfahren nach Art. 9 VO 1/2003 Anwendung finden.[1415]

(2) Ertragswertmethode

Die Ertragswertmethode ist originär ein Werkzeug der strategischen Unternehmensbewertung. Der Kapitalwert oder Nettogegenwartswert (net present value, NPV) eines Unternehmens ergibt sich aus der Summe sämtlicher prognostizierter (zukünftiger) Cash flows sowie dem ebenfalls prognostizierten Endwert (terminal value, TV), welche hierfür beide auf den Zeitpunkt t = 0 diskontiert werden. Dabei bezeichnet "Cash flow" eine „[f]inanzielle Stromgrösse, die den in einer Periode erfolgswirksam erwirtschafteten Zahlungsmittelüberschuss angeben soll".[1416] „Endwert" bezeichnet sämtliche weiteren, sich im Anschluss an die untersuchte Periode t = 0, ..., n ergebenden Ertragsströme; diese müssen zweckmässigerweise entsprechend auf den Zeitpunkt t = n diskontiert werden. Ein positiver Wert indiziert ein lohnenswertes Investment. Der NPV berechnet sich mithin wie folgt:

1414 *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 99, hält deswegen eine Untersuchung von getrennten Zeiträumen für „das angemessenere Instrumentarium".

1415 Entsprechend *Rummel*, NZKart 2014, 354 ff., 355, 357, mit Verw. auf die Durchschnittsbetrachtung des gegenständlichen Gesamtzeitraums von 2003 bis 2011 im Verfahren COMP/AT.39678/*Deutsche Bahn I* und COMP/AT.39731/*Deutsche Bahn II*; das Verfahren endete mit einer Verpflichtungszusage, s. *Kommission*, Beschluss v. 18.12.2013, *ibid.*

1416 Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Cashflow"; selbstverständlich kann der Cash flow auch ein negativer Betrag sein.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

$$NPV = \sum_{t=0}^{n} \frac{Cash\ flow_t}{(1 + coc)^t} + \frac{TV_n}{(1 + coc)^n},$$

wobei *coc* den Kapitalkosten (cost of capital) entspricht.[1417]

Die Ertragswertmethode eignet sich darüber hinaus grundsätzlich auch zur Untersuchung von *predatory pricing*:[1418] Die Bestimmung des NPV anhand der *ex ante* vom inkriminierten Unternehmen prognostizierten Kosten und Erträge lässt möglicherweise Rückschlüsse über strategische Vorhaben zu. Die *nachträgliche* Bestimmung des zu Beginn des Untersuchungszeitraums gegebenen NPV anhand der nun vorliegenden Kosten- und Preisdaten gibt an, inwiefern das Verhalten tatsächlich kostendeckend war.[1419] Im Rahmen der Diskontierung können darüber hinaus die Opportunitätskosten als implizite Kapitalkosten berücksichtigt werden.[1420]

Ermessensspielräume eröffnen sich bei der Berechnung der DCFs regelmässig im Hinblick auf die Festlegung der im konkreten Fall zu berücksichtigenden Einnahmen. Grund hierfür ist eine in dieser Untersuchung bereits identifizierte Problematik: Die dem Vergleichsparameter „Preis" zurechenbaren Preiselemente sind insofern ambivalent, als sie keinen Rückschluss darüber zulassen, ob sie infolge Leistungs- oder eben Behinderungswettbewerb entstanden sind.[1421] Entsprechend hielt denn auch die Kommission fest: „[D]ie Ertragswertmethode [ermöglicht] die Verrechnung anfänglicher Verluste mit künftigen Gewinnen. Ein positives Ergebnis bei Ermittlung nach der Kapitalwertmethode kann daher Anzeichen für ein wettbewerbswidriges Verhalten sein. Kurzfristige Verluste können langfristig zu höheren Gewinnen führen, die dann möglicherweise nicht auf eine natürliche Marktentwicklung, sondern auf die Steigerung der Marktmacht des beherrschenden Unternehmens zurückzuführen sind. Mit

1417 *Davis/Garcés*, Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, 130; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 332 u. 386 ff., m.w.Verw.; *Rummel*, NZKart 2014, 354 ff., 356 f.; *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 329 u. 360 ff. – *Telefónica*.

1418 Vgl. die einschränkenden Hinw. bei *Kommission*, *ibid*., Tz. 332 ff., 369 – *Telefónica* sowie die Hinw. sogleich im Text.

1419 Zur Betrachtungsperspektive, siehe sogleich 323 ff.

1420 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 332; s. schon Fn. 1397.

1421 Weiterf. 226 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Ertragswertmethode könnte nur festgestellt werden, ob [das inkriminierte Unternehmen] im analysierten Zeitraum voraussichtlich einen positiven Kapitalwert erwirtschaften würde; es könnte jedoch nicht ermittelt werden, wie die Kosten in getrennten Teil- Zeiträumen gedeckt würden. Entsprechend könnte ein positiver Kapitalwert nicht als Beleg dafür verstanden werden, dass kein wettbewerbswidriger Preisdruck ausgeübt wurde, sondern vielmehr, [*sic*] als Anzeichen dafür betrachtet werden, dass eine Verdrängung stattgefunden hat".[1422]

Die *Kommission* war in *Telefónica* bestrebt, den skizzierten Bedenken bei der Festlegung des Endwerts Rechnung zu tragen. Entgegen der typischen Endwertberechnung[1423] *fingiert* sie ausdrücklich einen Wert, der „sich [ergibt] aus den Kosten der nicht amortisierten Vermögenswerte (physische Vermögenswerte und Akquisitionskosten), die nach Ablauf des in der Analyse untersuchten [...]Zeitraums noch zu decken sind".[1424] Die Kommission begründet damit einerseits die Vermutung, dass darüber hinaus möglicherweise vorliegende strategische Preiselemente unisono aus preisbezogenem Behinderungsmissbrauch resultieren.[1425] Sie tätigt damit andererseits aber auch die Annahme, dass strategische Preiselemente im Umfang des Endwerts tatsächlich bestehen, welche als Ergebnis von *competition on the merits* berücksichtigungsfähig sind.[1426]

Der Kommission kommt hier – bei einem Kosten-Preis-Vergleich mit der *langfristigen* Kostenart LAIC – das Verdienst zu, die grundsätzliche Relevanz von strategischen Preiselementen anerkannt sowie deren Ambivalenz in Bezug auf die tatsächliche Berücksichtigungsfähigkeit bei der

---

1422 *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 334 – *Telefónica*; s.a. *EuG*, Urt. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Tz. 218 – *Telefónica*; es ist freilich anzumerken, dass diese Problematik immer – und nicht nur im Rahmen der Ertragswertmethode – besteht, wenn man nach hier vertretener Auffassung zutreffenderweise die „leistungswettbewerblichen" strategischen Preiselemente mit zu berücksichtigen versucht; *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 332 f., 384 f.

1423 S. soeben oben im Text.

1424 *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 363 – *Telefónica*, mit Verw. auf den entsprechenden Ansatz in *OFCOM*, Direction Setting the Margin between IPStream and ATM interconnection prices, 26.8.2004 (*ibid*., Tz. 367).

1425 *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 386, mit Verw. auf *Kommission*, *ibid*., 360 f.

1426 Das Vorgehen sollte dahingehend gedeutet werden, dass im Sinne einer „Mischrechnung" zu berücksichtigende strategische Preiselemente in der Höhe des Endwerts angenommen werden.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Preisbestimmung reflektiert zu haben.[1427] Trotzdem haftet dem Vorgehen ein willkürliches Element an: Eine derart abstrakte Endwert-Bestimmung, bei welcher die dynamischen Preiselemente anhand einer eigentlichen *per se rule*[1428] berücksichtigt werden, wird regelmässig nicht die wirkliche Preishöhe bestimmen vermögen. Das Vorgehen korrespondiert damit nur bedingt mit dem Ansinnen eines *more economic approach*, wonach grundsätzlich eine einzelfallweise Bewertung geschuldet wäre.[1429] Aus bereits dargelegten Gründen scheint ebendiese indes unmöglich, sofern nicht vorgängig über die Behinderungsmissbräuchlichkeit des fraglichen Verhaltens entschieden wurde.[1430] Grundsätzlich dürfte es mithin der einzig gangbare Weg sein, derart einen annahmeweisen Endwert nach generellen Kriterien zu bestimmen, womit zumindest eine prinzipielle Berücksichtigung gewährleistet und überdies dem Grundsatz der Rechtssicherheit genügt wird.[1431] Ähnlich wie bei einem periodenweisen Ansatz[1432] ist dies – nach hier verwendeter Terminologie – eine lediglich *normative* Preisbestimmung, deren regelmässige, im konkreten Ausmass aber jeweils unbestimmbare Aberration von der wirklichen Preishöhe freilich im Hinblick auf die Funktionsbestimmung des AEC-Beurteilungsmassstabs ebenfalls zu berücksichtigen ist.[1433]

Ob das von der Kommission auserkorene Vorgehen für die generelle Bestimmung eines fingierten Endwerts im Rahmen der normativen Preisbestimmung *angemessen* ist, sollte im Übrigen hinterfragt werden. So kri-

---

1427 S. aber *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz. 90 ff. – *Wanadoo Interactive*, wo sie eine Ertragswertanalyse bei einem Vergleich mit der kurzfristigen Kostenart AAC als unzulässig erachtete und mithin einen „kurzfristigen Preis" als Vergleichsmassstab zur Anwendung brachte, s. schon 229; bestätigt in *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 153 – *France Télécom*.

1428 Der Begriff findet hier eine lediglich sinngemässe Verwendung, zumal mittels einer *per se rule* nach vorgängig verwendeter Terminologie unmittelbar auf die Rechtmässigkeit resp. Missbräuchlichkeit des Verhaltens geschlossen werden kann, vgl. 107 f.

1429 Weiterf. 104 ff.

1430 S. schon den Verw. in Fn. 986.

1431 Weiterf. zu letzterem vgl. 110 ff.; zu den Defiziten von Vergleichen der Endwerte von Konkurrenten sowie Teilnehmern auf verwandten Märkten s. sogleich im Text.

1432 S. 313 ff.; vgl. auch die generell zu hohe Preisbestimmung infolge Gleichsetzung der relevanten Menge mit dem gesamten bestreitbaren Teil der Nachfrage bei bedingten Rabatten: 243 ff.

1433 S. 339 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tisieren *O'Donoghue* und *Padilla* besagten „book-value-based liquidation-value approach": Der zukünftige Erlös aus immateriellen Vermögenswerten wie Immaterialgüterrechte oder Know-How bleibe etwa generell unberücksichtigt.[1434] Der Gefahr, dass aus Behinderungswettbewerb entstandene strategische Preiselemente bei der Preisbestimmung berücksichtigt würden, könne begegnet werden, „for example by assessing the terminal value on the basis of market-based valuations of firms competing with the incumbent or of firms without market power operating in related markets".[1435] Während die Endwertbestimmung der Kommission aus den von den Autoren angeführten Gründen wohl als regelmässig (zu) konservativ beurteilt werden muss,[1436] könnte zumindest die propagierte Alternative *m.E.* vermutungsweise wertmässig ähnliche Resultate generieren. Es ist durchaus bemerkenswert, dass die Autoren nicht für eine unbedachte wertmässige Übernahme der Endwerte von Konkurrenten oder von nicht marktmächtigen Unternehmen auf verwandten Märkten votieren, sondern lediglich für eine Bestimmung der Marktbeherrscher-Endwerte auf deren Grundlage.[1437] Nichtsdestotrotz sind Zweifel angebracht, ob damit nicht ein REC-Beurteilungsmassstab institutionalisiert würde, indem zur Eruierung der Marktbeherrscher-Endwerte auf die wohl oftmals tieferen Endwerte weniger effizienter Unternehmen abgestellt würde.[1438]

1434 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 386 f., Fn. 87 f., mit Verw. auf alternative Berechnungsansätze; ebenso *Telefónica* im Rahmen der Anfechtung vor dem *EuG*, s. *EuG*, Urt. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Tz. 213 – *Telefónica*; diese an sich zutreffenden Bem. berühren indes wiederum nicht die Frage, ob das derartigem Goodwill zugrunde liegende Verhalten zulässig ist, und folglich ebenso wenig dessen *in casu* Berücksichtigungsfähigkeit.

1435 *O'Donoghue/Padilla*, *ibid*., 388, ohne konkretisierende Ausführungen.

1436 Abweichend *EuG*, Urt. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Tz. 212 ff. – *Telefónica*, wonach die Kommission „ohne offensichtliche Beurteilungsfehler" (*ibid*., Tz. 220 u. 226) vorgegangen sei und jedenfalls „die Annahme eines Endwerts, der sämtliche künftigen Gewinne des betreffenden Unternehmens umfasse, bei Berechnung [*sic*] einer Kosten-Preis-Schere weder begründet noch angemessen sei" (*ibid*., 229); bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 110 ff. – *Telefónica*; zur (selbstauferlegten) Kognitionsbeschränkung der Gerichte s. sogleich 325 ff.

1437 Zu analogen Überlegungen betr. die Unzulässigkeit des Abstellens auf einen REC bei objektiver Unmöglichkeit der Bestimmung der Marktbeherrscher-Kosten s. 208.

1438 Zu den Konsequenzen einer unvollständigen Preisbestimmung s. im Übrigen schon 228 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Jedenfalls ist der Ansatz von *O'Donoghue* und *Padilla* mit einem Verlust an Rechtssicherheit sowie gesteigertem Verfahrensaufwand verbunden: Dieser würde eine einzelfallweise Bestimmung anhand von dem marktbeherrschenden Unternehmen *ex ante* nicht zugänglichen Preisdaten bedingen, welche von der untersuchenden Behörde alsdann bei Konkurrenten sowie auf anderen Märkten eingeholt werden müssten.[1439] Dabei wäre wohl insbesondere bei der Anwendung einer *ex ante*-Betrachtungsperspektive[1440] die nachträgliche Beschaffung der erforderlichen Preisdaten mit erheblichen tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden; Zweifel bestünden diesfalls auch hinsichtlich ihrer Vergleich- und folglich ihrer Verwertbarkeit.[1441]

c) Ex ante- vs. ex post-Perspektive

Schliesslich kann sowohl beim „period-by-period"-Vergleich als auch bei der Gesamtbetrachtung danach unterschieden werden, ob die *ex post* tatsächlich angefallenen Kosten oder ob die *ex ante* erwarteten Kosten als Preisvergleichs-Parameter Verwendung finden.[1442] Letzterem Ansatz werden die aus internen Dokumenten wie etwa Geschäftsplänen ersehbaren Kostenberechnungen des inkriminierten Unternehmens zugrunde gelegt, unter dem Vorbehalt ihrer Plausibilität.[1443] Ein Anwendungsfall findet sich in *Wanadoo Interactive*, wo die *Kommission* periodenweise untersucht hat, ob eine Kostendeckung prognostiziert war.[1444] In *Telefónica* wiederum hat die Kommission in Ergänzung zu einer rückschauenden Ertragswertme-

1439 Vgl. die entsprechenden Bedenken im Hinblick auf die Ausgestaltung eines REC-Beurteilungsmassstabs auf 209 f.

1440 S. hierzu sogleich 323 ff.

1441 Vgl. etwa *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 362 – *Telefónica*, wonach der „anfängliche[...] Geschäftsplan von Telefónica [...] am Ende des Berechnungszeitraums (d.h. zu dem Zeitpunkt, an dem die Ertragswertanalyse endet) keinen Endwert[...] für Vermögenswerte" vorgesehen hat (Hervorh. d. Verf.).

1442 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 378 – *Telefónica.*

1443 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 334, mit Verw. auf *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 715: „reasonably anticipated"; s.a. *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 373 u. 527. – *Telefónica.*

1444 *Kommission*, Entscheidung v. 16.7.2003, COMP/38.233, Tz 97 ff. – *Wanadoo Interactive.*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

thode „für die Beurteilung der Frage, ob die Prognosen [von Telefónica] als Beleg dafür betrachtet werden können, dass die Preispolitik von Telefónica objektiv gerechtfertigt sein könnte, [...] die von der Telefónica für die Zukunft vorgenommenen Kapitalwertberechnungen berücksichtigt".[1445] Die Umschreibung „objektiv gerechtfertigt"[1446] lässt wenig glücklich den unzutreffenden Eindruck entstehen, dass die Kommission eine Prüfung der *ex ante* erwarteten Kosten erst im zweiten Schritt nach der Feststellung eines *prima facie* missbräuchlichen Verhaltens durchführen möchte. Dies wäre jedenfalls schon deshalb nicht angezeigt, weil ein solches Vorgehen schwerlich unter einem der identifizierten Rechtfertigungsgründe subsumiert werden könnte.[1447] Vielmehr ist hieran das Bestreben der Kommission ersichtlich, Unternehmen nicht dafür bestrafen zu wollen, „dass sie ex post Verluste erleiden, wenn die Ex-ante-Entscheidung für das Verhalten guten Glaubens getroffen wurde, d.h. wenn sie schlüssig nachweisen können, dass es durchaus realistisch war, mit Gewinnen zu rechnen".[1448]

Besagtes Vorgehen steht im Übrigen lediglich im scheinbaren Widerspruch zur „Objektivität" des Missbrauchsbegriffs,[1449] zumal eine derartige *ex ante*-Perspektive anhand „objektiver" Elemente einen Verdrängungsplan indizieren und dem Vergleichsresultat folglich auch missbrauchskonstitutive Bedeutung zukommen kann.[1450] Eine vorausschauende Betrachtung hat folglich ohne Weiteres eigenständige Aussagekraft; diese scheint nur insofern nicht umfassend, als sie auf den Nachweis einer missbräuchlichen Strategie beschränkt ist und keine definitive Aussage über eine anschliessend auch tatsächlich vorgenommene Unterkosten-Preissetzung zu-

---

1445 *Kommission*, Entscheidung v. 2.7.2007, COMP/38.784, Tz. 382 – *Telefónica.*

1446 Der englische Wortlaut der Entscheidung lautet „objectively justified", der – verbindliche – spanische Wortlaut lautet „justificarse objetivamente".

1447 Zum Ganzen s. 137 ff., insb. 138 f.

1448 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 65, Fn. 3.

1449 S. 102, m.w.Verw.

1450 *Gl.M. Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 124 zu Art. 102 AEUV, u. a. mit Verw. auf *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 130 – *France Télécom*; *a.M. Rummel*, NZKart 2014, 354 ff., 357, gemäss welchem „Ergebnisse aus *ex ante*-Sicht [...] gegebenenfalls Auswirkungen auf die Bewertung der Schwere des Verstosses und das zu verhängende Bussgeld haben", womit ihnen lediglich indikative Bedeutung zukommen kann; explizit *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 97.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lässt. Ihre *ergänzende* Durchführung kann sich deswegen aber durchaus als zweckmässig erweisen.[1451]

E. Exkurs: Judiciary self-restraint

a) Motivation

Die Bestimmung der Vergleichsparameter Kosten und Preis stellt ein sehr anspruchsvolles Unterfangen dar; namentlich bei der Preisbestimmung bestehen beachtliche Unklarheiten.[1452] Es konnte weiter festgestellt werden, dass die Untersuchungsbehörden die Massstäbe augenscheinlich mit einer gewissen Regelmässigkeit einzelfallweise adaptieren möchten.[1453] Dies kann sich namentlich auch darauf auswirken, ob eine strategische Intention (indirekt) nachgewiesen wird.[1454] In der Folge soll infolgedessen untersucht werden, inwieweit die Gerichte zu einer Überprüfung der Kosten- und Preisbestimmungen sowie den daraus gezogenen Schlüssen der Untersuchungsbehörden Hand bieten (sollten).

b) Schweiz

Die mehrheitliche schweizerische Doktrin folgt der herrschenden deutschen und bedient sich einer expliziten Trennung zwischen dem auf der Rechtsfolgenseite einer Norm angesiedelten *Ermessen* und dem auf der Tatbestandsseite verorteten *Beurteilungsspielraum*. Auswahl- und Entschliessungsermessen eröffnen der rechtsanwendenden Verwaltungsbehörde die generelle Obliegenheit zur Rechtsfolgenbestimmung; bei fehlerhafter Ermessensausübung beschränkt sich die gerichtliche Kognition auf die Rechtswidrigkeit, umfasst hingegen nicht die Unangemessenheit. Tatbestandsseitig besteht ein Beurteilungsspielraum im Sinne dieser Terminolo-

---

1451 Zum Nachweis von kostenunabhängigen Verdrängungsabsichten s. *Pries*, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 120 ff.

1452 Zum Ganzen schon 212 ff.

1453 Weiterf. schon 284 ff.

1454 Weiterf. schon 288 ff.; kritisch zu beurteilen wäre etwa, wenn die Überprüfung des indirekten Nachweises einer „Verdrängungsabsicht" Kognitionsbeschränkungen unterliegen würde, welche bei der Überprüfung eines direkten Nachweises nicht bestehen würden.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gie hingegen lediglich in jenen Fällen, in welchen der Behörde bei unbestimmten Rechtsbegriffen ein Freiraum zur Bewertung dahingehend eingeräumt wurde, ob der Tatbestand erfüllt ist (vgl. die inkonsistente, gleichwohl weiterhin Verwendung findende Bezeichnung „Tatbestandsermessen"). Regelmässig untersteht die Auslegung der Tatbestandsmerkmale – ungeachtet ihrer Bestimmtheit – aber einer vollständigen gerichtlichen Prüfung.[1455]

Nach der Rechtsprechung des *BGer* ist bei Art. 7 KG auch im Rahmen ebendieser vollständigen Prüfung „indessen nicht ausgeschlossen, dass das den Verwaltungsentscheid überprüfende Gericht in Bereichen des Sachverständigenermessens [...], vor allem in besonderen Rechtsbereichen, seine Kognition zurücknehmen kann".[1456] Dementsprechend verfügt die gerichtliche Kontrolle bei technischen oder wirtschaftlichen Spezialfragen über eine variable Eingriffstiefe.[1457] Den Anforderungen von Art. 6 EMRK sowie Art. 30 BV werde dabei entsprochen, wenn die Kognitions-

---

1455 Vgl. Art. 49 lit. a VwVG; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, insb. N 29 zu § 26; umfassend *Schindler*, Verwaltungsermessen, welcher einerseits eine „Überdogmatisierung" und andererseits eine fehlende Ausdifferenzierung im Hinblick dahingehend konstatiert, dass versucht werde, „ein komplexes Phänomen in ein binär codiertes Schema kategorialer Alternativen zu pressen" (*ibid*., Tz. 241 ff.); *Kölz/Häner/Bertschi*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, N 1047 ff.; *a.M.* in Bezug auf das Festhalten an einem „Tatbestandsermessen": *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 429 ff., Rz. 436 u. Rz. 438a; weiterf. zum deutschen Recht: *Bornkamm*, ZWeR 2010, 34 ff., 36 ff. mit Verw.; umfassend *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, 9 ff., 57 ff.; grundlegend *Bachof*, JZ 1955, 97 ff.

1456 BGE 139 I 72 Erw. 4.5, m.w.Verw.; die Verwendung des Ausdrucks „Sachverständigenermessen[...]" (Hervorh. d. Verf.) ist insofern ebenso wenig konsistent mit der dargestellten Terminologie, als jenes nicht die Rechtsfolgenseite beschlägt; anzumerken ist auch, dass eine tatbestandsseitige reduzierte Eingriffstiefe freilich hinsichtlich der verminderten Chancen einer erfolgreichen Anfechtung vergleichbare tatsächliche Wirkungen wie eine rechtsfolgenseitige Kognitionsbeschränkung zeitigt.

1457 S. schon *BVGer*, Urt. 24.2.2010, Rs. B-2050/2007, Erw. 5.6.4 ff. – *Swisscom*, m.w.Verw.: „Geht es um die Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen, in denen die Vorinstanz über ein besonderes Fachwissen verfügt, ist nur bei erheblichen Gründen von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen" (*ibid*., Erw. 5.6.4.2); vgl. zur grösseren Kontrolldichte deutscher Verwaltungsgerichte: *Bornkamm*, ZWeR 2010, 34 ff., 36; vgl. die Bemerkungen zur Relativität der überlegenen Sachkenntnis von untersuchenden Behörden bei *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beschränkung nach Massgabe „des Verfahrensgegenstandes (ist professionelles Wissen bzw. Erfahrung notwendig), der Art und Weise, in welcher der Verwaltungsentscheid unter Berücksichtigung der vor Verwaltungsbehörden zugestandenen Verfahrensgarantien zustande kam und des Streitgegenstandes (geltend gemachten und tatsächlich geprüften Rügen)“ und mithin im konkreten Einzelfall zulässig erscheint; relevant sei darüber hinaus, dass „sich das überprüfende Gericht ‚point by point' mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführer auseinandergesetzt hat“.[1458]

c) Europäische Union

Das Unionsrecht operiert nicht mit der begrifflichen Trennung von rechtsfolgeseitigem Ermessen und tatbestandsseitigem Beurteilungsspielraum: Es verfügt über einen *autonom auszulegenden Ermessensbegriff*, welcher grundsätzlich beide Kategorien umfasst.[1459]

In *Microsoft* hat das *EuG* die Grundsätze der unionsrechtlichen Ermessens-Rechtsprechung im Rahmen von Art. 31 VO 1/2003 in Verbindung mit Art. 261 AEUV wie folgt rekapituliert:[1460]

EMRK, 52 f., m.w.Hinw.; die „Ohnmacht“ der Gerichte lässt sich jedenfalls mittels ökonomischer Kenntnisse mindern, hierzu schon 85 bezügl. ökonomische Berater für Richter resp. „Ökonomen als Richter“; *Heinemann*, The Setting of Fines - Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher (Hrsg.), 138 ff., 151.

1458 BGE 139 I 72 Erw. 4 ff., mit Verw. auf *EGMR*, Urt. v. 21.7.2011, Rs. 32181/04 u. 35122/05, § 147 ff. – *Sigma Radio Television LTD* sowie *EGMR*, Urt. v. 21.7.2011, Rs. 43509/08, § 57 ff. – *A. Menarini Diagnostics S.R.L.*; ablehnend *Brei*, SJZ 2014, 177 ff., 180 f.: „Die Übertragung verwaltungsrechtlicher Grundsätze in einen Bereich, in dem die Fachbehörde erhebliche Sanktionen aussprechen kann, führt zu einer unheilvollen Häufung von Kompetenzen, die mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung kaum mehr in Einklang zu bringen ist. [...] Das Gericht muss [in strafrechtsähnlichen Sanktionsverfahren] den Sachverhalt viel stärker und sorgfältiger überprüfen, mit Blick auf Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit des Tatvorwurfs“; weiterf. sogleich 327 ff.

1459 Zur historischen Herleitung, welche in justiziellen Missständen des prärevolutionären Frankreichs gründet, s. *Legal*, Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law, in: Hawk (Hrsg.), Chapter 5, 107 ff., 108 ff.; *Ehricke*, in: Streinz (Hrsg.), N 86 zu Art. 263 AEUV.

1460 *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 87 u. 89 – *Microsoft*, jew. mit Verw.; Voraussetzung hierfür bildet die Verhängung einer Geldbusse nach Art. 23 Abs. 2 S. 1 lit. a VO 1/2003; s.a. *EuG*, Urt. v. 28.4.2010, Rs. T-446/05, Tz. 131 – *Amann & Söhne und Cousin Filterie*: „Zum anderen räumt die Rechtsprechung

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

> [87] Nach ständiger Rechtsprechung nimmt der Gemeinschaftsrichter zwar grundsätzlich eine umfassende Prüfung der Frage vor, ob die Tatbestandsmerkmale der Wettbewerbsregeln erfüllt sind; jedoch muss sich seine Überprüfung der Beurteilung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten durch die Kommission darauf beschränken, ob die Verfahrensregeln und die Vorschriften über die Begründung eingehalten wurden, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt wurde und ob kein offensichtlicher Beurteilungsfehler und kein Ermessensmissbrauch vorliegen [...].
>
> [89] Auch wenn der Gemeinschaftsrichter anerkennt, dass der Kommission in wirtschaftlichen oder technischen Fragen ein Beurteilungsspielraum zusteht, bedeutet dies jedoch nicht, dass er eine Kontrolle der Auslegung derartiger Daten durch die Kommission unterlassen muss. Der Gemeinschaftsrichter muss nämlich nicht nur die sachliche Richtigkeit der angeführten Beweise, ihre Zuverlässigkeit und ihre Kohärenz prüfen, sondern auch kontrollieren, ob diese Beweise alle relevanten Daten darstellen, die bei der Beurteilung einer komplexen Situation heranzuziehen waren, und ob sie die aus ihnen gezogenen Schlüsse zu stützen vermögen [...].

In *Telefónica* hat das *EuG* die zitierte Stellen abermals annähernd wortgetreu wiedergegeben; einzig in Tz. 71 spricht es lediglich von „wirtschaftlichen Fragen".[1461]

Die Beurteilung dieser Rechtsprechung gestaltet sich unter mehreren Gesichtspunkten einigermassen undurchsichtig. Den verwendeten Begriffen „Ermessensmissbrauch" und „Beurteilungsspielraum" darf jedenfalls infolge des autonomen Auslegungserfordernisses keineswegs unbedachterweise ein materieller Gehalt entsprechend der deutschen Dogmatik un-

---

zwar dann, wenn diese Feststellung die Vornahme vielschichtiger wirtschaftlicher oder technischer Beurteilungen impliziert, der Kommission einen gewissen Wertungsspielraum ein, doch ist dieser in keinem Fall unbegrenzt".

1461 *EuG*, Urt. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Tz. 69 ff., insb. 71 – *Telefónica*; auch der *EuGH* hatte in *Tetra Laval* lediglich auf „Wirtschaftsfragen" Bezug genommen, s. *EuGH*, Urt. v. 15.2.2005, Rs. C-12/03, Tz. 39 – *Tetra Laval*; auf eine begriffliche Abgrenzung zwischen „komplexe[n] wirtschaftliche[n] Gegebenheiten" in zit. Tz. 87 und „komplexen technischen Beurteilungen" in nicht zit. Tz. 88 (s.a. Tz. 89: „wirtschaftliche[...] oder technische[...] Fragen") kann vorliegend verzichtet werden, vgl. hierzu *Jaeger*, JECL&P 2011, 295 ff., 312; *Nazzini*, The evolution of the „full jurisdiction" of the Union Courts in Article 101 and 102 matters, in: Marquis/Cisotta (Hrsg.), 126, Fn. 13 i.f., bemerkt im Übrigen: „It appears that economic assessments are a species of the broader category of technical assessments".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terstellt werden.[1462] Augenscheinlich sind die zitierten Stellen aber dahingehend zu verstehen, dass der Kommission bei der Erfüllungsbeurteilung von Art. 102 AEUV anhand „komplexer ökonomischer Gegebenheiten“[1463] in Tz. 87 im Hinblick auf die gerichtliche Nachprüfung eine Feststellungsautonomie[1464] eröffnet wird, welche durch Tz. 89 eine – bei isolierter Betrachtung möglicherweise kontradiktorisch anmutende – Einschränkung erfährt.

Besagte Einschränkung ist indes als Konzession an die Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK respektive Art. 47 Grundrechtecharta zu verstehen:[1465] In *Menarini* hat die der *EGMR* ein kartellrechtliches Bussgeld in der Höhe von EUR 6 Mio. als strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK qualifiziert; mit Mehrheitsentscheidung hielt er es aber für ausreichend, dass die Entscheidung der italienischen Wettbewerbsbehörde im Anschluss an ein Gericht mit umfassender Kognition weitergezogen wer-

---

1462 Vgl. *Pohlmann*, Verfahrensrecht für ein ökonomisiertes Kartellrecht: Der Beurteilungsspielraum der Kommission, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 471 ff., 476 ff.; generell gegen den Dualismus „Tat(sachen)fragen – Rechtsfragen“ spricht sich etwa *Legal*, Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law, in: Hawk (Hrsg.), Chapter 5, 107 ff., 110, aus: „[i]n competition cases, the essential distinction is between law, fact and appraisal“; ebenso *Wils*, The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights, in: Baudenbacher (Hrsg.), 159 ff., 183: „points of law, fact or assessment of fact“; vgl. auch die verbindliche englische Fassung von *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/07, Tz. 87 ff. – *Microsoft*: „appraisal of facts“; zu begrifflichen Unschärfen beim Vergleich der sprachlichen Fassungen s. *Wolters*, Die rechtsstaatlichen Grenzen des „more economic approach“ im Lichte der europäischen Rechtsprechung, 234.

1463 Zum Begriff s. sogleich im Text.

1464 Vgl. *Bornkamm*, ZWeR 2010, 34 ff., 45, wonach es sich dabei aber nicht um einen Beurteilungsspielraum im Sinne der deutschen Terminologie handeln kann: „Der Spielraum, der [...] der Kommission eingeräumt wird, ist nicht ein dem Tatbestand innewohnender Auslegungsfreiraum. Einen solchen Spielraum kann es – allein schon wegen der zivilrechtlichen Rechtsfolgen – weder bei Art. 101 Abs. 1 noch bei Art. 102 AEUV geben“, m.w.Hinw.; *a.M. Pohlmann*, Verfahrensrecht für ein ökonomisiertes Kartellrecht: Der Beurteilungsspielraum der Kommission, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 471 ff., 474: „Die genannte Formel [zit. Tz. 87] betrifft [...] vor allem den Beurteilungsspielraum im Sinne der deutschen Dogmatik“; allg. zum tatbestandsseitigen Beurteilungsspielraum im (Nicht-Kern-)Strafrecht, vgl. *Stickelbrock*, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, 221.

1465 Vgl. auch der Verw. auf die neuere Rspr. in Tz. 89 im Vgl. zu in Tz. 87 f. von *Microsoft*; zum Verhältnis der Normen, vgl. schon Fn. 582.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den konnte.[1466] Es sind freilich sogleich Bedenken angebracht, inwieweit dieser Anforderung in unionsrechtlichen Verfahren überhaupt Genüge getan werden kann: So ist Art. 31 VO 1/2003 bei primärrechtskonformer Auslegung nämlich dahingehend zu reduzieren, dass „die Befugnis zu unbeschränkter Nachprüfung der Entscheidung" lediglich in Bezug auf die Geldbusse an sich besteht.[1467] Dementsprechend ist nur mittels einer Art. 31 VO 1/2003 „überschiessenden" Rechtsprechung möglich, den grundrechtlichen Anforderungen ergebnisweise zu entsprechen. Es kann überdies hinterfragt werden, ob die Unionsgerichte dieser Verpflichtung tatsächlich nachgekommen sind respektive ob sich Ausführungen im Sin-

---

1466 *EGMR*, Urt. v. 27.9.2011, Rs. 43509/08 – *A. Menarini Diagnostics S.R.L.*; s. die (abweichenden) Sondervoten der Richter *Pinto de Albuquerque* u. *Sajó*, welche dem italienischen Beschwerdegericht lediglich eine „schwache" Kontrolle zuerkennen; die Mehrheitsentscheidung steht nach richtiger Auffassung in keinem Widerspruch zur Rspr. des *EGMR*, wonach die Mitgliedsstaaten in strafrechtlichen Verfahren nur bei sog. Massenbagatelldelikten auf ein erstinstanzliches unabhängiges Gericht verzichten dürfen (vgl. *EGMR*, Urt. v. 25.2.1997, § 79 – *Findlay*), zumal sich die fragliche Rspr. auf Streitigkeiten „strictly belonging to the traditional categories of the criminal law" resp. „the hard core of criminal law" beschränkt, wovon Wettbewerbssanktionen ausdrücklich nicht erfasst werden (*EGMR*, Urt. der Grossen Kammer v. 23.11.2006, § 43 – *Jussila*, m.w.Verw.); s. *Wils*, 37 World Comp. 5 (2014), 8 ff.; abweichend *Brei*, ZWeR 2015, 34 ff., insb. 39 ff.; es ist im Übrigen anzumerken, dass die italienische Wettbewerbsbehörde im Gegensatz zur Europäischen Kommission keine politische Behörde ist (s. *Bueren*, EWS 2012, 363 ff., 366, m.w.Verw.); die politische Unabhängigkeit der Wettbewerbsbehörden ist in der EU freilich ungeregelt; die schweizerische WEKO besteht zumindest mehrheitlich aus unabhängigen, nebenamtlich tätigen Mitgliedern, s. Art. 18 Abs. 2 S. 2 KG, weiterf. *Baudenbacher*, Strukturberichterstattung Nr. 44/3 - Evaluation Kartellgesetz, 4 ff.

1467 S. den engeren Wortlaut des primärrechtlichen Art. 261 AEUV; ebenso *Bellamy*, e-Competitions N°47946; *Wils*, The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights, in: Baudenbacher (Hrsg.), 159 ff., 186, Fn. 89, mit Verw. auf die Materialien zu VO 1/2003, welche einer grammatikalischen Auslegung entgegenstehen; die gerichtliche Kognition bei Art. 263 Abs. 2 AEUV und damit im Hinblick auf die Verletzung von Art. 101 f. AEUV ist nach dem Wortlaut von Art. 261 AEUV folglich auf „Ermessensmissbrauch" beschränkt; *a.M. EuGH*, Urt. v. 8.12.2011, Rs. C-386/10, Tz. 67 – *Chalkor*; *EuGH*, Urt. v. 8.12.2011, Rs. C-272/09, Tz. 103 ff. – *KME*; *EuGH*, Urt. v. 18.7.2013, Rs. C-501/11, Tz. 38 – *Schindler*; *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 42 ff. – *Telefónica*; weiterf. zum Verh. v. Art. 261 und Art. 263 Abs. 2 AEUV s. nur *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, 44 f. mit Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne von zitierter Tz. 89 bislang nicht zumindest teilweise als „Lippenbekenntnisse“ erwiesen haben.[1468] In *Telefónica* hat der *EuGH* nun aber deutlich festgehalten, dass das *EuG* zu einer umfassenden rechtlichen und tatsächlichen Kontrolle verpflichtet ist;[1469] die vom *EuG* in Tz. 87 der *Microsoft*-Entscheidung deklamierte, angeblich „[n]ach ständiger Rechtsprechung“ anerkannte Feststellungsautonomie findet sich dort nicht mehr, verwiesen wird lediglich auf die Prüfungs- und Kontrollpflichten im Sinne der (erstere vormals einschränkenden) Tz. 89 – unter Geltung einer (möglicherweise zu strengen) beschwerdeklägerischen Rügepflicht.[1470]

Ungeachtet dieser neueren Entwicklungen ist dennoch bedenklich, dass das Konzept der ökonomischen Komplexität begrifflich weitgehend unbestimmt geblieben ist.[1471] Dieses Defizit erkannte namentlich auch *Jaeger*, welcher ohne Weiteres richtigerweise auf dessen akzentuierte Bedeutung

---

1468 Diese Befürchtung äussert etwa *Brei*, ZWeR 2015, 34 ff., 48; relativierend *Nagy*, ECLR 2016, 232 ff.; in *France Télécom* bemerkte das *EuG*, bei der Wahl der Methode zur Berechnung des Kostendeckungsgrads handle es sich um eine komplexe wirtschaftliche Beurteilung, weswegen der Kommission ein weites Ermessen zuzugestehen sei; die gerichtliche Kontrolle beschränkte sich daher auf eine Prüfung entsprechend der zitierten Tz. 87 (*EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 129 ff., insb. Tz. 129 u. 153 – *France Télécom*); in *British Airways* attestierte der *EuGH* der Kommission, „die beschränkende Wirkung der streitigen Verhaltensweise [...] konkret nachgewiesen“ zu haben (*EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 31 – *British Airways*); „[b]ut there is no reference to what this ‚concrete’ evidence was, and it is difficult to see what it could have been given the Commission itself did not base its decision on such concrete effects“ (*O’Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 87 f., zusätzlich mit kritischen Beurteilung der Rspr. in *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 258 ff. – *Tomra*); als Bsp. für eine rigorose gerichtliche Überprüfung ist hingegen die *AstraZeneca*-Entscheidung des *EuG* anzuführen (*EuG*, Urt. v. 1.7.2010, Rs. T-321/05 – *AstraZeneca*); s. auch *EuGH*, Urt. v. 11.9.2014, Rs. C-67/13 – *Groupement des cartes bancaires*.

1469 *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 53 – *Telefónica*; vgl. auch schon *EuGH*, Urt. v. 8.12.2011, Rs. C-272/09, Tz. 109 – *KME*.

1470 *EuGH*, *ibid*., Tz. 54 ff. – *Telefónica*; vgl. schon die Hinw. auf 131 f., insb. auch Fn. 543.

1471 Vgl. *Fritzsche*, Ermessen und institutionelles Gleichgewicht, welcher hinsichtlich der Verwendung im Rahmen von Art. 101 AEUV festhält: „Wann eine komplexe wirtschaftliche Bewertung vorzunehmen ist, bestimmt allein das Gericht im konkreten Fall“ (*ibid*., 119) und den Unionsgerichten eine „(intendierte[...]) mangelnde[...] Konkretisierung“ unterstellt (*ibid*., 132); entsprechend und weiterf. *Wolters*, Die rechtsstaatlichen Grenzen des „more economic approach“ im Lichte der europäischen Rechtsprechung, 231 ff., insb. 233 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

im Rahmen des *more economic approach*[1472] verwiesen hat: Seines Erachtens bedeutet „komplex" weder „difficult to understand because of the underlying economic theories imposed" noch „overly time-consuming" oder „complex [...] calculations, or data", sondern „it targets situations where the Commission makes economic policy choices".[1473] Ausschliesslich wenn „Commission value judgments" wie etwa im Rahmen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Diskussion stünden, „the General Court's judicial review would be less intensive than in controlling [...] of an abuse [of dominant position]".[1474]

Jaegers restriktive Auslegung des Konzepts der ökonomischen Komplexität ist wohl dahingehend zu deuten, dass im Rahmen von Art. 102 AEUV gar kein Ermessen im unionsrechtlichen Sinne bestehen soll.[1475] Eine dergestaltige Auslegung hätte zur (Ehren-)Rettung der „EuG-Tz. 87-Rechtsprechung" insofern beitragen können, als sie jene quasi ihres materiellen Gehalts entleert hätte. Soweit Tz. 87 aber „toter Buchstabe" sein soll, wäre ihre vorgängige Anwendung in den *EuG*-Begründungstexten von *France Télécom*, *Microsoft* und *Telefónica*[1476] wie notabene auch *Deutsche Telekom*[1477] doch einigermassen paradox gewesen. Es erscheint insofern nach hier vertretener Auffassung zumindest vorzugswürdig, dass

---

1472 Zum Begriff sowie den Implikationen s. 104 ff.; entsprechend *Wolters*, Die rechtsstaatlichen Grenzen des „more economic approach" im Lichte der europäischen Rechtsprechung, 238: „Angesichts der weit reichenden Vorgaben der Kommission zur zukünftigen auswirkungsorientierten Behandlung von Behinderungsmissbräuchen unter Anwendung des as-efficient-competitor-Tests[...] ist bei einer Fortführung der Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Komplexität eine Entwicklung denkbar, bei der Massstäbe verringerter Prüfungsdichte gegenüber den Untersuchungen der Kommission zum Merkmal der Missbräuchlichkeit zur Regel werden".

1473 *Jaeger*, JECL&P 2011, 295 ff., 309 f., 313; Marc Jaeger ist seit dem 17.9.2007 (und damit exakt dem Urteilsdatum von *Microsoft*) der Präsident des EuG.

1474 *Jaeger*, *ibid*., 310.

1475 S. hierzu soeben 325 ff.; „Wirtschaftliche Spezialfragen" im Sinne der schweizerischen Rechtsprechung zu Art. 7 KG würden mithin wohl gleichfalls keine reduzierte Eingriffstiefe rechtfertigen; die Kontrolldichte würde folglich annähernd jener der deutschen Verwaltungsgerichte entsprechen; zu Einschränkungen im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfung der Würdigung von Prognosebeweisen s. sogleich im Text.

1476 S. die Verw. soeben im Text.

1477 *EuG*, Urt. v. 10.4.2008; Rs. T-271/03, Tz. 185 – *Deutsche Telekom*, wo die zit. Rspr. von *EuG*, *ibid*., Tz. 87 – *Microsoft* angewandt wurde; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 – *Deutsche Telekom.*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der *EuGH* zur Gewährleistung von Art. 6 Abs. 1 EMRK respektive Art. 47 Grundrechtecharta einen anderen Weg eingeschlagen hat.[1478]

Abschliessend sei noch (freilich nicht erschöpfend) das Verhältnis zwischen gerichtlicher Eingriffstiefe und anwendbarem (reduziertem) Beweismass thematisiert: Das *EuG* bemerkt durchaus zu Recht, dass „[d]er Richter [...], insbesondere im Rahmen einer Klage auf Nichtigerklärung einer eine Geldbusse verhängenden Entscheidung, nicht zu dem Ergebnis gelangen kann, dass die Kommission die betreffende Zuwiderhandlung rechtlich hinreichend nachgewiesen hat, wenn ihm in dieser Frage ein Zweifel bleibt".[1479] Der vorliegend hinreichende Grad richterlicher Überzeugung ergibt sich derweil aus dem auf den konkreten Beweisgegenstand anwendbaren Beweismass. Hinsichtlich wettbewerblicher Prognosen, wie sie gerade bei der Kosten-Preis-Vergleichen etwa zur Bestimmung strategischer Preiselemente[1480] notwendig sind, kann sinnvollerweise kein Vollbeweis verlangt werden.[1481] Die gerichtliche Überprüfung der Prognosewürdigung durch die Kommission hat sich insofern ebenfalls darauf zu beschränken, ob deren Eintreten entsprechend dem anwendbaren Beweismass als „überwiegend wahrscheinlich" erscheint. Richtigerweise vermag eine Beweismasssenkung aber zumindest keine Kognitionsbeschränkung zu begründen: Ob die Kommission das anwendbare Beweismass *in concreto* eingehalten hat, ist eine Rechtskontrolle, bei welcher durchwegs kein „Ermessen" gleich welcher Art bestanden hat.

1478 S. soeben im Text; beide Ansätze hätten wohl die in der Literatur geäusserten Forderungen nach einer vermehrten „robustness of judicial review" (s. die Nachweise bei *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 86 f., Fn. 150-153; entsprechend auch *Nazzini*, The evolution of the „full jurisdiction" of the Union Courts in Article 101 and 102 matters, in: Marquis/Cisotta (Hrsg.), 123 ff., 138, 140) in ähnlichem Masse zu erfüllen vermögen; die erweiterten Prüfungs- und Kontrollpflichten bei „komplexen wirtschaftlichen Gegebenheiten" lassen indes etwa *Kellerbauer* bedenken, ob sich das EuG „dazu gezwungen sehen [könnte], *in dubio pro reo* zu urteilen, wenn andere, ebenso gut vertretbare wirtschaftswissenschaftliche Methoden die Schlussfolgerung gestatten, dass das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht missbräuchlich ist" (*Kellerbauer*, EuZW 2015, 261 ff., 264, Hervorh. im Original).

1479 *EuG*, Urt. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Tz. 72 – *Telefónica*; *EuG*, Urt. v. 8.7.2004, verb. Rs. T-67/00, T-68/00, T-71/00 u. T-78/00 – Tz. 177 – *JFE Engineering*.

1480 Weiterf. 223 ff.

1481 Zur Beweismassreduktion bei Prognosebeweisen s. schon 146 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

IV. Der „'ebenso effiziente Wettbewerber'-Test"

1. Identifikation

A. Begriffsklärung

a) Problemaufriss

Wie den bisherigen Ausführungen entnommen werden kann, hat die Lehre und Rechtsprechung bei der Beurteilung des Preissetzungsverhaltens marktbeherrschender Unternehmen in verschiedenartiger Weise auf einen AEC Bezug genommen: Es sind in diesem Zusammenhang namentlich Berücksichtigungen der Wohlfahrtseffekte sowie der strategischen Intention erfolgt.[1482] Diese Anreicherungen des Instrumentariums sind für die Bestimmung missbräuchlichen Verhaltens grundsätzlich keineswegs ohne Verdienst; sie erschweren derweil vorliegend die begriffliche Erfassung des AEC-Tests: Während es freilich einem jeden unverwehrt sein muss, „seinen" Test zu definieren[1483] respektive Kosten-Preis-Vergleiche mit weiteren normativen Kriterien zu aggregieren, kann die konsensfähige Bestimmung des funktionalen Anwendungsbereichs eines AEC-Tests beim unionsrechtlichen und schweizerischen Behinderungsmissbrauchsverbot erst gelingen, wenn eine relative Einigkeit über den Test-Inhalt besteht.[1484] Nachfolgende Ausführungen sollen hierzu einen Beitrag leisten.

1482 S. die nochmaligen Verw. sogleich auf 336 ff.

1483 Vgl. die anschauliche Verteidigung seines *(profit) sacrifice*-Test bei *Melamed*, 73 Antitrust L.J. 375 (2006), 391, in Reaktion auf die Kritik von *Elhauge*, 56 Stan. L. Rev. 253 (2003), 292 f.: „[This interpretation of the test] is incorrect, or at least it does not describe the kind of test contemplated by this article"; zur unmöglichen Falsifizierung definitorischer Annahmen vgl. bereits auf 61 f., insb. Fn. 175.

1484 Es besteht bisher keine Einigkeit, wie sogleich ersichtlich werden wird: 336 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Definition

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sei ein zunächst funktionsoffener[1485] AEC-Test formuliert: Bei einem AEC-Test wird der von einem Unternehmen gesetzte Preis[1486] mit den Kosten[1487] eines AEC[1488] verglichen; es wird hierbei geprüft, in welchem Mass der Preis des ersteren die Kosten des letzteren deckt.[1489] Die Definition lehnt sich an diejenige der *Kommission* in der Prioritätenmitteilung an, wonach „die Kommission Wirtschaftsdaten zu den Kosten und Verkaufspreisen [prüft] und insbesondere, ob das marktbeherrschende Unternehmen nicht kostendeckende Preise praktiziert".[1490] Der AEC-Test taugt dergestaltig namentlich für eine Evaluation, inwieweit er sich für den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden wettbewerbswidrigen Marktverschliessung eignet. Letztere ist in der Prioritätenmitteilung als generelles Eingreifkriterium propagiert worden und stellt *m.E.* eine schutzzielkonforme Konkretisierung behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens dar.[1491]

Der AEC-Test nach hier verwendeter Terminologie findet bei genauer Betrachtung grundsätzlich auf jedes vom persönlichen Geltungsbereich des Art. 102 AEUV respektive Art. 7 KG erfasste Unternehmen Anwendung; das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist keine eigentliche Anwendungsvoraussetzung des Tests, wohl hingegen ein Tatbestandselement der Normen.[1492] Der AEC-Test grenzt sich insofern von einem REC-Test ab, als bei letzterem die von einem Unternehmen gesetzten Prei-

---

1485 Für funktionsbestimmende Definitionen s. etwa *Posner* schon auf 173 f.; *OECD, Directorate for financial and enterprise affairs, Competition Committee*, Competition on the merits, 10: „*The equally efficient firm test states that conduct should be unlawful if it would be likely to exclude a rival that is at least as efficient as the dominant firm is.* The equally efficient firm test (which is also known as the as efficient competitor test) is geared toward distinguishing harm to competition from harm to competitors [...]" (Hervorh. im Original).

1486 Weiterf. zur Preisbestimmung: 218 ff.

1487 Weiterf. zur Kostenbestimmung: 212 ff.

1488 Weiterf. zur Person: 179 f.

1489 Zutreffend ist vorliegend insofern auch die Bezeichnung „Eigenwirtschaftlichkeitstest", s. *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 447 – *Swisscom ADSL II*.

1490 S. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25; entsprechend *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 19.

1491 Weiterf. schon 119 ff.

1492 S. schon 99 u. 148 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

se mit den Kosten eines REC[1493] verglichen werden; hierbei wird gleichfalls geprüft, in welchem Mass der Preis des ersteren die Kosten des letzteren deckt.[1494] Notabene enthalten folglich weder der AEC-Test noch der REC-Test eine grundsätzliche Vorgabe hinsichtlich der Kostenart[1495], welche vergleichsweise Verwendung findet. Derweil ist jeder Vergleich mit einer Kostenhöhe, welche oberhalb der ATC des inkriminierten Unternehmens zu liegen kommt, als REC-Beurteilungsmassstab zu bezeichnen,[1496] zumal das Abstellen auf eine dergestaltige Kostenart mit einem AEC-Test sachgerechterweise nicht vereinbar erscheint.[1497]

B. Abgrenzungen

a) Bilanzierung der Wohlfahrtseffekte

Es konnte bereits aufgezeigt werden, dass Kosten-Preis-Vergleiche nicht derart eng mit dem wohlfahrtstheoretischen Ansatz verbunden sind, als mit ersteren notwendigerweise zugleich eine Bilanzierung der Wohlfahrtseffekte einhergehen müsste.[1498] Augenscheinlich ungleich der prominenten Test-Darstellung bei *Posner*, welcher quasi inklusive die Möglichkeit zur Effizienzrechtfertigung eröffnet („The defendant can rebut by proving that although it is a monopolist and the challenged practice exclusionary, the practice is, on balance, efficient"),[1499] stellt ein Rechtfertigungsschritt

---

1493 Weiterf. zur Person: 206.

1494 Zutreffend ist vorliegend insofern auch die Bezeichnung „Fremdwirtschaftlichkeitstest", vgl. *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 447 – *Swisscom ADSL II*.

1495 Weiterf. schon 32 ff.

1496 S. schon 207.

1497 Vgl. im Übrigen die Hinw. zu einem „more efficient competitor"-Beurteilungsmassstab auf 228 f. u. 245.

1498 Weiterf. 189.

1499 *Posner*, Antitrust Law, 195, s. schon 173 f.; entsprechend *Hovenkamp*, U. Iowa LS RP 2010, 15; *Posner* wird teilweise als eigentlicher „Erfinder" eines AEC-Tests identifiziert, vgl. etwa *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 24; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 231; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 357; *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 250, mit Verw. auf *Wurmnest*, *ibid.*; man

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

jedenfalls kein Merkmal dar, welches dem AEC-Test nach hier verwendeter Terminologie inhärent sein sollte.

Wohlgemerkt bezweckt diese Trennung allerdings noch keine Aussage hinsichtlich der Zulässigkeit einer *efficiency defence*: Auch in der Prioritätenmitteilung gibt die *Kommission* einem inkriminierten Unternehmen in einem zweiten Schritt Gelegenheit, sein Preissetzungsverhalten „[...]durch erhebliche Effizienz-vorteile [*sic*] [...] [zu rechtfertigen], die etwaige wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zulasten der Verbraucher aufwiegen".[1500] Nach hier vertretener Auffassung bestehen gegenüber dem Effizienz-Rechtfertigungsschritt in seiner konkreten Ausgestaltung freilich grundsätzliche Vorbehalte.[1501] Ursächlich für jene ist hingegen nicht, dass bei der Bestimmung der *prima facie* Missbräuchlichkeit (auch) ein AEC-Test hinzugezogen wird.[1502] Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Nichtbestehen eines AEC-Tests die Zulässigkeit einer *efficiency defence* in genereller Weise beschneiden respektive gar *a priori* ausschliessen sollte.[1503] Hierfür ergeben sich auch keine Anhaltspunkte in der Rechtsprechung des *EuGH*, welcher insbesondere im Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark* die gegenständliche Rechtfertigungsfähigkeit ausdrücklich bestätigt hat.[1504] Ein Rechtfertigungsschritt erweist sich darüber hinaus insoweit als sachgerecht, um allenfalls eine „Ineffizienzrechtfertigung" vorbringen zu können.[1505]

---

sollte sich indes freilich auch die bereits vorgängigen Statuierungen des AEC als Beurteilungsmassstab vergegenwärtigen (s. schon 163 ff.); zutreffender insofern *Kellerbauer*, EuZW 2015, 261 ff., 261.

1500 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 28 u. 30.

1501 Zum Ganzen schon 137 ff., insb. 142 ff.

1502 Weiterf. zum funktionalen Anwendungsbereich s. 339 ff.

1503 So aber anscheinend, im Einzelnen indes unklar: *Fuchs*, *ibid.*, 263 f.: „Wenn eine Behinderungsmassnahme durch den Marktbeherrscher geeignet ist, (sogar) einen ebenso effizienten (hypothetischen) Wettbewerber vom Markt zu verdrängen bzw. seinen Markteintritt zu verhindern, stellt dies ein sehr starkes Indiz für einen Missbrauch von Marktmacht dar. [...] [E]ine ‚*efficiency defence*' sollte in diesem Fall – entgegen der Auffassung der Kommission – von vornherein ausscheiden" (Hervorh. im Original); vgl. auch *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 133.

1504 S. *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 40 ff. – *Post Danmark* u. *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 47 ff. – *Post Danmark II*, jew. mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 86 – *British Airways* u. *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Tz. 76 – *TeliaSonera*.

1505 Weiterf. 189 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Unternehmerische Motivation

Die Motivation des inkriminierten Unternehmens findet bei einem Kosten-Preis-Vergleich entsprechend dem AEC-Test nach hier verwendeter Terminologie keine Beachtung.[1506] Dementgegen hat sich der *EuGH* ausdrücklich für eine Test-integrale Berücksichtigung der strategischen Intention ausgesprochen, wie namentlich das Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark II* belegt: „D[as] Kriterium [des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers] beruht auf einem Vergleich der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandten Preise mit bestimmten Kosten, die diesem Unternehmen entstanden sind, und einer Analyse der Strategie dieses Unternehmens"[1507] (nachfolgend: „AEC plus-Test").

Dass unter einer „Analyse der Strategie" der eigentliche Nachweis einer unternehmerischen Verdrängungsabsicht[1508] zu verstehen ist, wird infolge des Verweises ebendort auf Tz. 28 der Entscheidung *Post Danmark* deutlich, welche wiederum als Referenzen die Entscheidungen *AKZO* und *France Télécom* anführt.[1509] Allen Anscheins beabsichtigt der EuGH, sein „Kriterium des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers" weiterhin generell stark an die „*AKZO*-Formel" anzulehnen, bei welcher für den Nachweis unzulässiger (selektiver) Preisunterbietungen je nach der im Kosten-Preis-Vergleich zur Anwendung gebrachten Kostenart entweder ein „Plan[...] [erforderlich ist], der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat", oder eine unternehmerische Intention vermutet wird.[1510]

Zumindest aus Gründen der Rechtssicherheit[1511] erscheint das Festhalten des EuGH an der *AKZO*-Formel für die Auseinandersetzung mit der Anwendung eines AEC-Beurteilungsmassstabs auf weitere Erscheinungs-

1506 Hingegen kann der AEC-Test bei deren Eruierung Verwendung finden, weiterf. 358.

1507 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 54. – *Post Danmark II* (Hervorh. d. Verf.).

1508 Weiterf. schon 299 ff.

1509 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 28 – *Post Danmark*, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 74 – *AKZO* u. *EuGH,* Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 108 – *France Télécom*.

1510 *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 71 f. – *AKZO*; entsprechend *Bosco*, Concurrences 2013, 12 ff., 13; weiterf. zur „*AKZO*-Formel" s. bereits 266 ff. u. 288 ff.

1511 Vgl. hierzu schon 110 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

formen des *predatory pricing*[1512] neben (selektiven) Preisunterbietungen nicht erforderlich; bei der Beurteilung von letzteren wurde in *Post Danmark* bei genauer Betrachtung gar schon abgewichen: Der *EuGH* propagierte die Anwendung von AEC-Tests mit Kostenvergleichsmassstäben oberhalb der kurzfristigen Kosten – bei nachweislichem Nichtvorliegen einer strategischen Intention des inkriminierten Unternehmens.[1513]

Ein solches Vorgehen ist auch vorzugswürdig; mit einem AEC plus-Test wird hingegen die ambivalente Bedeutung der Verdrängungsabsicht, deren Stellenwert sich in der jüngeren Rechtsprechung wohl an sich tendenziell gemindert hatte,[1514] dem Test quasi implantiert. Auch besteht die Möglichkeit, die *predatory pricing*-Intention des inkriminierten Unternehmens aufgrund eines (grundsätzlich kurzfristigen) Kosten-Preis-Vergleichs zu fingieren.[1515] Mit einem um die unternehmerische Motivation aggregierten AEC plus-Test werden hingegen die Grenzen zwischen der (beschränkten) Belegbarkeit der Verdrängungsabsicht durch einen AEC-Test sowie deren Nachweis durch „AEC-Test-ferne", direkte und indirekte Kriterien unnötigerweise „vernebelt".[1516]

2. Funktionaler Anwendungsbereich

A. Ausgangspunkt

a) Test-Motivation, -Vielfalt und -Imperfektionen

> *"[J]ust as physicists strive to find the theory that unifies Newtonian physics and quantum mechanics, so economists strive to find the theory that unifies the various aspects of anti-competitive unilateral conduct. And the economists, just as the physicists, have not yet found it."*[1517]

Der Anspruch des *more economic approach*, über eine einzelfallweise *theory of harm* hinsichtlich der Unzulässigkeit des inkriminierten Verhal-

---

1512 Zum Begriff s. bereits 163 ff.
1513 Weiterf. schon 278 ff. sowie alsdann 363 ff.
1514 Weiterf. schon 299 ff.
1515 Weiterf. und einschränkend schon 265 ff.
1516 Vgl. zum Ganzen bereits bereits 288 ff.
1517 *Lowe*, Remarks on Unilateral Conduct, 3.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tens zu verfügen,[1518] sieht sich bedeutenden Schwierigkeiten bei seiner Umsetzung gegenüber: Ein notwendigerweise erhöhter diskretionärer Spielraum der rechtsanwendenden Behörden steigert die Verfahrenskosten und ist der Rechtssicherheit abträglich.[1519] Die Suche nach dem Heiligen Gral[1520] des (Behinderungs-)Missbrauchsverbots – einem standardisierten Beurteilungsrahmen, welcher den Erkenntnissen der modernen Industrieökonomik zu genügen vermag und zugleich praktikabel ist[1521] – beschäftigte namentlich die U.S.-amerikanische Doktrin streckenweise „to the point of obsession"[1522].

Die Lehre hat sich mit den Ergebnissen dieses „exclusionary conduct ‚definition' war"[1523] eingehend befasst:[1524] Soweit ein Abstellen auf das Vorzeichen des „Wohlfahrtssaldos" im Sinne eines *consumer welfare*-Tests propagiert wird,[1525] sind hinsichtlich dessen Praktikabilität regelmässig Zweifel angebracht;[1526] für die unionsrechtlichen und schweizerischen Zwecke ist Vorsicht darüber hinaus aus Gründen der Schutzzielkon-

---

1518 S. bereits 104 ff; weiterf. zum Begriff *theory of harm* s. sogleich 343 ff.

1519 Weiterf. schon 107 ff.

1520 S. die Bezeichnung bei *Pate*, Speech before the 30th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (2003), 8.

1521 Für eine abstrakte Auflistung der von einem Test idealerweise zu erfüllenden Kriterien: *OECD, Directorate for financial and enterprise affairs, Competition Committee*, Competition on the merits, 23; s.a. *Baumol*, 39 J. Law Econ. 49 (1996), 51: „In a world in which vigorous competition is all to easily mistaken for predation, and in which firms can unintentionally overstep the line, it is important to provide managers with guidelines as unambiguous as the issue permits, to enable them to tailor their decisions in a way that ensures compliance with the law and minimizes vulnerability to anticompetitive lawsuits intended to handicap vigorous competition".

1522 *Hovenkamp*, U. Iowa LS RP 2010, 12.

1523 S. die Bezeichnung bei *Gavil*, 72 Antitrust L.J. 3 (2004), 5.

1524 S. etwa *Vickers*, 115 Econ. J. 244 (2005), 253 ff.; *Popofsky*, 73 Antitrust L.J. 435 (2006); *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 227 ff.; *Osterud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, 304 ff.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 348 ff.

1525 *Gavil*, 72 Antitrust L.J. 3 (2004), 5; s.a. *Salop*, 73 Antitrust L.J. 311 (2006).

1526 Weiterf. schon 83 f.; *Areeda/Hovenkamp*, Antitrust Law ¶600 - ¶713, ¶651b1; *Popofsky*, 73 Antitrust L.J. 435 (2006), 464 f.; es erscheint überdies einigermassen fraglich, inwiefern eine umfassende Bilanzierung der Wohlfahrtseffekte als Test gelten kann, sofern jenem eine Komplexitätsreduktion begriffsimmanent sein soll; entsprechend vgl. *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 185: „The consumer welfare test should therefore be seen as a

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

formität geboten.[1527] Ein eigentlicher (*profit*) *sacrifice*-Test, welcher das mittels Extragewinne auszugleichende Gewinnopfer als Folge einer Preissetzung unterhalb der kurzfristig gewinnmaximierenden Höhe zu eruieren sucht[1528] respektive, in seiner modifizierten Weise, ein unternehmerisches Verhalten als unzulässig bewertet, wenn „it makes no business sense or is unprofitable for the defendant but for the exclusion of rivals and resulting supra-competitive recoupment" (*but for*-Test; *no economic sense*-Test),[1529] erfährt gleichsam Kritik: Auch hier gestaltet sich der Nachweis schwierig;[1530] der Test könnte innovationshindernde Wirkungen entfalten, sofern Investitionen unterblieben, weil diese möglicherweise als Gewinnopfer missdeutet und folglich inkriminiert würden;[1531] im Übrigen ist der Test (zumindest in seiner Urform) wohl eher „simply a more objective measure of the defendant's intent".[1532]

---

guiding principle for other, more practical tests for assessing abusive behaviour"; möglicherweise infolgedessen führen etwa *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 60 ff. zu Art. 7, keinen *consumer welfare*-Test an; *a.M.*, im Einzelnen hinsichtlich des Begriffs „consumer harm" indes unklar: *Salop*, 73 Antitrust L.J. 311 (2006), insb. 330 f.; zur Notwendigkeit eines definitorischen Konsenses s. schliesslich bereits 334.

1527 Weiterf. schon 106 f.; zum Ganzen: *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 234 ff.

1528 *Ordover/Willig*, 91 Yale L.J. 8 (1981), 9 f.: „[P]redatory behavior is a response to a rival that sacrifices part of the profit that could be earned under competitive circumstances, were the rival to remain viable, in order to induce exit and gain consequent additional monopoly profit", mit Verw. auf *Areeda/Turner*, 88 Harv. L. Rev. 697 (1975), 698, s. schon 167 ff.; zur Bedeutung des *recoupment*-Kriteriums weiterf. schon 304 ff.

1529 *Melamed*, 73 Antitrust L.J. 375 (2006), 389; *Werden*, 31 J. Corp. L. 293 (2006); grundlegend *Bork*, The Antitrust Paradox, 144 ff.; zum *sacrifice*-Test der Kommission s. schon 269 f.; zur Eignung des AEC-Tests für den Nachweis einer strategischen Intention s. 358.

1530 Weiterf. zum Nachweis einer strategischen Intention mittels Kosten-Preis-Vergleiche s. schon 272 ff., 288 ff. u. 299 ff.

1531 *Temple Lang/O'Donoghue*, The Concept of an Exclusionary Abuse under Article 82 EC, in: GCLC RP on Article 82 EC, 38 ff., 44.

1532 *Temple Lang/O'Donoghue*, *ibid*., 45, welche im Übrigen einen alternativen *limiting production*-Test propagieren (*ibid*., 48 f.); entsprechend *Vickers*, 115 Econ. J. 244 (2005), 253 f.; *Salop*, 73 Antitrust L.J. 311 (2006), 320; zum „raising rivals' cost"-Test s. *Salop*, Geo. L.F.P. No. 1620 (2016); *Salop*, 73 Antitrust L.J. 311 (2006), 315 ff.; *Krattenmaker/Salop*, 96 Yale L.J. 209 (1986); *Salop/Scheffman*, 73 Am. Econ. Rev. 267 (1983); s. die Hinw. bei *Motta*, Competition Policy, Theory and Practice, 491; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102,

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es vermag insofern kaum zu erstaunen, dass die Verfechter eines jeweiligen Tests *vice versa* den anderen Beurteilungsmassstäben die Eigenschaft abgesprochen haben, als „'one size fits all' framework within which the legality of all rival-impeding conduct can be assessed"[1533] dienen zu können: *Temple Lang* und *O'Donoghue* bescheinigen dem *(profit) sacrifice*-Test, „at best, [...] a useful characterisation of certain types of abuses, but [...] not, in itself, capable of identifying exclusionary conduct and clearly distinguishing it from legitimate conduct" zu sein.[1534] Nach der Auffassung von *Elhauge* ist es „not generally necessary to sacrifice short-run profits in order to engage in undesirable exclusionary conduct".[1535] *Melamed* konstatiert, der AEC-Test sei „best regarded as a useful criterion for evaluating antitrust rules. [...] But [it] is neither sufficiently precise nor administrable to be a desirable antitrust rule in itself".[1536] *Hawk* bemerkt übereinstimmend, das AEC-Kriterium „serves better as a principle to generate more specific tests for particular practises (e.g., cost-based predatory pricing rules) than as a test directly applicable to challenged conduct".[1537]

Bei genauerer Betrachtung erscheint indes eigentlich als evident, dass eine jede mit einem Test einhergehende Reduktion der Prüfungskomplexität zwecks (angestrebter) Praktikabilisierung[1538] – sofern dieselbe Beurteilungsqualität gewährleistet werden soll – generell einschränkende Wirkungen hinsichtlich dessen funktionalen Einsatzbereichs zeitigen muss. Dementsprechend sind den gegenständlichen Tests wie auch dem AEC-Test im Besonderen bei einer (zu) strikten Anwendung bestimmte Tendenziösitäten inhärent, welche in systematischen Typ I- respektive Typ II-Fehlern[1539] resultieren müssten.[1540]

---

in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.265 i.f.; vgl. *EFTA Court*, Urt. v. 18.4.2012, Rs. E-15/10, Tz. 131 u. Tz. 196 – *Posten Norge AS*.

1533 S. *Popofsky*, 73 Antitrust L.J. 435 (2006), 436; zu „cheap exclusion" respektive „'cheap' foreclosure activities" s. bereits die Hinw. bei Fn. 1105.

1534 *Temple Lang/O'Donoghue*, *ibid*., 45.

1535 *Elhauge*, 56 Stan. L. Rev. 253 (2003), 271.

1536 *Melamed*, 73 Antitrust L.J. 375 (2006), 389.

1537 *Hawk*, II Lisbon Conf. Comp. L&E, 9; zum *consumer welfare*-Test s. die Hinw. soeben in Fn. 1526.

1538 S. schon die Hinw. im Text i.i.

1539 S. schon 108 f.

1540 Sinngemäss entsprechend im Hinblick auf den AEC-Test: *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber " als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 260.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

In dem Masse, wie solche Fehlbeurteilungen nicht toleriert werden sollen, kann von einem AEC-Test folglich keine „binäre" Antwort im Sinne eines finalen Outputs erwartet werden, welcher die Zulässigkeit respektive Missbräuchlichkeit des unternehmerischen Verhaltens eindeutig benennt. Dies darf freilich selbst in diesem Umfang nicht bedeuten, dass der AEC-Test *a priori* unbehelflich wäre. Vielmehr ist die graduelle Kapazität des AEC-Tests bei der Beurteilung von *predatory pricing*-Strategien dahingehend zu prüfen, inwieweit er einen Behinderungsmissbrauch zu offenbaren vermag.

b) theory of harm: Begriffsannäherung sowie generelle Anforderungen

Ein augenscheinlich in der Folge des *more economic approach* auch im Missbrauchsverbot populärer werdender Begriff ist jener der *theory of harm*.[1541] Eine *theory of harm* stützt sich auf industrieökonomische Erkenntnisse und bezweckt mit deren Hilfe den Schädlichkeitsnachweis eines unternehmerischen Verhaltens.[1542] Der Begriff findet desgleichen in der Fusionskontrolle Verwendung, in welchem Zusammenhang ihn etwa die *Kommission* mit „Wettbewerbsproblem" sowie das *Bundeskartellamt* mit „Argumentationslinie" übersetzt haben;[1543] letzteres bedient sich in seinem Hintergrundpapier zur digitalen Ökonomie auch der Verdeutschung „Schadenstheorie".[1544] Während einer *theory of harm* damit in ma-

1541 S. schon 104 ff.; vgl. *Marsden/Bishop*, ECJ 2006, 257 ff., 257: „Case handlers at DG Comp have noted that now even their most junior colleague will ask them: „What is your theory of harm?", mit Verw.

1542 Ähnlich *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.055: „A theory of harm is [...] an economic narrative that enables a competition authority or a court to apply sound economic priciples to the facts of a case".

1543 *Kommission*, Entscheidung v. 18.8.2006, Rs. COMP/M.3848, Tz. 27 – *Sea-Invest/EMO-EKOM*; *Bundeskartellamt*, Diskussionspapier, 2 ff., vgl. jew. die deutsche u. engl. Fassung.

1544 *Bundeskartellamt*, Hintergrundpapier, 23 ff., vgl. jew. die deutsche u. engl. Fassung; die wettbewerbsrechtliche „Schadenstheorie" ist nicht mit der Bestimmung eines grundsätzlich haftpflichtrechtlich relevanten Schadens zu verwechseln, wonach die Differenz zwischen dem gegenwärtigen, nach dem schädigenden Ereignis festgestellten Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte, bestimmt wird (vgl. nur BGE 129 III 331 E. 2.1); gleichwohl sind gewisse Parallelen dahingehend auszumachen, dass

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

terieller Hinsicht zweifellos eine eminente Bedeutung zukommt, ist der Mehrwert ihrer terminologischen Eigenständigkeit (im juristischen Diskurs) nach hier vertretener Einschätzung vorsichtiger zu beurteilen.

Dies ist namentlich der Tatsache geschuldet, dass (auch) im Rahmen des unionsrechtlichen und schweizerischen Behinderungsmissbrauchsverbots konkrete Anforderungen an die Schutzzielkonformität einer *theory of harm* zu stellen sind, damit sich jene für die Beurteilung eignet, „whether a case can be made that the practice constitutes an abuse"[1545]: Deren normative Zielkriterien müssen denjenigen entsprechen, welche gleichfalls bei der Bestimmung der Behinderungsmissbräuchlichkeit eines Verhaltens Gültigkeit beanspruchen.[1546] Eine taugliche *theory of harm* darf sich mithin nicht darauf beschränken, wahrscheinlichen *consumer harm* entsprechend einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz[1547] aufzuzeigen; vielmehr muss sie den Nachweis des aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden umfassenden *competitive harm* führen, indem sie auch die

---

eine Bestimmung des *consumer harm* desgleichen eine Saldierung erfordern würde (notabene indes von Wohlfahrtseffekten; zu den Vorbehalten hinsichtlich der Schutzzielkonformität eines solchen Vorgehens s. sogleich im Text, mit Verw.); vgl. *Lademann*, WuW 2008, 635.

1545 *Monti*, JECL&P 2010, 2 ff., 6; für eine Darst. bestehender Theorien s. *Neven/Zenger*, C & R 2011, 25 ff.

1546 Sinngemäss entsprechend betr. den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden wettbewerbswidrigen Marktverschliessung: *Zenger/Walker*, Theories of harm in European competition law: A progress report, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 185 ff., 185 :„[A well-developed theory of harm] should articulate how competition and, ultimately, consumers will be harmed relative to an appropriately defined counterfactual; it should be internally logically consistent; it should be consistent with the incentives that the various parties face; and it should be consistent with (or at least not inconsistent with) the available empirical evidence" (Aufzählungszeichen weggelassen); anders, im Einzelnen unklar: *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 26, wonach eine *theory of harm* (lediglich) „the dominant firm's incentive to foreclose" bedeute, während „any theory of anti-competitive foreclosure must be supported by a careful consideration of both the incentive and ability of the dominant firm to foreclose competition" (*ibid*., 24, Hervorh. d. Verf.); jedenfalls unter Geltung der REMM-Hypothese (s. nur 27, insb. Fn. 9) wären offensichtliche Interdependenzen zwischen Anreiz und Eignung zu konstatieren; offenbleiben muss im Rahmen dieser Untersuchung auch (vgl. schon Fn. 103), inwieweit möglicherweise das Feststellen einer Marktbeherrschung die Fähigkeit zur Marktverschliessung inkludiert; i.d.S. wohl *Petit*, 32 World Comp. 485 (2009), 493.

1547 Weiterf. schon 68 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

begründeten Schutzziele des systemtheoretischen Ansatzes gebührend berücksichtigt.[1548] Gerade im rechtsökonomischen Diskurs besteht indes eine latente Unsicherheit, dass durch die fortwährende Verwendung verschiedener Begrifflichkeiten für eine vermeintlich „selbe Sache" inhaltlich divergierende Wertungen nicht offengelegt werden.

Aus diesem Grund wird im Weiteren der Begriff der *theory of harm* grundsätzlich nicht aktiv verwendet. Im Hinblick auf die gelegentlich angerissene Frage, ob es sich beim AEC-Test um eine eigentliche *theory of harm* handelt,[1549] sei lediglich generell festgehalten, dass der AEC-Test sachgerechterweise in dem Masse Bestandteil einer *theory of harm* sein kann, wie er sich zum Nachweis behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens eignet.[1550]

c) Divergierende Nachweiserfordernisse

aa) Anforderungen an das weitere Vorgehen

Schickt man sich an, den funktionalen Anwendungsbereich des AEC-Tests zu bestimmen, sollte man sich vorgängig nochmals vergegenwärtigen, dass die Kommission eine aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung nachzuweisen sucht,[1551] während der EuGH eine potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung des Verhaltens voraussetzt.[1552]

Bei einer *potenziellen* wettbewerbsschädigenden Wirkung liegen die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad augenscheinlich tiefer als beim Nachweis einer *aller Wahrscheinlichkeit nach* eintretenden wettbewerbswidrigen Marktverschliessung:[1553] Obwohl etwa in den englischen Fassungen der einschlägigen *EuGH*-Entscheidungen und der Prioritätenmitteilung beidmalig ein „likely [...] anti-competitive effect" respektive eine „likely [...] anti-competitive foreclosure" gefordert werden, ergibt

---

1548 Weiterf. schon 63 ff. u. 82 ff.; des Guten zu viel fordern möglicherweise *Bishop/Marsden*, ECJ 2006, 3: „theory of anti-competitive harm".

1549 Vgl. *Zenger/Walker*, *ibid.*, 206; *Neven/Zenger*, C & R 2011, 25 ff., 27 f.; *Mandorff/Sahl*, Konkurrensverket WP 2013:1, 8.

1550 Weiterf. 348 ff.

1551 S. schon 119 ff.

1552 S. schon 101.

1553 *Gl.M. Heinemann*, Jusletter 29.6.2015, Rz. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich dies namentlich aus den französischen Fassungen der Entscheidungen.[1554]

Alleine divergierende Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit ermöglichen indes noch keine hinlängliche Aussage betreffend die jeweilige Eignung des AEC-Tests im Rahmen der beiden Beurteilungsstandards.[1555] Vielmehr wird eine Offenbarung dieser Dichotomie lediglich „ergebnisweise" möglich sein, indem die Rolle, welche dem AEC-Test beim Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung generell zukommen kann,[1556] mit jener verglichen wird, welche ihm die Unionsgerichte bei den typischen *predatory pricing*-Erscheinungsformen einräumen.[1557] In letzterem Rahmen erfolgt gleichfalls eine Darstellung der schweizerischen Rechtsprechung.

bb) Abstrakte Beurteilung und Handlungsempfehlung

Das Preissetzungsverhalten eines Marktbeherrschers kann gegebenenfalls unterhalb der Schwelle für eine aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung (Eingreifkriterium der Kommission) bleiben, obwohl es von den Unionsgerichten bereits als potenziell wettbewerbsschädigend qualifiziert würde.[1558] Es wird folglich, je nach Verfah-

---

1554 S. die Nachweise schon auf 101 u. 119 ff. (Hervorh. d. Verf.); zur besonderen Bedeutung der französischen Fassung der Entscheidungen s. *Petit*, ECJ 2015, 26 ff., 36: „[...] French is the language in which the EU judges work and decide cases. It is thus an accepted custom in EU legal scholarship to give authority to the French-speaking versions of judgments, when linguistic inconsistencies arise".

1555 Im Hinblick auf die inhaltliche Konkretisierung einigermassen unergiebig ist hierbei an sich auch, wenn der EuGH nun und bloss in der deutschen Fassung von *Post Danmark II* auf eine wettbewerbs*schädigende* Wirkung abstellt, während die Kommission eine wettbewerbs*widrige Marktverschliessung* festzustellen sucht; immerhin kann dadurch die Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Beurteilungsstandards reduziert werden, s. schon Fn. 378.

1556 Zur deren Bestimmung s. sogleich 348 ff.; zur Eignung von „Tests" im Allgemeinen für die Bestimmung missbräuchlichen Verhaltens weiterf. im Übrigen soeben 339 ff.

1557 Weiterf. 360 ff.; in diesem Zusammenhang wird namentlich zu beachten sein, dass der *EuGH* darüber hinaus eine Test-integrale Berücksichtigung der unternehmerischen Motivation vornimmt („AEC plus-Test", s. schon 338 f.).

1558 S. soeben 345 f.; höhere Anforderungen führen zu weniger Typ I-Fehlern, vgl. schon 108 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rensart und -stadium, „mit zweierlei Mass gemessen" – und mit dieser Dichotomie gehen gewisse Unzulänglichkeiten einher:[1559] Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens kann in (sich an der gerichtlichen Praxis orientierenden) Kartellzivilverfahren als Behinderungsmissbrauch taxiert werden, während es von der Kommission als zulässig erachtet würde.[1560] In Beschwerdeverfahren vor den Unionsgerichten können andere Tatbestandsvoraussetzungen gelten als jene, welche dem angefochtenen Entscheid der Kommission zugrunde liegen. Gerade letzterem kommt insofern eine akzentuierte Bedeutung zu, als die Unionsgerichte die beschwerdeklägerische Rügepflicht in der jüngeren Rechtsprechung sehr streng handhaben.[1561]

Sher bemerkt, dass sich das unternehmerische Verhalten (zumindest hinsichtlich bedingter Rabatte) in Europa eher am „'prioritisation' standard" der Kommission orientieren würde als an der Rechtsprechung der Unionsgerichte.[1562] Hierbei sollte indes zu Bedachtsamkeit gemahnt werden: Das Eingreifkriterium der Kommission kann wohl schutzzielkonform ausgelegt werden; die Kommission ist indessen verpflichtet, sich bei der Beurteilung der von ihr aufgegriffenen Fälle exakt an der unionsgerichtlichen Praxis zu orientieren.[1563] Eine ausdrückliche Rechtsprechung – wie etwa die Ablehnung einer *de minimis*-Schwelle[1564] – muss wohl oder übel angemessen berücksichtigt werden. Das Eingreifkriterium der Kommission ist insofern einer gewissen Dynamik in Richtung des unionsgerichtlichen Beurteilungsstandards unterworfen; die Divergenzen zwischen einer „aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung" und einer „potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung" sollten sich fortlaufend zugunsten der letzteren verringern.

1559 Entsprechend *Sher*, JECL&P 2015, 219 f.

1560 Kartellzivilverfahren sind grundsätzlich nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, s. bereits Fn. 821; vgl. *Monti*, JECL&P 2010, 2 ff., 8: „[N]ational courts [...] are bound to follow the [ECJ's] interpretation of Article 82 and are not bound by the Guidance Paper. [...] Counsel for plaintiffs are unlikely to forget the case law merely because it isn't mentioned by the Commission, so it may be that private litigation will rise since complaints to competition authorities will be rejected by competition authorities"; weiterf. zu den rechtlichen Wirkungen der Prioritätenmitteilung s. bereits 132 ff.

1561 S. schon 331, m.w.Hinw.

1562 *Sher*, *ibid*., 220.

1563 S. schon 131.

1564 S. schon 100 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es erscheint infolgedessen für marktbeherrschende Unternehmen zur Vermeidung zivil- wie verwaltungsrechtlicher Verantwortlichkeiten angezeigt, mit ihrem Preissetzungsverhalten wenn möglich keine potenziell wettbewerbsschädigende Wirkungen zu verursachen.[1565] An der Wünschbarkeit einer sich fortentwickelnden Rechtsprechung namentlich im Bereich bedingter (Einzelprodukte- und Bündel-)Rabatte ändert dies freilich nichts.[1566]

B. Der AEC-Test anlässlich des Nachweises einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung

a) Prüfungsstruktur

Im Anschluss an die in der Lehre teilweise stipulierte zweischrittige Prüfung einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung, wonach zuerst Marktverschliessungswirkungen und alsdann ein Verbrauchernachteil nachzuweisen wären,[1567] findet sich vereinzelt der sinngemässe Hinweis, dass ein AEC-Test bloss im Rahmen ersteren Schrittes von Nutzen sein könne.[1568] Nach hier vertretener Auffassung steht dem Verbrauchernachteil indes kein derartiger Status bei der Beurteilung einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden wettbewerbswidrigen Marktverschliessung zu: Wettbewerbswidrig ist eine Marktverschliessung generell vielmehr, wenn letztere infolge des unternehmerischen Preissetzungsverhaltens aller Wahrscheinlichkeit nach einen gewissen Grad sowie eine gewisse Beständigkeit erreicht (nachfolgend: „relevante Marktverschliessung") – entspre-

---

1565 Weiterf. zur „safe harbour"-Qualität des AEC-Tests s. 391 ff.

1566 Weiterf. 367 ff., insb. 376 ff., u. 383 ff.

1567 S. die Nachweise auf 124 ff., insb. in Fn. 505.

1568 *Zenger/Walker*, Theories of harm in European competition law: A progress report, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 185 ff., 206: „But while the [Guidance paper] is helpful in elaborating how to identify foreclosure (in particular through use of the as-efficient-competitor-test in cases involving pricing conduct) it remains relatively abstract on how *anti-competitive* foreclosure will be identified by the Commission (i.e., which theories of harm might underpin intervention)".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

chend der *Kommission* bei „gleichzeitiger Berücksichtigung" der in Tz. 20 der Prioritätenmitteilung erwähnten allgemeinen Faktoren.[1569]

Für die Bestimmung des funktionalen Anwendungsbereichs des AEC-Tests im Rahmen des Nachweises einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung ist infolgedessen zu untersuchen, (i) inwieweit sich der Test zum Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach relevanten Marktverschliessung eignet;[1570] sowie (ii) inwieweit sich der Test zum Nachweis zusätzlicher Anhaltspunkte eignet.[1571]

b) Aller Wahrscheinlichkeit nach relevante Marktverschliessung

aa) Strukturelle Voraussetzungen

Ein Markt eignet sich für eine relevante Verschliessung lediglich, wenn gewisse strukturelle Voraussetzungen erfüllt sind. Es handelt sich hierbei augenscheinlich um jene Faktoren, welche zugleich die Rationalität und das Erfolgspotential einer *predatory pricing*-Strategie beeinflussen: Das Vorliegen von Informationsasymmetrien stellt eine unerlässliche sowie die graduelle Imperfektion der Marktbestreitbarkeit eine zumindest massgebliche Bedingung dar.[1572] Dies entspricht ebenfalls der Auffassung der *Kommission*, wenn sie bemerkt, dass die Bedingungen auf dem fraglichen Markt von allgemeiner Bedeutung sind.[1573] Notabene hat der *EuGH* andeutungsweise in *British Airways* sowie namentlich in *Post Danmark II* gleichermassen festgehalten, dass – bei der Beurteilung der gegenständlichen Rabatte im Hinblick darauf, „ob [sie] eine Verdrängungswirkung ent-

1569 Weiterf. schon 119 ff., mit qualitativer Konkretisierung; s. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20 u. Tz. 27; vgl. *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.270.

1570 S. sogleich 349 ff.

1571 S. 358 ff.

1572 Zum Ganzen schon 174 ff., m.w.Verw.; vgl. *Goeteyn/Mavroghenis/Piergiovanni*, Predatory Pricing, in: GCLC RP on Article 82 EC, 65 ff., 78; *Gerardin*, 11 JCLE 579 ff. (2015), 610 f.; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.275.

1573 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 2. Lemma, m.w.Hinw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

falten können“[1574] – „den besonderen Wettbewerbsbedingungen auf dem fraglichen Markt Rechnung zu tragen“ ist.[1575]

Den marktinhärenten Strukturen kommt mithin eine zentrale Rolle im Rahmen der Evaluation zu, inwieweit ein unternehmerisches Preissetzungsverhalten den Markt in aller Wahrscheinlichkeit nach relevanter Weise zu verschliessen vermag;[1576] bei deren Offenlegung ist der AEC-Test indes nur mit bedeutenden Einschränkungen von Nutzen.[1577] Das Resultat eines Kosten-Preis-Vergleichs gibt einerseits kaum Auskunft darüber, welche Marktzutritts- oder Marktaustrittsschranken bestehen: Der AEC-Test eruiert namentlich nicht, inwieweit tatsächliche oder rechtliche Marktzutrittsschranken in der Form von Grössenvorteilen respektive Schutzrechten oder polizeilichen Bewilligungen bestehen;[1578] er identifi-

---

1574 *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 68 – *British Airways*; zur Beurteilung von Rabatten durch die Unionsgerichte, weiterf. 367 ff. u. 383 ff.

1575 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 30 – *Post Danmark II*, zugleich mit dem Hinw., dass der Umfang der beherrschenden Stellung des inkriminierten Unternehmens gleichsam bedeutungsvoll sei; s. zu letzterem auch: *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 1. Lemma; s.a. *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10 – *Post Danmark*, weiterf. hierzu 365 f.

1576 S. schon *Joskow/Klevorick*, 89 Yale L.J. 213 (1979), 225 ff., welche sich für eine „systematic investigation of structural characteristics“ des Marktes aussprechen (*ibid*., 226); s.a. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 410 ff., welcher eine Würdigung der „wirtschaftliche[n] Plausibilität der Preisstrategie“ fordert (*ibid*., 415); der hinlängliche Nachweis von strukturellen Voraussetzungen scheint namentlich insofern bedeutsamer zu werden, als dem Missbrauchskriterium „Verdrängungsabsicht“ tendenziell weniger Gewicht zugesprochen wird, weiterf. schon 299 ff.; nicht eindeutig ist auch der Stellenwert des *recoupment*-Kriteriums, welchem im vorliegenden Zusammenhang nach hier vertretener Auffassung indikative Bedeutung zukommen sollte, weiterf. schon *ibid*.

1577 Vgl. *Bosco*, Concurrences 2013, 12 ff., 14: „[L]’analyse est absorbée ici par la considération du prix et des coûts du dominant. Pour ancrer son appréciations dans la „réalité“, l’autorité doit – ou devrait – encore apporter des preuves de l’effet véritable des pratiques litigieuses“; im Ergebnis ähnlich *Marty*, GREDEG WP No 2013-26, 28: „[C]onsidering the relationships between prices and the costs of the incumbent for characterizing the abusive nature of the strategy seems to allow not considering the effects issue [...]. If the dominant firm prices beyond its avoidable cost, its strategy is automatically interpreted as an exclusionary one whatever its actual (or even potential) effects“; abweichend wohl *Rummel*, NZKart 2014, 354 ff., 357: „Die Stärke des *equally efficient competitor*-Tests besteht aber gerade darin, dass er Aussagen über das tatsächliche Verdrängungspotential einer wettbewerblichen Verhaltensweise trifft“.

1578 Vgl. schon 43 f. u. 47 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ziert desgleichen keine Marktaustrittschranken, indem keine Feststellung dahingehend trifft, inwieweit das Verlassen eines Marktes mit verlorenen Kosten verbunden ist.[1579]

Schwierige Abgrenzungsfragen stellen sich bei der Kategorie der strategischen Marktzutrittsschranken, welche Verhaltensweisen von Unternehmen bezeichnen, die darauf ausgerichtet sind, Konkurrenten an der Marktteilnahme zu behindern:[1580] Richtigerweise sind grundsätzlich lediglich *im Vorgang* zum inkriminierten Preissetzungsverhalten verfolgte derartige Strategien als strukturelle Voraussetzungen zu qualifizieren; keine Marktzutrittsschranken im Sinne von gegenständlich zu identifizierenden marktinhärenten Gegebenheiten würde damit das vom Untersuchungszeitraum[1581] des AEC-Tests erfasste Verhalten *per se* zu begründen vermögen. Eine Einschränkung sollte immerhin bei langfristigen Betrachtungen erfolgen: Hierbei können die anfänglichen Unterkosten-Preissetzungen für die nachfolgenden Unterkosten-Preissetzungen alsdann als marktinhärent zu bezeichnende Bedingungen schaffen – nach hier vertretener Auffassung jedenfalls insoweit, als erstere bei isolierter Betrachtung bereits eine aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung darstellen.[1582] *Ratio* hierfür ist, dass das inkriminierte Unternehmen im Zeitpunkt der anfänglichen Unterkosten-Preissetzungen vorliegend schon über eine marktbeherrschende Stellung verfügt; die Definition einer strategischen Marktzutrittsschranke legt weiter nahe, dass die fragliche Verhaltensweise zumindest in diesem Kontext wertungsmässig als behinderungsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Sofern die anfänglichen Unterkosten-Preissetzungen den Markt nicht für sich in wettbewerbswidriger Weise zu verschliessen vermögen, wäre ein hinlänglicher marktstruktureller Eignungsnachweis mithin *auch* für die nachfolgenden Unterkosten-Preissetzungen anderweitig zu erbringen.

Kaum bessere Hilfestellung vermag der AEC-Test andererseits beim Nachweis von Informationsasymmetrien zu bieten.[1583] Augenscheinlich unbehelflich ist der Test beim Aufdecken von vertikalen Asymmetrien.

1579 Vgl. schon 48 f., insb. Fn. 108, m.w.Verw.
1580 S. schon 44.
1581 Weiterf. schon 312 f.
1582 Dies macht notabene eine periodenweise Betrachtung erforderlich, weiterf. hierzu schon 313 ff.; zur Prüfungsstruktur einer relevanten Marktverschliessung vgl. soeben 348 f.
1583 Vgl. zum Ganzen bereits 175.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hinsichtlich Signalstrategien sollte jedenfalls dasselbe Wertungskriterium wie bei den strategischer Marktzutrittsschranken zur Anwendung kommen: Mittels eines AEC-Tests nachgewiesene Unterkosten-Preissetzungen würden demnach eine Signalstrategie lediglich zu indizieren vermögen, wenn das fragliche Preissetzungsverhalten selbst ohne ebendiese, gerade darzulegende strukturelle Gegebenheit als wettbewerbswidrige Marktverschliessung zu qualifizieren wäre. Es erhellt unmittelbar, dass der Durchführung eines AEC-Tests infolgedessen für das Vorliegen einer Signalstrategie keine eigenständige Bedeutung zukommen kann.

Schliesslich wäre der Nachweis einer Reputation durch vorgängige Preissenkungen auf *anderen* Märkten nachzuweisen.[1584] Nun erfordert auch die dortige Identifikation von Preissenkungen im Grundsatz bloss Kosten-Preis-Vergleiche, sofern sich die Produktionskosten im Untersuchungszeitraum ändern;[1585] der (notabene konkret in Frage stehende) AEC-Test aber, anhand welchem die Kosten und Preise auf jenem Markt verglichen werden, welcher gegebenenfalls aller Wahrscheinlichkeit nach auf wettbewerbswidrige Weise verschlossen wird, würde sich hierbei auf alle Fälle als nutzlos erweisen.

bb) Unternehmerisches Preissetzungsverhalten

(1) Anforderungen

Sofern ein Markt über die strukturellen Voraussetzungen verfügt, kann das marktbeherrschende Unternehmen ebendiesen durch ein geeignetes Preissetzungsverhalten aller Wahrscheinlichkeit nach in relevanter Weise verschliessen. Um als „relevant" im Sinne der vorliegenden Terminologie zu qualifizieren, muss das unternehmerische Verhalten ein gewisses Ausmass annehmen: Die *Kommission* bemerkt in ihrer Prioritätenmitteilung, dass hierbei namentlich auch der Anteil der vom fraglichen Verhalten betroffenen Gesamtverkäufe sowie die Dauer und die Regelmässigkeit des Verhaltens zu beachten seien.[1586] Augenscheinlich hat eine einzelfallweise Gesamtbewertung unter Berücksichtigung der sachlichen, räumlichen sowie

1584 S. schon *ibid*.
1585 Weiterf. zur Kostenbestimmung s. schon 212 ff.; weiterf. zur Preisbestimmung s. schon 218 ff.
1586 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 5. Lemma; s.a. *ibid*., Tz. 53.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zeitlichen Erheblichkeit der aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden marktverschliessenden Wirkung zu erfolgen.[1587]

Regelmässige Voraussetzung für das Vorliegen einer sachlichen Erheblichkeit ist nach der Kommission die Preissetzung auf einer Höhe, welche es dem Marktbeherrscher respektive dem AEC nicht erlauben würde, seine LAIC zu decken.[1588] Ein Abstellen auf die Kostenart LAIC findet namentlich in der jüngeren Lehre und Rechtsprechung Anerkennung[1589] sowie erscheint im Grundsatz als sachgerecht: Die ATC oder gar eine höher zu liegen kommende Kostenart könnten generell die notwendige Intensität für eine aller Wahrscheinlichkeit nach eintretende relevante sowie potenziell wettbewerbswidrige Marktverschliessung nicht gewährleisten;[1590] einem marktbeherrschenden Unternehmen sollte es nicht im Grundsatz verwehrt sein, Preise unterhalb seiner Kosten zu setzen, umso mehr als hierfür legitim-wirtschaftliche Gründe bestehen können[1591] und auch Marktbeherrscher ökonomisch ineffizient i.e.S. werden können, womit die Preisunterschreitung ihrer eigenen Produktionskosten aus wohlfahrtstheoretischer Perspektive erwünscht sein kann.[1592]

Aus den dargelegten Gründen ist insofern überlegenswert, ob nicht gar die kurzfristige Kostenart AAC die angemessene Mindestpreishöhe darstellen sollte. In der Doktrin haben sich hierfür namentlich *Baumol* sowie *Bolton*, *Brodley* und *Riordan* (letztere im Rahmen eines „dual cost approach" ergänzend zu den LAIC sowie mit beweislastrechtlichen Implika-

---

1587 Die Begriffe „sachlich", „räumlich" und „zeitlich" werden gegenständlich für die quantitative Bestimmung von marktverschliessenden Wirkungen verwendet; sie sind einerseits gegenüber den „sachlichen" sowie „räumlichen" Dimensionen bei qualitativen Einteilung von Marktverschliessungen abzugrenzen (weiterf. schon 119); sie sind andererseits durchaus nicht mit der Marktabgrenzung in „sachlicher", „räumlicher" und „zeitlicher" Hinsicht gleichzusetzen, welche nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist (vgl. schon Fn. 103); vgl. *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 242 – *Tomra*; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 43 – *Tomra*; *Rousseva*, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, 378: „[T]he standard for foreclosure is hindering or eliminating *effective* competition – a term which has no precise boundaries and may vary from case to case" (Hervorh. im Original).

1588 S. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 26 auf 177; zur Person des AEC s. schon 179 f.; zur Kostenart LAIC s. schon 37.

1589 Weiterf. schon 172 f. u. 278 ff.

1590 Vgl. schon 119 ff.

1591 Weiterf. schon 272 ff. u. 288 ff.; einschränkend s. 299 ff.

1592 Weiterf. schon 187.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionen) ausgesprochen.[1593] Den tiefer zu liegen kommenden AAC sollte *m.E.* für den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden relevanten Marktverschliessung[1594] einerseits eine „Schutzpuffer-Funktion" zukommen: So ist beispielsweise die Berechnung des effektiven Preises bei bedingten Rabatten mit gravierenden Unsicherheiten behaftet[1595] und das inkriminierte Unternehmen besteht einen Kosten-Preis-Vergleich auf Basis der Kostenart LAIC womöglich nur nicht, weil der effektive Preis irrtümlicherweise zu tief bestimmt worden ist.[1596] Schwierigkeiten bietet auch die vollständige Preisbestimmung, welche nach hier vertretener Auffassung erforderlich wäre und namentlich sämtliche berücksichtigungsfähigen strategischen Preiselemente umfassen sollte;[1597] misslingt jene, resultiert möglicherweise gleichfalls eine (vermeintliche) LAIC-Unterschreitung.[1598] Andererseits sind Fallkonstellationen denkbar, in welchen die AAC den sachgerechten Vergleichsparameter darstellen, so etwa, wenn der (Gesamt-)Untersuchungszeitraum kurz ist respektive im Rahmen einer periodenweisen Betrachtung die LAIC nicht durchgängig unterschritten werden.[1599]

An der grundsätzlichen Sachgerechtigkeit des LAIC-Massstabs für den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach relevanten Marktverschliessung vermag dies indes nichts zu ändern. Marktbeherrschende Unternehmen verfügen im Vergleich zu ihren aktuellen oder potenziellen Konkurrenten mit einer gewissen Regelmässigkeit über eine hohe ökonomische Effizienz i.e.S.;[1600] die besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen konkretisiert sich im Bereich des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbots dahingehend, dass nicht jede legitim-wirtschaft-

---

1593 S. schon 171 ff.

1594 Zur Angemessenheit der Kostenart AAC im Rahmen des Nachweises einer strategischen Intention s. schon 275.

1595 S. zum Ganzen schon 230 ff.

1596 Zum zutreffenderweisen Abstellen auf die AAC durch die *Kommission* in der Entscheidung *Intel* s. bereits 282 f.

1597 Weiterf. schon 219 ff.

1598 Vgl. die Entscheidung der *Kommission* i.S. *Wanadoo Interactive*, wo keine vollständige Preisbestimmung vorgenommen und im Ergebnis entsprechend nicht auf eine LAIC-Kostenhöhe abgestellt wurde, weiterf. schon 230.

1599 Zum Ganzen schon 312 f.; weiterf. zur zeitlichen Erheblichkeit s. sogleich im Text.

1600 Weiterf. schon 185 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

liche Preissetzung auch zulässig ist.[1601] Zur Verhinderung einer aller Wahrscheinlichkeit nach relevanten Marktverschliessung käme eine kurzfristige Kostenart als Vergleichsmassstab namentlich in leitungsgebundenen Branchen generell zu tief zu liegen.[1602]

Zur Bestimmung der räumlichen Erheblichkeit ist zu untersuchen, in welchem Umfang eine Einschränkung von Konkurrenten beim Zugang zu Abnehmern oder Lieferquellen erfolgt. *Gerardin* propagiert eine Gegenüberstellung des von der Verschliessung verschonten Marktteils sowie der minimalen effizienten Grösse[1603], wobei die daraus zu ziehenden Schlüsse – jedenfalls soweit der nicht-verschlossene Teil eine Produktion bei minimaler effizienter Grösse noch zulässt – vage bleiben.[1604] Nach hier vertretener Auffassung würden allemal zu hohe Nachweis-Anforderungen an die räumliche Erheblichkeit einer Marktverschliessung gestellt, wenn letztere schon aufgrund des Prospekts eines *einzelnen*, bei minimaler effizienter Grösse produzierenden Konkurrenten negiert würde. Zutreffend ist allerdings, dass die strukturellen Voraussetzungen des Marktes einzelfallweisen Einfluss im Hinblick auf die Bestimmung der räumlichen Erheblichkeit haben sollten.

Schon an dieser Stelle sei bemerkt, dass die Unionsgerichte das Kriterium der räumlichen Erheblichkeit im Rahmen des Nachweises einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung mutmasslich, wenn überhaupt, nur sehr eingeschränkt anerkennen. Etwa bei Ausschliesslichkeitsrabatten hat gemäss dem *EuG* gar keine einzelfallweise Prüfung der Umstände zu erfolgen, zumal es sich hierbei „nicht um eine Preispolitik" handle.[1605] Wohl haben die Unionsgerichte in *Tomra* festgehalten, dass „[d]ie Abschottung eines erheblichen Teil des Marktes [...] nicht mit dem Nachweis gerechtfertigt werden kann, dass der Teil des Marktes, der noch gewonnen werden kann, noch ausreichend Platz für eine begrenzte Zahl von Wettbewerbern bietet".[1606] Daraus lasse sich aber gemäss der *Intel*-Entscheidung des *EuG* nicht ableiten, „dass die Feststellung einer missbräuchlichen

---

1601 S. bereits 303 f., m.w.Hinw.

1602 S. schon 283 f.

1603 Zum Begriff s. bereits 43 f.

1604 *Gerardin*, 11 JCLE 579 ff. (2015), 610 f.; s.a. *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.277.

1605 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 99 – *Intel*; weiterf. zu Treue- oder Ausschliesslichkeitsrabatten s. 373 ff.

1606 *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 241 u. 243 – *Tomra*, m.w.Hinw.; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 39 ff. – *Tomra*; eine Abschot-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ausnutzung die Abschottung eines erheblichen Teils des Marktes voraussetzte".[1607]

Für die zeitliche Erheblichkeit einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung stellen einerseits der (Gesamt-)Untersuchungszeitraum sowie andererseits der Anteil der periodenweisen Kosten-Unterschreitungen die relevanten Determinanten dar: Sofern der Untersuchungszeitraum kurz ist respektive die Kosten lediglich in wenigen Perioden unterschritten werden, erscheint das marktverschliessende Verhalten *per se* gegebenenfalls zeitlich unerheblich; diesfalls wären qualifizierte Anforderungen an die sachliche und räumliche Erheblichkeit zu stellen, damit die Marktverschliessung aller Wahrscheinlichkeit nach als relevant zu bezeichnen wäre.[1608] In *Intel* hat die *Kommission* jeweils separat für jeden Abnehmer (auf der Zwischenhandelsstufe) sowie einen Endverkäufer den Zeitraum festgestellt, in welchem die gewährten Rabatte aller Wahrscheinlichkeit nach marktverschliessende Wirkungen gezeitigt haben.[1609]

Das *EuG* hat hingegen in derselben Rechtssache festgehalten, dass für den Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung „jeder finanzielle Anreiz für einen ausschliesslichen Bezug einen zusätzlichen Eingriff in die Wettbewerbsstruktur eines Marktes dar[stellt] und [...] daher, wenn er von einem Unternehmen in beherrschender Stellung geschaffen wird, als Missbrauch anzusehen" ist – und zwar unerheblich seiner Dauer.[1610]

---

tung von (bereits) vierzig Prozent des Marktes haben die Gerichte im Übrigen vorliegend bedenkenlos als erheblich bezeichnet.

1607 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 120 – *Intel.*

1608 Zur Unterschreitung der AAC als qualifiziertes sachliches Erheblichkeitskriterium s. soeben im Text; zur Verschliessung eines Marktes in einem Umfang, welcher einem potenziellen Konkurrenten eine Produktion bei minimaler effizienter Grösse verunmöglicht, als denkbares qualifiziertes räumliches Erheblichkeitskriterium vgl. soeben *ibid*.

1609 S. *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, insb. Tz. 1281, 1406, 1409 u. 1456, 1507 u. 1573 – *Intel*.

1610 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 111 i.V.m. dem Untertitel 2.5) zu Tz. 110 ff. – *Intel*; das *EuG* bemerkt hingegen eventualiter, dass *i.c.* „die Gesamtdauer der Anwendung der Ausschliesslichkeitsrabatte [im Übrigen] nicht kurz" war (*ibid*., Tz. 113, m.w.Hinw.); vgl. auch die Hinw. zur Ablehnung einer *de minimis*-Schwelle schon auf 100 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) Eignung des AEC-Tests

Der AEC-Test eignet sich bei preisbezogenem Verhalten geradezu prototypisch für die Bestimmung der sachlichen Erheblichkeit einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden marktverschliessenden Wirkung, zumal er den vom Marktbeherrscher gesetzten Preis mit den Kosten eines AEC vergleicht,[1611] wobei der AEC über dieselben Produktions- und Kostenstrukturen wie das marktbeherrschende Unternehmen verfügt.[1612] Bezüglich seine Eignung ist auch die Kostenart unerheblich, welche im Zuge dessen als Vergleichsmasstab verwendet wird.

Hinsichtlich der Bestimmung der räumlichen Erheblichkeit kommt dem AEC-Test insofern eine gewichtige Bedeutung zu, als seine Durchführung diejenigen Abnehmer respektive Lieferquellen zu identifizieren vermag, zu welchen das Preissetzungsverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens den Zugang für die Konkurrenz einschränkt. Infolgedessen stellt der AEC-Test ein geeignetes Instrument dar, um diejenigen Marktteile zu eruieren, welche aller Wahrscheinlichkeit nach von marktverschliessenden Wirkungen erfasst werden.

Der AEC-Test vermag gleichermassen zu indizieren, inwiefern ein unternehmerisches Preissetzungsverhalten zeitlich erheblich ist: Der vollständige Untersuchungszeitraum ist bei einer Gesamtbetrachtung integraler Bestandteil des AEC-Tests;[1613] im Falle einer Aufteilung des Untersuchungszeitraums in mehrere Perioden wird eine entsprechende Anzahl von AEC-Tests vorgenommen,[1614] welche für die zugrunde liegenden Betrachtungszeiträume jeweils offenbaren, ob eine aller Wahrscheinlichkeit nach marktverschliessende Wirkung eintreten kann. Ein jeder AEC-Test enthält mithin zumindest eine Aussage betreffend die zeitliche Erheblichkeit des unternehmerischen Preissetzungsverhaltens.[1615]

1611 S. schon 335.
1612 S. schon 179.
1613 Weiterf. schon 312 f. u. 317 ff.
1614 Weiterf. schon 313 ff.
1615 Abweichend (zumindest) in Bezug auf die Kriterien der räumlichen und zeitlichen Erheblichkeit: *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 9 zu Art. 102 AEUV, wonach der AEC-Test „nur dazu dienen kann, um zu überprüfen, ob ein Verhalten ebenso effiziente Wettbewerber verdrängen kann, nicht aber, ob eine solche Verdrängung wahrscheinlich ist [...], [zumal] er für sich genommen das Ausmass des Verhaltens nicht berücksichtigt".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

c) Zusätzliche Anhaltspunkte

aa) Strategische Intention

Der AEC-Test ist für den direkten Nachweis einer Verdrängungsabsicht, welcher anhand einer Beurteilung der internen Unterlagen respektive des expliziten Drohgebarens von marktbeherrschenden Unternehmen erfolgt,[1616] untauglich: Bei einer Auslegung von dergestaltigen Willensäusserungen ist ein Vergleich von Preis und Kosten unbehelflich. Soweit ein indirekter Nachweis – *m.E.* unbefriedigenderweise – bereits aufgrund einer Erfüllung der strukturellen Voraussetzungen oder einer aller Wahrscheinlichkeit nach relevanten Marktverschliessung gelingen sollte,[1617] kann auf die soebigen Ausführungen verwiesen werden.[1618]

Der AEC-Test eignet sich andererseits hervorragend im Rahmen der Fiktion einer *predatory pricing*-Intention[1619], zumal jene anhand eines Vergleichs der (Voll-)Preissetzung des Marktbeherrschers mit den kurzfristigen Kosten eines AEC zu gelingen vermag.[1620] Im Grundsatz folgerichtig propagiert die *Kommission* in der Prioritätenmitteilung, dass ein *sacrifice* bei (Kampf-)Preisunterbietungen nachgewiesen werden könne, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die AAC unterschreitet.[1621] Ein *sacrifice*-Nachweis anhand einer AAC-Unterschreitung ist im Übrigen auch bei anderen Formen des *predatory pricing* erwägenswert.[1622] Darüber hinaus kann die Vermutung einer strategischen Intention bei einer durchgängigen längerfristigen Unterschreitung der LAIC zulässig sein – wobei deren Nachweis gleichermassen mit einem AEC-Test gelingt.[1623]

1616 Weiterf. schon 288 ff.
1617 S. schon 288 ff. u. 299 ff.
1618 S. soeben 349 ff.
1619 Zum Begriff s. schon 256.
1620 S. schon 278; vgl. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 30.
1621 Weiterf. schon 269 f; zur Notwendigkeit einer Vollpreis-Bestimmung auch bei kurzfristigen Kosten-Preis-Vergleichen s. schon 276 ff.; zur Kostenart-Unabhängigkeit des AEC-Tests nach hier verwendeter Terminologie s. im Übrigen bereits 335 f.
1622 S. schon 269, insb. Fn. 1182.
1623 Weiterf. schon 296 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

bb) Übrige Kriterien

Nach der *Kommission* „könnte die Marktleistung des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber [als möglicher Beweis für eine tatsächliche Marktverschliessung] direkten Aufschluss über eine etwaige wettbewerbswidrige Marktverschliessung geben[, sofern das Verhalten über einen längeren Zeitraum angehalten hat]".[1624] Es ist einerseits mit *Temple Lang* und *Renda* festzustellen, dass „foreclosure is consistent with anti-competitive foreclosure, but it can never be considered as sufficient proof of anti-competitive foreclosure";[1625] andererseits kann dasselbe Kriterium notabene gleichermassen *keine* wettbewerbswidrige Marktverschliessung indizieren, nämlich wenn sich die Stellung des Marktbeherrschers sowie seiner Wettbewerber in diesem Zeitraum nicht oder gar zuungunsten des ersteren verändert haben respektive neue Konkurrenten in den Markt eingetreten sind.[1626] Im Übrigen muss konstatiert werden, dass der AEC-Test bei der Bestimmung von Marktanteilen sowie der Identifikation von Markteintritten ohne Nutzen ist.

Aus demselben Grund kann der AEC-Test auch keine Hilfestellung bieten, wenn die *Kommission* aus der Marktstärke eines inkriminierten Unternehmens auf die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung schliessen will, sofern „das Unternehmen [das Verhalten] zum Schutz dieser Stellung wählt".[1627] Von untergeordneter Bedeutung ist der AEC-Test wohl desgleichen im Hinblick auf das Kriterium „Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens";[1628] immerhin könnte mit einem AEC-Test das Preissetzungsverhalten des fraglichen Konkurrenten im Hinblick auf den Grad seiner Kostendeckung untersucht

---

1624 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 6. Lemma, m.w.Hinw.

1625 *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 26.

1626 *Ibid*., 41; vgl. *Temple Lang*, 39 World Comp. 5 (2016), 6, 19, betr. das Kommissionsverfahren i.S. Google.

1627 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, 1. Lemma; die engl. Fassung spricht von „conduct protecting that position"; das Verhalten sollte mithin augenscheinlich von einer strategischen Motivation getragen sein, die marktbeherrschende Stellung zu erhalten; zumindest bei einer *predatory pricing*-Strategie wäre indes eine überragende Marktmacht keine hinlängliche Voraussetzung für das Gelingen einer Marktverschliessung; vielmehr würde die Wahrscheinlichkeit letzterer durch die strukturellen Voraussetzungen geprägt (weiterf. schon 174 ff, m.w.Verw., u. 349 ff).

1628 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 20, 3. Lemma.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

werden, was Rückschlüsse dahingehend zuliesse, inwieweit eine (weitergehende) Preissenkung als Gegenstrategie tragfähig und infolgedessen realistisch erschiene. Schliesslich ist ein AEC-Test ungeeignet, jene Abnehmer respektive Lieferquellen aufzudecken, welche sich für selektive Verhaltensweisen zur Verschliessung eines Marktes besonders eignen.[1629]

C. Der AEC-Test anlässlich des Nachweises einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung

a) Desintegration

Eine Untersuchung der unionsrechtlichen und schweizerischen Rechtsprechung im Hinblick auf die Verwendung des AEC-Tests bedingt einen Strukturierungsansatz, in dessen Rahmen typische *predatory pricing*-Erscheinungsformen identifiziert werden können.[1630] *Rose* und *Bailey* nehmen eine Kategorisierung danach vor, ob das fragliche Verhalten jenem Markt zuzuordnen ist, auf welchem das inkriminierte Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, oder einem neben- respektive nachgelagerten Markt.[1631] *Ratio* für eine solche Unterteilung ist augenscheinlich, dass (bloss) bei letzterer Kategorie die marktbeherrschende Stellung auf dem Ausgangsmarkt zur Erlangung von Marktmacht auf dem benachbarten Markt eingesetzt wird (sog. „monopoly leveraging“);[1632] ein „leveraging“ ist indes freilich auch innerhalb der ersten Kategorie möglich, indem der nicht-bestreitbare Teil der Nachfrage zur Erlangung von Marktanteilen auf dem bestreitbaren Teil eingesetzt wird.[1633] Ungeachtet dessen erscheint eine entsprechende Strukturierung namentlich aufgrund ihrer Parallelen zur Unterteilung von Marktverschliessungen in räumlicher

---

1629 Vgl. *ibid*., 4. Lemma.

1630 Zum Begriff des *predatory pricing* s. bereits 163 ff; zum AEC-Test s. 335 f.; zum AEC (plus)-Test s. 338 f., jew. mit Verw.

1631 *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.065 u. Rn. 10.068 ff.: „Own market abuses“ resp. Rn. 10.112 ff.: „Related market abuses“.

1632 S. *Rose/Bailey* (Hrsg.), *ibid*., Rn. 10.112; *Fisher*, Innovation and Monopoly Leveraging, in: Ellig (Hrsg.), 138 ff., 138; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 250.

1633 Vgl. schon 243 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dimension als zweckmässig:[1634] Es sind einerseits Verhaltensweisen auf die Anerkennung des AEC-Tests zu untersuchen, welche eine Verschliessung desselben Marktes bezwecken; andererseits sind Verschliessungen benachbarter Märkte unter die Lupe zu nehmen. Unternehmerisches (Preissetzungs-)Verhalten ist darüber hinaus mannigfaltig und in seiner konkreten Ausgestaltung nicht Form gebunden, sodass kombinierte Erscheinungsformen ohne Weiteres möglich sind respektive diese fliessend ineinander übergehen.[1635] Schon hier kann darauf hingewiesen werden, dass eine Abgrenzung zwischen gerichtlich bestätigtem und versagtem Anwendungsbereich des AEC-Tests nicht anhand dessen erfolgt, ob eine Verschliessung desselben Marktes respektive eine horizontale oder vertikale Verschliessung zur Debatte steht.[1636]

Hinsichtlich „naked restrictions" hat das *EuG* in der *Intel*-Entscheidung festgehalten, dass „der AEC-Test kein geeignetes Mittel zur Widerlegung der Wettbewerbswidrigkeit einer reinen Beschränkung darstellt. Selbst [der Nachweis eines positiven AEC-Tests] änderte [...] weder etwas an dem wettbewerbswidrigen Ziel dieser Verhaltensweise noch an ihrer Eignung, dem Wettbewerber den Zugang zum Markt zu erschweren".[1637]

b) Verschliessung desselben Marktes

aa) (Kampf-)Preisunterbietungen

(1) Gegenstand

Der *EuGH* hat in der grundlegenden *AKZO*-Entscheidung festgehalten, dass Art. 102 AEUV „es einem beherrschenden Unternehmen verbietet, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung

---

1634 S. schon 121 f.; andere Strukturierungen, namentlich entlang der Generalklausel sowie der Regelbeispiele von Art. 102 AEUV resp. Art. 7 KG (s. etwa *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), Art. 102 AEUV; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Art. 102 AEUV; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Art. 102; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 7), sind ebenso gangbar.

1635 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 285 i.f. zu Art. 102 AEUV.

1636 Vgl. *Whish/Bailey*, Competition Law, 215 f.

1637 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 214 – *Intel*; s. schon 128.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift. Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden".[1638] Der *EuGH* statuierte darauf zur Beurteilung von Preisunterbietungen als Grundform des *predatory pricing* die *AKZO*-Formel, welche auf die Preishöhe im Verhältnis zu den Kosten sowie die strategische Intention des inkriminierten Unternehmens abstellt.[1639] Der *EuGH* brachte mithin in *AKZO* einen AEC plus-Test zur Anwendung;[1640] hieran wurde namentlich in *France Télécom* festgehalten.[1641]

In der Schweiz erklärt Art. 7 Abs. 2 lit. d KG „die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen" ausdrücklich zur missbräuchlichen Verhaltensweise. Eine eigentliche gerichtliche Praxis betreffend gegenständlichen nicht-diskriminierenden Preisunterbietungen existiert augenscheinlich nicht;[1642] die *WEKO* hat sich in *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* an die *AKZO*-Formel des *EuGH* angelehnt,[1643] womit die Anwendung eines AEC plus-Tests indiziert ist.

Als Handlungsempfehlung an marktbeherrschende Unternehmen zwecks Verhinderung einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung ist einerseits allgemein festzuhalten, dass interne *predatory pricing*-Intentionen zu vermeiden sind; andererseits sind nicht-selektive Vollkosten-Preisunterschreitungen – mit wenigen und lediglich kurzfristig prakti-

---

1638 *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 70 – *AKZO*; bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 25 – *Post Danmark,* m.w.Verw.

1639 Weiterf. schon 266 f. u. 279 f.; namentlich in der deutschsprachigen wettbewerbsrechtlichen Lehre wird der Begriff *predatory pricing* oftmals synonym (bloss) für Preisunterbietungen im gegenständlichen Kontext verwendet, während die in der Folge dargestellten Erscheinungsformen des *predatory pricing* „unter eigenem Namen" fungieren (s. 163 ff., mit Hinw. zur Verwendung des Begriffs in dieser Untersuchung).

1640 Zum Begriff AEC plus-Test s. schon 338; zu selektiven Preisunterbietungen und der relativierenden Rspr. in *Post Danmark* weiterf. sogleich 363 ff.

1641 S. *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 195 ff. – *France Télécom*; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 54 f. – *Post Danmark II*.

1642 Es besteht denn auch eine gewisse Einigkeit, dass es sich bei nicht-diskriminierenden Preisunterbietungen um „very rare birds" handelt, s. *Baumol*, 39 J. Law Econ. 49 (1996), 51.

1643 *WEKO*, RPW 2004/4, 1002 ff., insb. Tz. 50 – *Cornèr Banca SA/Telekurs AG*; weiterf. schon 265 ff. u. 279; s.a. 264 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

zierten Ausnahmen[1644] – nicht empfehlenswert. Letztere Grenze kommt sowohl im Hinblick auf die untere *AKZO*-Schwelle (AVC) als auch die Vorgaben der *Kommission* in der Prioritätenmitteilung (LAIC) hoch zu liegen und mag möglicherweise übertrieben vorsichtig erscheinen. *Ratio* hierfür ist indes die jüngere Rechtsprechung des *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark* sowie die Tatsache, dass die marktverschliessenden Wirkungen von nicht-diskriminierenden Preissetzungen alleweil jenen entsprechen, welche selektive Preise derselben Höhe zu entfalten vermögen.[1645]

(2) Preisdiskriminierungen

(Kampf-)Preisunterbietungen gehen oftmals mit Preisdiskriminierungen einher.[1646] Preisdiskriminierungen sind derweil auch bei anderen Erscheinungsformen des *predatory pricing* anzutreffen.[1647] Diskriminierende respektive selektive oder auch differenzierende Preise bezeichnen „die Anwendung verschiedener Preise auf verschiedene Kunden oder verschiedene Kundenkategorien für Waren oder Dienstleistungen, deren Kosten dieselben sind, oder umgekehrt die Anwendung eines einheitlichen Preises auf Kunden, bei denen die Angebotskosten variieren".[1648] Es kann zwi-

1644 Weiterf. vgl. schon 272 ff.

1645 Weiterf. sogleich 363 ff.; freilich ist eben anzumerken, dass die Kommission als generelle Schwelle für die vertiefte Prüfung des Eingreifkriteriums „Aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung" bei preisbezogenen Verhaltensweisen die LAIC-Kostenhöhe propagiert hat (weiterf. schon 119 ff.; 177 u. 348 ff.); soweit die Kommission daran festhält, würden Preissetzungen, welche diese Höhe erreichen, alsdann mutmasslich auch keiner gerichtlichen Kontrolle unterzogen; sofern dies dennoch geschehen sollte, besteht eine ernstliche Gefahr, gegen die unionsrechtliche Rspr. zu verstossen.

1646 S. etwa *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86 – *AKZO*; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10 – *Post Danmark*.

1647 Ebenso nur *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 245 f.

1648 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 30 – *Post Danmark*; ebenso *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 535 zu Art. 102 AEUV; entsprechend *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 158; *Whish/Bailey*, Competition Law, 802; s.a. BGE 139 I 72 E. 10.2.3; *WEKO*, Verf. v. 21.9.2015, Untersuchung 32-0244, Tz. 460 – *Swisscom WAN-Anbindung*, mit Verw.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schen einer Diskriminierung von Konkurrenten auf demselben Markt sowie auch benachbarten Märkten (sog. „primary-line injury") sowie einer „reinen" Diskriminierung von nicht mit dem marktbeherrschenden Unternehmen im Wettbewerb stehenden Abnehmern unterschieden werden (sog. „pure discrimination"; „secondary-line injury").[1649]

Selektive Preisunterbietungen (zur Verdrängung von Konkurrenten auf demselben Markt) stellen demzufolge eine „primary-line injury" dar. Ein solches Verhalten ist nach wohl überwiegender Auffassung prinzipiell nicht von Art. 102 S. 2 lit. c AEUV erfasst, zumal die fragliche Norm eine „Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertiger Leistungen gegenüber Handelspartnern [bedingt], wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden".[1650] In Bezug auf Art. 7 Abs. 2 lit. b KG sollte *m.E.* – obwohl der Wortlaut der Bestimmung den Nebensatz von Art. 102 S. 2 lit. c AEUV verschweigt – nichts anderes gelten.[1651] Dergestaltige selekti-

---

1649 *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 218, mit Verw. auf den US Robinson-Patman Act von 1936, welcher die engl. Terminologie eingeführt habe; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 246, Fn. 132, u. 247; *Tschudin*, Jusletter 25.3.2013, Rz. 30 ff.; zur nicht zu verwechselnden Kategorisierung von Preisdiskriminierungen nach erster, zweiter und dritter Ordnung s. *Gerardin/Petit*, 2 JCLE 479 (2006), 483; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, *ibid.*, 215 f.; *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 110 ff. zu Art. 7 II LCart.

1650 Sofern nur die Konkurrenten auf dem beherrschten Markt beeinträchtigt werden, ist dies unter der Generalklausel von Art. 102 S. 1 AEUV zu beurteilen (für eine Anwendung von Art. 102 S. 2 lit. b AEUV als „unified basis for exclusionary abuses": *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 239 ff.); dies schliesst freilich nicht aus, dass durch dasselbe Verhalten im konkreten Einzelfall sowohl Konkurrenten als auch auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätige Handelspartner benachteiligt werden (s. die informativen Ausführungen zur Konkurrenz bei *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 206 zu Art. 102 AEUV); s. *Gerardin/Petit*, 2 JCLE 479 (2006), 487; *O'Donoghue/Padilla*, *ibid*., 247 f.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 534 zu Art. 102 AEUV; *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, insb. Tz. 133 ff. – *British Airways*; vgl. aber den „Sonderfall" *EuG*, Urt. v. 7.10.1999, Rs. T-228/97, Tz. 167 – *Irish Sugar*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 377 zu Art. 102 AEUV; zur Anwendung von Art. 102 S. 2 lit. c AEUV bei Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsbürgerschaft s. nur *Eilmansberger/Bien, ibid.*; N 273 ff. zu Art. 102 AEUV; vgl. zu Preis-Kosten-Scheren: 388 f.

1651 Weiterf. zur Zweckmässigkeit einer harmonisierten Auslegung s. schon 157 ff.; namentlich ist der Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 571 f., nicht zu entneh-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ve Preisunterbietungen sind infolgedessen nach Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 lit. d KG zu beurteilen.[1652]

Unbeachtlich der Subsumtionsnorm ist bei der Beurteilung von selektiven Preisunterbietungen im Hinblick auf „primary-line injuries" das unionsrechtliche Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark* hervorzuheben:[1653] Der *EuGH* hat darin festgehalten, dass Preisdiskriminierungen „allein nicht den Schluss auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis zu[lassen]".[1654] Es ist bereits dargestellt worden, dass der *EuGH* – bei nachweislichem Nichtvorliegen einer strategischen Intention des inkriminierten Unternehmens – in augenscheinlicher Adaption der *AKZO*-Formel einen zweistufigen Kosten-Preis-Vergleich propagiert hat.[1655] Bei selektiven Preissetzungen oberhalb der ATC kann danach „nicht angenommen werden, dass solche Preise wettbewerbswidrige Auswirkungen haben".[1656] Bei diskriminierenden Unterbietungen der Vollkosten bis zu einer Höhe, welche nach hier vertretener Auffassung den LAIC entsprechen sollte,[1657] „hat ein ebenso leistungsfähiger Wettbewerber wie

---

men, dass eine abweichende Auslegung beabsichtigt war („[Sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung] de[s] betroffene[n] Handelspartner[s] im Wettbewerb mit Dritten", *ibid*., 572, Hervorh. d. Verf.); zumindest unklar BGE 139 I 72 E. 10.1.1, wonach es sich bei Handelspartnern um aktuelle oder potentielle Wettbewerber handle; dies ist über-inklusive, eine blosse Benachteiligung von Handelspartnern ist noch kein behinderungsmissbräuchliches Verhalten, und das steht so auch nicht in der Botschaft 1994, *ibid*., insb. 569.

1652 Ebenso *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 155 u. 201 ff. zu Art. 7; *a.M*. BGE 139 I 72 E. 10.2.2; richtigerweise bemerkt das *BGer*, dass „nicht unbedingt eine Beeinträchtigung der ‚second level competition' erforderlich [ist], um diskriminierende Preise oder Geschäftsbedingungen als missbräuchlich erscheinen zu lassen"; abzulehnen ist indes nach hier vertretener Auffassung, dass dergestaltige selektive Preisunterbietungen von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG erfasst sein sollen; *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 95 zu Art. 7 II LCart.

1653 Vgl. die Hinw. zur Beurteilung der selektiven Preissetzungen im Hinblick auf eine reine Preisdiskriminierung durch die dänischen Behörden in *Lundqvist/Skovgaard Ølykke*, ECLR 2013, 484 ff., 484 f.; die Bedeutung von *Post Danmark* betonen auch *Mandorff/Sahl*, Konkurrensverket WP 2013:1, 13; *Rousseva/Marquis*, JECL&P 2013, 32 ff.

1654 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 30 – *Post Danmark*.

1655 Vgl. schon 281 f.

1656 *EuGH*, *ibid*., Tz. 36 – *Post Danmark*; weiterf. zu „above-cost predatory pricing" s. bereits 258.

1657 Weiterf. schon 278 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

[das marktbeherrschende] Unternehmen [...] grundsätzlich die Möglichkeit, mit diesen Preisen zu konkurrieren, ohne Verluste zu erleiden, die langfristig untragbar wären."[1658] Es sind alsdann die massgeblichen Umstände des Einzelfalls in die Berücksichtigung miteinzubeziehen, ob aufgrund des konkreten Preissetzungsverhaltens wettbewerbswidrige Auswirkungen gegeben sind.[1659]

In der Sache hat sich der *EuGH* damit klarerweise für die Anwendung des AEC-Tests bei der Beurteilung von Preisdiskriminierungen ausgesprochen. Die potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung von selektiven Preissetzungen unterhalb der ATC ist aber – zumindest bis zu einer LAIC-Preishöhe – einzelfallweise zu beurteilen.[1660] Die hierbei zur Anwendung zu bringenden Kriterien entsprechen augenscheinlich im Grundsatz jenen, welche gleichfalls im Rahmen einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung Berücksichtigung finden: Es sind die marktinhärenten Gegebenheiten sowie das unternehmerische Preissetzungsverhalten zu untersuchen, wobei hinsichtlich der Eignung des AEC-Tests bei besagtem Unterfangen auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.[1661] Den geringeren Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad[1662] wird insofern entsprochen, als mit potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkungen bei selektiven Preissetzungen nach der Rechtsprechung des *EuGH* bereits in der Spanne LAIC bis ATC generell zu rechnen ist.[1663] Diskriminierende Preise unterhalb der LAIC, selbst ohne *predatory pricing*-Intention, machen es für einen AEC unmöglich, mit den Preisen des Marktbeherrschers ohne langfristig untragbare Verluste zu konkurrieren; sie wirken damit potenziell wettbewerbsschädigend.

1658 *EuGH*, *ibid*., Tz. 38 – *Post Danmark* (Hervorh. d. Verf.).

1659 *EuGH*, *ibid*., Tz. 39 f. – *Post Danmark*.

1660 Ebenso *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 535 zu Art. 102 AEUV, m.w.Verw.

1661 S. schon 349 ff., mit einschränkenden Hinw. bezüglich das Kriterium der räumlichen Erheblichkeit; vgl. Sag 2/2008 Højesterets dom Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet afsagt den 15.3.3013, 43, zit. nach *Lundqvist/Skovgaard Ølykke*, ECLR 2013, 484 ff., 485: Der dänische Oberste Gerichtshof hatte in der Folge festgehalten, dass die Preise des inkriminierten Unternehmens gesamthaft – also für alle Handelspartner – im Durchschnitt über den ATC zu liegen kamen; er hatte auch darauf hingewiesen, dass der fragliche Konkurrent des marktbeherrschenden Unternehmens trotz des Verlustes eines Abnehmers sein Vertriebsnetz aufrecht erhalten konnte.

1662 Weiterf. schon 345 f., mit Verw.

1663 Kritisch *Rousseva/Marquis*, JECL&P 2013, 32 ff., 38.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Sinne einer Handlungsempfehlung ist marktbeherrschenden Unternehmen mithin zu raten, bei selektiven Preisunterbietungen der ATC spezielle Vorsicht walten zu lassen: Die besonderen strukturellen Bedingungen des Marktes sollten in die Gesamtevaluation miteinfliessen.[1664] Die Preisdiskriminierungen sollten in ihrem sachlichen Umfang massvoll sein, indem sie die LAIC nicht unterschreiten; sie sollten in räumlicher Hinsicht beschränkt werden, indem sie im Falle einer eingeschränkten Nachfragebestreitbarkeit[1665] die kritischen Teile nicht systematisch abdeckt; in zeitlicher Perspektive sollten keine fortwährenden selektiven Preise gewährt werden.[1666]

bb) Rabattsysteme

(1) Ausgangslage

Rabatte bezeichnen Nachlässe auf den Nominalpreis und sind mithin ein Element der Preisbestimmung.[1667] Bedingte Rabatte sind von einem bestimmten Kaufverhalten der Abnehmer abhängig; unbedingte Rabatte hingegen „are granted independently of the purchasing behaviour of the customer in question".[1668] Die Unionsgerichte haben sich in ihrer jüngsten Rechtsprechung für eine normative Systematisierung von Preisnachlässen ausgesprochen, welche als eine Konsequenz der kasuistischen Rechtsentwicklung zu bezeichnen ist:[1669] Es wird zwischen „Mengenrabatten",

1664 Entsprechend *Rousseva/Marquis*, *ibid.*: „Where there are significant common costs [...], ATC is still the more appropriate cost benchmark".

1665 Weiterf. vgl. schon 230.

1666 Auf die Implikationen einer Befolgung der generellen LAIC-Kostenschwelle zwecks Verhinderung einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung wurde bereits in Fn. 1645 hingewiesen.

1667 Vgl. *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 336 zu Art. 102 AEUV; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 555 zu Art. 102 AEUV; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 515 f., jew. mit dem Hinw., dass die Begriffe Bonus, Prämie, Gutschrift, Provision sowie Rückvergütung synonyme Verwendung finden können; zur Preisbestimmung bei bedingten Rabatten weiterf. schon 230 ff.

1668 S. *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 137, Fn. 85; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 517.

1669 Entsprechend *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 471; kritisch *Venit*, ECJ 2014, 203 ff., 211.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„Ausschliesslichkeitsrabatten“ sowie „Rabatten der dritten Kategorie“ unterschieden.[1670] Auf die relativ spärliche behördliche Fallpraxis in der Schweiz wird in ebendiesem Rahmen verwiesen.[1671]

(2) Mengenrabatte

Mengenrabatte (volume rebates) knüpfen nach den Unionsgerichten augenscheinlich *per definitionem*[1672] „ausschliesslich an den Umfang der bei dem betroffenen Hersteller getätigten Käufe an[...]“.[1673] Mengenrabatte sind folglich insofern bedingt, als sie von der Anzahl erworbener Einheiten abhängen.[1674] Mengenrabatte sind gegenüber Abnehmern, welche eine abweichende Anzahl Einheiten erwerben, insofern nicht diskriminierend, als die Angebotskosten diesfalls variieren.[1675]

„Ausschliesslich“ ist dahingehend zu verstehen, dass die Preisnachlässe lediglich „den Zugewinn an Effizienz und Grössenvorteilen widerspiegeln, die vom Unternehmen in beherrschender Stellung erzielt wer-

---

1670 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 27 ff. – *Post Danmark II*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 74 ff. – *Intel*; zustimmend *Whish/Bailey*, Competition Law, 770; vgl. *Bodenstein*, Kartellrechtliche Bewertung von Rabatten marktbeherrschender Unternehmen, 30 ff.; eine abweichende Systematisierung findet sich etwa bei *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 471 ff.

1671 S. zum Ganzen: *Tschudin*, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, insb. 244 ff.

1672 Relativierend *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 214 – *Tomra*; nach allgemeinem Verständnis werden freilich auch Preisnachlässe, welche *nicht ausschliesslich* an den Umfang der beim betroffenen Hersteller getätigten Käufe anknüpfen (weiterf. sogleich im Text), als „Mengenrabatte“ bezeichnet; weiterf. zu deren Beurteilung sogleich 373 ff.

1673 *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 90 – *Hoffmann-La Roche*; *EuG*, Urt. v. 30.9.2003, Rs. T-203/01, Tz. 58 – *Michelin II*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 75 – *Intel*; *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 27 – *Post Danmark II*.

1674 *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.416; anders *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 519, welcher Mengenrabatte als „klassisches Beispiel“ unbedinger Rabatte bezeichnet, weil sie unabhängig von einem bestimmten *vorherigen* Kaufverhalten des Abnehmers sind; nach hier vertretener Auffassung ist dies nicht begriffsnotwendig.

1675 Vgl. schon 363 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den".[1676] Dies bedingt, dass die fragliche graduelle Steigerung der ökonomischen Effizienz i.e.S.[1677] einem konkreten Abnehmer auch *zurechenbar* ist oder aber die durch eine Erhöhung des Outputniveaus erreichten Kostensenkungen zumindest *proportional* auf die Abnehmer weitergegeben werden.[1678] Im Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark II* hat der *EuGH* ein Rabattsystem „nicht als blosse[n], ausschliesslich an den Umfang der Käufe anknüpfende[n] Mengenrabatt angesehen [...], da die fraglichen Rabatte nicht für jede einzelne Bestellung und somit entsprechend den vom Verkäufer erzielten Kosteneinsparungen gewährt werden, sondern nach Massgabe der Bestellungen, die insgesamt in einem bestimmten Zeitraum getätigt werden".[1679] Zutreffenderweise hatte *Venit* bereits in seiner Besprechung der *EuG*-Entscheidung *Intel* darauf hingewiesen, dass Mengenrabatte nicht rückwirkend ausgestaltet sein dürfen.[1680]

Bei genauerer Betrachtung erscheint diese einschränkende Bedingung der *Unmittelbarkeit* als angezeigt: Wohl sind erhebliche Zweifel betreffend die Berechenbarkeit von Preisnachlässen angebracht, welche isolierten, einer jeden Einzelbestellung kausal zuzuordnenden Effizienzsteigerungen entsprechen sollen.[1681] Auch war die fragliche Einengung in der bisherigen Rechtsprechung zumindest nicht ausdrücklich angelegt. Hingegen ist nicht ersichtlich, wie anders gewährleistet werden könnte, dass Umsatz- und Zielrabatte (loyalty discounts; target rebates) aus der Katego-

---

1676 *EuG*, Urt. v. 30.9.2003, Rs. T-203/01, Tz. 58 i.f. – *Michelin II*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 75 – *Intel*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 252 zu Art. 102 AEUV; entsprechend *REKO/WEF*, Beschwerdeentscheid v. 30.6.2005, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4.2 f. – *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*.

1677 Zum Begriff s. schon 53.

1678 Vgl. *REKO/WEF*, Beschwerdeentscheid v. 30.6.2005, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4.2 f. – *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO*: „Annäherung an das genossenschaftliche Prinzip, demzufolge alle Beteiligten am gemeinsam erstrebten Nutzen partizipieren sollten"; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 235 zu Art. 7.

1679 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 28 – *Post Danmark II.*

1680 *Venit*, ECJ 2014, 203 ff., 210: „The category [„quantity rebates"] covers non retroactive quantity rebate systems [...]"; zur Unterscheidung zwischen stufenweisen und rückwirkenden Rabatten s. bereits 230 f.

1681 Weiterf. zu Nachweis-Erfordernissen s. sogleich 371 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rie der Mengenrabatte generell ausgeschlossen werden könnten.[1682] Derartige Preisnachlässe widerspiegeln sich gegebenenfalls sehr wohl in einem (mittel- bis langfristigen) Zugewinn an Effizienz und Grössenvorteilen; grundsätzlich unbedenklich im Hinblick auf ihre potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung[1683] sind sie indes nicht, weswegen sie einer weitergehenden Prüfung unterzogen werden.[1684]

Obwohl Mengenrabatte an sich nicht diskriminierend wirken,[1685] sind Diskriminierungen indes auch bei Preisnachlässen, welche als Mengenrabatte qualifizieren, ohne Weiteres praktikabel: Konkurrenten oder Handelspartner können ungleich behandelt werden, indem etwa Nachlässe bei entsprechenden Abnahmemengen verweigert oder nicht vollständig gewährt werden.[1686] Sofern der Nominalpreis aber zumindest auf Höhe der ATC liegt, ist in solchen Fällen – insbesondere nach dem Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark* – (mit Ausnahme von sehr spezifischen Konstellationen) nicht anzunehmen, dass ebendiese Preissetzungen potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkungen zeitigen.[1687]

Bei einem die Vollkosten deckenden Nominalpreis sind gleichfalls die mengenrabattierten Preise an sich lediglich unter „at- or above-cost pre-

---

1682 Vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 519: „Grenzlinie zwischen reinen Mengennachlässen und bedingten Rabattsystemen ist [...] sehr schwer zu ziehen".

1683 Weiterf. sogleich im Text betreffend gegenständliche Mengenrabatte.

1684 Weiterf. 380 ff.

1685 S. soeben im Text i.i.

1686 Konsequenterweise sollten im Übrigen auch „primary-line injuries" mittels (jeglicher) Rabatte nicht von Art. 102 S. 2 lit. c AEUV resp. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG erfasst sein, weiterf. hierzu soeben 364 f.; vgl. *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 206 zu Art. 102 AEUV; diesbezüglich *a.M. Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 17 zu Art. 7, wonach mit einem aktuelle oder potentielle Mitbewerber behindernden Rabattsystem, welches „aus der Sicht des Abnehmers [...] nicht ohne Weiteres negativ beurteilt wird", „[e]ine Diskriminierungswirkung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG" erreicht werden kann.

1687 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 36 – *Post Danmark*, s. soeben 365, mit Verw.; unklar in seiner Bedeutung, nach hier vertretener Auffassung jedenfalls bloss betr. „secondary-line injuries": *EuGH*, Urt. v. 29.3.2001, Rs. C-163/99, Tz. 50 – *Portugal/Kommission*: „Die Berechnung [von Mengenrabatten] darf jedoch nicht durch die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern zu einem Verstoss gegen [Art. 102 S. 2 lit. c AEUV] führen"; weiterf. zu „above-cost predatory pricing" s. schon 258 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

datory pricing"-Gesichtspunkten zu beurteilen:[1688] Wenn Preisnachlässe bloss im Umfang der gesteigerten Effizienz erfolgen, kann auch der rabattierte Preis keine Unterkosten-Preissetzung darstellen. Anderes müsste freilich gelten, wenn entsprechend dem von der *Kommission* in der Prioritätenmitteilung propagierten Ansatz bei imperfekter Bestreitbarkeit der Nachfrage der *effektive* Preis infolge der Rabattierung berechnet würde.[1689] Ob der Nominalpreis die „Nominalkosten" respektive der rabattierte Preis die reduzierten Kosten infolge der gesteigerten Effizienz zu decken vermag, ist anhand eines AEC-Tests zu klären.[1690] Sofern ein Preisnachlass als Mengenrabatt qualifiziert, reicht mithin entweder ein „Nominalkosten-Nominalpreis-Vergleich" oder ein „reduzierte Kosten-reduzierter Preis-Vergleich"; der jeweils andere Vergleich wird, lässt man die Nachfragebestreitbarkeit ausser Acht, zum selben Resultat führen.

(3) Zum Nachweis von Mengenrabatten

Wenn Preisnachlässe nicht bloss „den Zugewinn an Effizienz und Grössenvorteilen widerspiegeln" sowie unmittelbar gewährt werden,[1691] qualifizieren sie – mit bedeutenden Implikationen – entweder als Ausschliesslichkeitsrabatte oder Rabatte der dritten Kategorie.[1692] Die Unionsgerichte haben in *Intel* und *Post Danmark II* festgehalten, dass für erstere die Möglichkeit einer „objektive[n] Rechtfertigung"[1693] besteht respektive bei letzteren „untersucht werden muss, ob der Rabatt [...] nicht auf einer ihn rechtfertigenden wirtschaftlichen Leistung beruht".[1694] Dies legt nahe,

---

1688 Vgl. *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 337 i.i. zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf *ibid*., N 307 ff., s. insb. N 312; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 597 zu Art. 102 AEUV.

1689 Weiterf. schon 230 ff.; die Rspr. zu Mengenrabatten ist hierzu meines Wissens unergiebig, vgl. aber immerhin *EuG*, Urt. v. 9.9.2010, Rs. T-155/06, Tz. 267 – *Tomra.*

1690 Vgl. schon 361 ff. mit Verw.; es trifft insofern nicht zu, dass „the ‚as-efficient competitor' test has no application to rebates" (so *Whish/Bailey*, Competition Law, 770).

1691 S. die Nachweise soeben auf 368.

1692 Weiterf. sogleich 373 ff.

1693 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 81 – *Intel.*

1694 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 27 ff. – *Post Danmark II*; hiermit sind wohl primär Funktionsrabatte (weiterf. hierzu nur *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 505 f.) angesprochen, wobei auch der

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dass das inkriminierte Unternehmen in den Untersuchungsverfahren zugleich die Behauptungs- und Substantiierungslast hinsichtlich der Einordnung seiner Preisnachlässe als Mengenrabatte zu tragen hat.[1695] Es handelt sich hierbei insofern um eine akzentuierte Obliegenheit zur Rechtfertigung, als sie den Marktbeherrscher nicht erst in einem zweiten Schritt nach der Begründung einer *prima facie* Missbräuchlichkeit trifft. Die Möglichkeit der Rechtfertigung von potenziell wettbewerbsschädigenden Wirkungen der Rabattgestaltung, namentlich mittels einer – anders gelagerten – Effizienzrechtfertigung,[1696] wird konsequenterweise allenfalls erst in der Folge eröffnet.[1697] *Sher* ist schliesslich durchwegs zuzustimmen, dass bereits das Gelingen ersterer Rechtfertigung (zwecks Nachweises, dass es sich um Mengenrabatte handelt) mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein sollte, was die tatsächliche Bedeutung der Kategorie „Mengenrabatte" bei der Beurteilung von Rabattsystemen wohl entsprechend schmälert.[1698]

Zugewinn an Effizienz und Grössenvorteilen als wirtschaftliche Leistung zu interpretieren ist (vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 585).

1695 Entsprechend *Sher*, JECL&P 2015, 219 f., 219: „Contrary to common belief *Intel* category 1 does not state that volume rebates are presumed lawful. It states volume rebates *justified by efficiencies* are presumed lawful" (Hervorh. im Original); zur dogmatischen Kritik an einem solchen Vorgehen s. bereits 139 ff.; s.a. *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 124 f. - *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, wonach eine „eine sachliche Rechtfertigung [ferner] nur dann in Frage [kommt], wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternative Verhaltensweise zur Verfügung stand, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätte (‚Gebot der Unerlässlichkeit')", mit Verw. auf *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 409 – *SIX*, jew. betr. Ausschliesslichkeitsrabatte; die WEKO verweist hiermit bei Ausschliesslichkeitsrabatten auf ein einschränkendes Kriterium, wonach Preisnachlässe selbst im Umfang von Mengenrabatten unzulässig sein können, wenn sie ausschliesslich gewährt werden; *m.E.* sollten dergestaltige Rabatte alsdann aber einer Einzelfallprüfung unterzogen werden und nicht „schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen" werden, weiterf. 376 ff.

1696 Weiterf. hierzu schon 142 ff.; ebenso *Sher*, *ibid*.: Die „objektive Rechtfertigung" der Preisnachlässe, damit sie als Mengenrabatte gelten, „is not a funnel for wider arguments about the consumer welfare effect of rebates".

1697 S. *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 47 f. – *Post Danmark II*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 81 – *Intel*, jew. mit Verw.

1698 *Sher*, JECL&P 2015, 219 f., 219; zur Einschränkung namentlich durch das Unmittelbarkeitskriterium s. soeben 369 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(4) Treue- oder Ausschliesslichkeitsrabatte

Der *EuGH* in *Post Danmark II* sowie das *EuG* in *Intel* haben als Treuerespektive Ausschliesslichkeitsrabatte (fidelity rebates; exclusivity rebates) jene Preisnachlässe bezeichnet, die unter der Bedingung gewährt werden, dass ein Abnehmer seinen Bedarf gesamthaft oder zu einem „wesentlichen" respektive „beträchtlichen" Teil beim Marktbeherrscher deckt.[1699] Achtzig Prozent stellen gemäss dem *EuG* einen beträchtlichen Teil dar.[1700] Dieser Prozentsatz findet sich gleichfalls in der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Liefer- und Vertriebsvereinbarungen: Nicht freigestellte Beschränkungen stellen „unmittelbare oder mittelbare Wettbewerbsverbote [dar], die für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart werden", wobei ein „'Wettbewerbsverbot' [...] eine unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung des Abnehmers [ist], auf dem relevanten Markt mehr als 80 % seines Gesamtbezugs [...] vom Anbieter [...] zu beziehen".[1701]

Von einem marktbeherrschenden Unternehmen gewährte Ausschliesslichkeitsrabatte sind nach dem *EuG* „mit dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt unvereinbar";[1702] sie sind „bereits ihrer Art nach geeignet [...], den Wettbewerb zu beschränken", weil ihnen „[d]ie Fähigkeit, Abnehmer an das Unternehmen in beherrschender

---

1699 *EuGH*, *ibid.*, Tz. 27 f. – *Post Danmark II*; *EuG*, *ibid.*, Tz. 76 u. 79 – *Intel*; s. schon *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 89 – *Hoffmann-La Roche*; entsprechend *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 113 - *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*, m.w.Verw.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 560 zu Art. 102 AEUV, bezeichnen solche Rabatte auch als „Treuerabatte im engeren Sinne".

1700 *EuG*, *ibid.* – *Intel*; s.a. *Barthelmess*, NZKart 2014, 492 ff., 493, Fn. 4: Achtzig Prozent als „Richtschnur"; in *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 83 C) – *Hoffmann-La Roche* findet sich auch die relative Grösse „75 %"; insgesamt kritisch *Venit*, ECJ 2014, 203 ff., 215.

1701 Art. 5 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. d VO 330/2010; diesbezüglich ist zu beachten, dass Freistellungen jedenfalls voraussetzen, dass sowohl der Anbieter wie auch der Abnehmer Marktanteile von jeweils nicht mehr als (lediglich) dreissig Prozent aufweisen (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 VO 330/2010); marktbeherrschende Unternehmen sind danach regelmässig nicht freistellungsfähig, weswegen es im Rahmen des Behinderungsmissbrauchsverbots wertungsmässig auch grundsätzlich richtig erscheint, für die Qualifikation als Ausschliesslichkeitsrabatt nicht zusätzlich langfristige Bedingungen entsprechend zitierter Norm vorauszusetzen.

1702 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 77 – *Intel*.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stellung zu binden, [...] nämlich immanent" ist;[1703] sie sind ausserdem „bereits ihrer Art nach geeignet, Wettbewerber zu verdrängen", wobei „eine Verdrängungswirkung [bereits] erfolgt, [...] wenn [der Zugang zum Markt] erschwert wird".[1704] Zum Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung ist es daher bei Preisnachlässen, welche als Ausschliesslichkeitsrabatte qualifizieren, nicht erforderlich, die Umstände des Einzelfalls zu prüfen;[1705] es ist nicht notwendig, konkrete Verdrängungswirkungen nachzuweisen;[1706] es ist keine förmliche oder zwingende Ausschliesslichkeitsverpflichtung vorausgesetzt, sondern es genügt, „dass das Unternehmen in beherrschender Stellung einem Abnehmer glaubwürdig zu verstehen gibt, dass die Gewährung eines finanziellen Vorteils davon abhängt, dass er seinen Bedarf ausschliesslich oder nahezu ausschliesslich bei ihm deckt";[1707] unbeachtlich sind gemäss dem *EuG* weiter die Höhe der Rabatte, die Dauer ihrer Gewährung sowie der erfasste Marktteil;[1708] schliesslich vermag auch eine allfällige Nachfragemacht der Abnehmer keine Ausschliesslichkeitsrabatte zu rechtfertigen.[1709]

Die *Intel*-Entscheidung des *EuG* statuierte eine geradezu apodiktische *prima facie* Missbräuchlichkeit von Preisnachlässen in Form von Aus-

---

1703 *EuG*, *ibid*., Tz. 85 f. – *Intel.*

1704 *EuG*, *ibid*., Tz. 87 f. – *Intel*; ein Ausschliesslichkeitsrabatt ist im Übrigen „bereits seiner Art nach geeignet, [den Wettbewerbern] den Zugang zum Markt zu erschweren" (*ibid*., Tz. 88).

1705 *EuG*, *ibid*., Tz. 84, 86 u. 95 ff. – *Intel.*

1706 *EuG*, *ibid*., Tz. 102 ff. – *Intel*.

1707 *EuG*, *ibid*., Tz. 106 – *Intel*, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 89 – *Hoffmann-La Roche*; zur diesbezüglichen Beweisführung vgl. *EuG*, *ibid*., Tz. 444 ff. – *Intel*; s. *Barthelmess*, NZKart 2014, 492 ff., 496, mit kritischen Anmerkungen; s.a. die Verw. bei *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 217 i.f. zu Art. 102 AEUV.

1708 *EuG*, *ibid*., Tz. 107 ff. – *Intel*, jew. mit Nachweisen, dass die fraglichen Kriterien *i.c.* im Übrigen erheblich waren; weitgehend zustimmend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 561 zu Art. 102 AEUV; abweichend *REKO/WEF*, RPW 1998, 655 ff., E. 5.2. – *X AG, Bern*; s.a., im Einzelnen indes unklar: *WEKO*, Verf. v. 15.12.2003, RPW 2004/2, 407 ff., Tz. 143 – *Swisscom ADSL*: „Reine Treuerabatte von marktbeherrschenden Unternehmen können als missbräuchlich betrachtet werden. Es sind aber immer die gesamten Umstände zu prüfen".

1709 *EuG*, *ibid*., Tz. 138 f. – *Intel*; zum Ganzen auch *Venit*, ECJ 2014, 203 ff., 216 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

schliesslichkeitsrabatten,[1710] weswegen das Verdikt im Hinblick auf die Erheblichkeit des AEC-Tests kaum zu erstaunen vermochte: Das *EuG* hielt fest, dass „die Durchführung eines AEC-Tests [...] selbst bei Rabatten der dritten Kategorie, bei denen eine Prüfung der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist, nicht unbedingt erforderlich" sei;[1711] und selbst wenn der Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung von Ausschliesslichkeitsrabatten eine Prüfung der Umstände des Einzelfalls erfordern würde, wäre es nicht notwendig, dass dieser mittels eines AEC-Tests erbracht würde: Für eine potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung genüge nämlich der Nachweis des Vorliegens eines „Kundenbindungsmechanismus"; eine Unterkosten-Preissetzung müsse hingegen nicht belegt werden.[1712]

Marktbeherrschenden Unternehmen ist infolge dieser (allzu) eindeutigen *EuG*-Rechtsprechung bisweilen zu raten, auf die Gewährung von Ausschliesslichkeitsrabatten zu verzichten.[1713] Sollte das kühne Unterfangen trotzdem gewagt werden, auf das Eingreifkriterium der Kommission abzustellen und Treuerabatte in einer Weise auszugestalten, dass sie (lediglich) keine aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrige Marktverschliessung verursachen, dann ist ein AEC-Test grundsätzlich hilfreich.[1714] Der (effektive) Preis sollte diesfalls oberhalb der Vollkosten gesetzt werden. Namentlich bei einer nicht vollständig bestreitbaren Nachfrage ist die Preisbestimmung mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden;[1715] obwohl die *Kommission* bei der Beurteilung von bedingten Rabatten auf die AAC

1710 Die Möglichkeit der Rechtfertigung wird freilich anerkannt, s. *EuG*, *ibid*., Tz. 81 u. 94 – *Intel*; *Whish/Bailey*, Competition Law, 773, ist aber ohne Weiteres zuzustimmen, dass es sich hierbei um eine „very difficult hurdle to overcome" handle; *gl.M. Barthelmess*, NZKart 2014, 492 ff., 493, insb. Fn. 6; s.a. *Heinemann*, Jusletter 29.6.2015, Rz. 54; zum Ganzen schon 137 ff.; zur *EuGH*-Entscheidung in ders. Rs. s. *Roth,* AJP 2017, 1341 ff., insb. 1349.

1711 *EuG*, *ibid*., Tz. 144 – *Intel*; s.a. *ibid*., Tz. 153 i.f.: „Für Ausschliesslichkeitsrabatte muss dies erst recht gelten"; weiterf. zu Rabatten der dritten Kategorie, sogleich 380 ff.

1712 *EuG*, *ibid*., Tz. 145 f. – *Intel*, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 73 f. u. 79 – *Tomra*; zu den Implikationen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des AEC-Tests bei Rabatten der dritten Kategorie weiterf. 382.

1713 Zu möglichen Entwicklungstendenzen s. sogleich 376 ff. mit Verw.

1714 Zum Ganzen schon 348 ff. mit Verw.

1715 Zum Ganzen schon 230 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

als (unteren) Beurteilungsmassstab verweist,[1716] ist *m.E.* eine effektive Unterkosten-Preissetzung selbst ohne „böse" Absichten nicht empfehlenswert: Die AAC als sehr tief zu liegen kommender Kostenmassstab stellen augenscheinlich eine (angezeigte) Konzession an den Preisbestimmung-„Unsicherheitsspielraum" dar. Die tatsächlich wesentliche Kostenhöhe beim Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessung sind vielmehr die LAIC.[1717] Eine Preissetzung des marktbeherrschenden Unternehmens auf Höhe der ATC bewirkt hinsichtlich der LAIC einen spiegelseitigen, nicht minder zweckmässigen „Schutzpuffer"[1718] und bedeutet bei Preisdiskriminierungen nach der *Post Danmark*-Rechtsprechung eine sichere Preishöhe.[1719]

(5) Würdigung

In der Doktrin ist darauf hingewiesen worden, dass das *EuG* bei der rechtlichen Beurteilung von Ausschliesslichkeitsrabatten in einer Weise vorgegangen ist, welche jener bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV entspricht:[1720] Bestimmte Verhaltensweisen werden „schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktio-

1716 S. schon 270 f., m.w.Hinw.

1717 S. schon 352 ff.; entsprechend *de Ghellinck*, JECL&P 2016, 544 ff., 546.

1718 Vgl. *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 263: „Der *‚as efficient competitor'*-Test [erforderte] im *Intel*-Verfahren zur Beurteilung einer Rabattstrategie eine Berechnung des ‚bestreitbaren Anteils' der Nachfrage, die auch dem Marktbeherrscher nicht ohne weiteres bekannt ist oder sein kann[...]. Selbst wenn alle nötigen Daten beschafft werden können, kann deren Bewertung mit Unsicherheiten behaftet oder zwischen den Beteiligten umstritten sein [...]" (Hervorh. im Original), mit Verw.

1719 Weiterf. schon 363 ff.; vgl. auch *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 149 f. – *Intel*, wonach eine Preissetzung unterhalb der AAC den Zugang zum Markt unmöglich mache, eine Verdrängungswirkung aber bereits erfolge, wenn der Zugang zum Markt erschwert werde; zu den Vorzügen einer stufenweisen Rabattgestaltung respektive mehrerer Stufen bei rückwirkenden Rabatten s. *Zenger*, Concurrences 2013, 16 ff., 17.

1720 *Barthelmess*, NZKart 2014, 492 ff., 494; *Heinemann*, Jusletter 29.6.2015, Rz. 53; s.a. *Gerardin*, 11 JCLE 579 (2015), 602.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nieren des normalen Wettbewerbs angesehen".[1721] In der kurz nach *Intel* ergangenen Entscheidung *Groupement des cartes bancaires* hat der *EuGH* festgehalten, dass das Kriterium der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen ist und lediglich Verhaltensweisen umfasst, welche „in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen" lassen.[1722] Diesen (doch eher vagen) Anforderungen kann nach *Heinemann* dann nicht entsprochen werden, wenn „wirtschaftliche Hintergründe auf eine grössere Komplexität des Sachverhalts hinweisen".[1723]

Bei einer säulenübergreifend kohärenten Auslegung[1724] erscheint die „Rechtsprechungsfolge" der *prima facie* Behinderungsmissbräuchlichkeit von Preisnachlässen, welche als Ausschliesslichkeitsrabatte qualifizieren, bloss unter der folgenden Prämisse als angemessen: Fragliche Verhaltensweisen müssten durchwegs offenkundig „schädlich" sein. Die besondere Schädlichkeit der von Marktbeherrschern gewährten Ausschliesslichkeitsrabatte wird traditionell unmittelbar mit der „Bedingung eines ausschliesslichen oder nahezu ausschliesslichen Bezugs, an die die Gewährung des Rabatts geknüpft ist, begründet".[1725] Rabattsysteme seien denn auch gar „not a price-based abuse: the essence of the problem is exclusivity, not the price".[1726]

1721 *EuGH*, Urt. v. 11.9.2014, Rs. C-67/13, Tz. 50 – *Groupement des cartes bancaires*; s.a. *EuGH*, Urt. v. 14.3.2013, Rs. C-32/11, Tz. 35 – *Allianz Hungária Biztosító et al.*; vgl. soeben auf 373 f. zit. Tz. 85 ff. v. *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09 – *Intel*: Ausschliesslichkeitsrabatte sind „bereits ihrer Art nach geeignet [...], den Wettbewerb zu beschränken", „Wettbewerber zu verdrängen", sowie „den Zugang zum Markt zu erschweren".

1722 *EuGH*, Urt. v. 11.9.2014, Rs. C-67/13, Tz. 57 f. – *Groupement des cartes bancaires*.

1723 *Heinemann*, Jusletter 29.6.2015, Rz. 35.

1724 Zur Wünschbarkeit eines solchen Vorgehens s. schon die Verw. in Fn. 572.

1725 Vgl. *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 152 – *Intel*; s. schon *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 89 f. – *Hoffmann-La Roche*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 217 zu Art. 102 AEUV: „Von einem marktbeherrschenden Lieferanten auferlegt[e Ausschliesslichkeitsbindungen] sind [...] nach gefestigter Spruchpraxis des EuGH[...] und des EuG[...] generell missbräuchlich.[...] Diese Beurteilung ergibt sich aus den Negativwirkungen ausschliesslicher Bezugspflichten auf beherrschten Märkten", m.w.Hinw.

1726 *Whish*, JECL&P 2015, 1 f., 2; ebenso *Whish/Bailey*, Competition Law, 770; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 99 – *Intel*; zustimmend betreffend Ausschliesslichkeitsrabatte: *Wils*, 37 World Comp. 405 (2014), 428 f.; vgl. *Nihoul*, JECL&P 2014, 521 ff., 525; relativierend *Sher*, JECL&P 2015, 219 f.; abweichend *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 60 ff.; *a.M. Subiotto/Little/*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ob Ausschliesslichkeitsbindungen im Rahmen von Art. 102 AEUV generell unzulässig sind, ist indes zweifelhaft: Bereits in der *EuGH*-Entscheidung *Suiker Unie* finden sich Hinweise, dass die Missbräuchlichkeit abhängig von den konkreten Bedingungen des Einzelfalls ist.[1727] In *Van den Bergh Foods* setzte sich das *EuG* auch im Behinderungsmissbrauchsverbot ausdrücklich mit der räumlichen Erheblichkeit der Ausschliesslichkeitsbindung auseinander, um gestützt darauf eine potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung zu belegen.[1728] Es ist insofern sehr gut nachvollziehbar, dass die *EuG*-Entscheidung *Intel* hinsichtlich der einzelfallweisen Berücksichtigung der Wirkungen, welche eine konkrete Ausschliesslichkeitsbindung auf die Wettbewerbsstruktur hat, als Rückschritt gesehen wird.[1729] Es ist nun auch anzumerken, dass der *EuGH* in *Post Danmark II* – entgegen seinen Ausführungen noch in *Tomra* – darauf verzichtet hat, Ausschliesslichkeitsrabatte „unabhängig [...] von dem – grösseren oder geringeren – Umfang [der] Käufe" – als missbräuchlich zu

---

Lepetska, JECL&P 2016, 288 ff., 296: „[T]he Court's position on rebates in the context of Article 102 remains unsatisfactory from a microeconomic perspective. There is no coherent basis for the Courts to apply the as-efficient competitor test to some forms of abuse (eg predatory pricing) but not others, such as rebates. The economic rationale for rebate practices – such as reduction of double marginalisation or efficient recovery of fixed costs through (Ramsey) price discrimination – is not weaker than the economic rationale for these other practices".

1727 *EuGH*, Urt. v. 16.12.1975, verb. Rs. 40-48, 50, 54-56, 111, 113 u. 114/73, Tz. 486 – *Suiker Unie*.

1728 *EuG*, Urt. v. 23.10.2003, Rs. T-65/98, Tz. 154 ff., insb. Tz. 160 – *Van den Bergh Foods*; zur Bedeutung der räumlichen Erheblichkeit für die Bestimmung einer aller Wahrscheinlichkeit nach relevanten Marktverschliessung weiterf. bereits 355 f.

1729 Vgl. den Titel des Artikels von *Venit*, ECJ 2014, 203 ff.: „Case T-286/09 *Intel v Commission* – The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward"; vgl. *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.283 ff.: „[T]he better view appears to be that an obligation by a customer to purchase all or most of its requirements from a dominant undertaking is an abuse within the meaning of Article 102 only if it is likely to foreclose the dominant undertaking's competitors".

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bezeichnen:[1730] Der explizite Verweis auf die räumliche *Un*erheblichkeit des unternehmerischen Preissetzungsverhaltens ist entfallen.[1731]

Es sind denn nicht sämtliche als Ausschliesslichkeitsrabatte qualifizierenden Preisnachlässe unbeachtlich ihrer Höhe, der Dauer ihrer Gewährung sowie des erfassten Marktteils „in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs".[1732] Welche Ausschliesslichkeitsrabatte aber „bereits ihrer Natur nach schädlich" sein sollen, bedarf der weiteren Klärung. Angezeigt erscheint also einerseits eine Abgrenzung gegenüber den „by object"-Wettbewerbsbeschränkungen: „[B]ereits ihrer Natur nach schädliche" Ausschliesslichkeitsrabatte sind (noch) rechtfertigungsfähig,[1733] während dies bei einer „by object"-Verhaltensweise (wie einer „naked restriction") umstritten ist.[1734] Andererseits verfügen ausschliessliche Preisnachlässe lediglich im Umfang von Mengenrabatten *m.E.* nicht generell über eine sachliche Erheblichkeit, dass sie offenkundig schädlich erscheinen sollten.

Nicht offenkundig schädliche Ausschliesslichkeitsrabatte sollten jedenfalls einer Einzelfallprüfung unterzogen werden.[1735] Es sollten dieselben Beurteilungskriterien Anwendung finden wie bei Rabatten der dritten Ka-

---

1730 S. *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 27 – *Post Danmark II*; *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 70 – *Tomra.*

1731 Es ist indes freilich nicht zwingend, dass damit die Tür für eine differenziertere Prüfung von Ausschliesslichkeitsrabatten geöffnet werden sollte; s. nun aber *EuGH*, Urt. v. 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, Tz. 138 ff. – *Intel*.

1732 Weiterf. s. *Roth*, AJP 2017, 1341 ff.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 428 f.; zu den Bedingungen hinsichtlich des Erfolgspotenzials und der Rationalität von *predatory pricing*-Strategien s. bereits 174 ff.; vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 237 zu Art. 7; eine *per se* Regel verursacht Beurteilungsfehler, ist hingegen aus Sicht der Rechtssicherheit positiv zu beurteilen, zum Ganzen vgl. schon 107 ff.; entsprechend *Barthelmess*, NZKart 2014, 492 ff., 496: „Im Ergebnis stellt das EuG mit der klaren, grundsätzlich nachvollziehbaren Regel [Ausschliesslichkeitsrabatte sind ‚von Natur aus' wettbewerbsschädlich] die Rechtssicherheit über die Einzelfallgerechtigkeit"; vgl. immerhin die Ausführungen des *EuG* mit Eventualbegründung-Charakter, s. soeben 374, Fn. 1708.

1733 S. soeben 375, Fn. 1710.

1734 Weiterf. zu „by object"-Wettbewerbsbeschränkungen s. 128 mit Verw.; *m.E.* sollten bei „by object" inkriminiertem Verhalten auch beim Behinderungsmissbrauchsverbot die Möglichkeit zur Rechtfertigung gewährt werden.

1735 Ähnlich *Heinemann*, Jusletter 29.6.2015, Rz. 53; zur Beurteilung durch den *EuGH* s. *Roth*, AJP 2017, 1341 ff., insb. 1349.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tegorie.[1736] Nach hier vertretener Auffassung kann sich dabei auch ein AEC-Test als sachgerecht[1737] erweisen.[1738] Die formalistisch anmutende Zuordnung von Ausschliesslichkeitsrabatten zu den Ausschliesslichkeitsbindungen respektive die damit einhergehende Negation der Preisbezogenheit von Preisnachlässen, sollte aufgegeben werden. Freilich sind Ausschliesslichkeitsrabatte für das marktbeherrschende Unternehmen mit Opportunitätskosten verbunden, welche sie einem Kosten-Preis-Vergleich grundsätzlich zugänglich machen.[1739] Überdies hat der *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark II* festgehalten, dass „die Anwendung des Kriteriums des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers in Fällen, in denen es um die Vereinbarkeit eines Rabattsystems mit Art. 82 EG geht, [nicht] grundsätzlich aus[geschlossen werden darf]".[1740] Obwohl es in der Sache um eine Beurteilung von Rabatten der dritten Kategorie ging, ist die zitierte Stelle zumindest bei grammatikalischer Auslegung dahingehend zu verstehen, dass sich ein AEC-Test generell bei „Rabattsystemen" als sachgerechtes Beurteilungsinstrument erweisen kann – und mithin auch bei Ausschliesslichkeitsrabatten.

(6) Rabatte der dritten Kategorie

Preisnachlässe, welche weder als Mengen- noch als Ausschliesslichkeitsrabatte qualifizieren, sind „Rabatte der dritten Kategorie".[1741] Bei ihrer Beurteilung sind „sämtliche Umstände, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, zu berücksichtigen, und [es muss] untersucht werden [...], ob der Rabatt darauf abzielt, dem Abnehmer durch

1736 Weiterf. sogleich 380 ff.

1737 Weiterf. zu den Anforderungen an die „Sachgerechtigkeit" des AEC-Tests sogleich *ibid*. mit Verw.

1738 Aus praktischen Gründen kategorisch ablehnend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 273 zu Art. 102 AEUV; in der möglicherweise akzentuierten Bedeutung mehrdeutig nun *EuGH*, Urt. v. 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, Tz. 140 – *Intel*, betr. die Beurteilung einer Effizienzrechtfertigung.

1739 Zu den besonderen Schwierigkeiten der Preisbestimmung weiterf. schon 230 ff.

1740 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 58 – *Post Danmark II*.

1741 *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 74 u. 78 – *Intel*; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 28 f. – *Post Danmark II*; *Eilmansberger* und *Bien* bezeichnen solche Preisnachlässe auch als „Treuerabatte im weiteren Sinne", s. *dies.*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 562 zu Art. 102 AEUV; s.a. die relativierenden Hinw. bei *Roth*, AJP 2017, 1341 ff., 1344 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Gewährung eines Vorteils, der nicht auf einer ihn rechtfertigenden Leistung beruht, die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken";[1742] „des Weiteren ist im Rahmen der Prüfung sämtlicher relevanter Umstände zudem dem Umfang der beherrschenden Stellung [des inkriminierten Unternehmens] und den besonderen Wettbewerbsbedingungen auf dem fraglichen Markt Rechnung zu tragen".[1743]

Wohl hat der *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren *Post Danmark II* festgehalten, dass die Anwendung eines AEC-Tests in Fällen, in denen es um die Vereinbarkeit eines Rabattsystems mit Art. 102 AEUV geht, nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.[1744] Der Gerichtshof hat aber insofern die Ausführungen des *EuG* in *Intel* betreffend Rabatte der dritten Kategorie bestätigt, als er – gleichfalls unter Verweis auf die *Tomra*-Entscheidung – nochmals betont hat, dass „das Fehlen eines Preis-Kosten-Vergleichs keinen Rechtsfehler begründet".[1745] Der AEC-Test ist demnach bei Rabatten der dritten Kategorie nicht erforderlich, sondern bloss „ein Instrument unter anderen [...], um zu beurteilen, ob im Rahmen eines Rabattsystems eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliegt".[1746] Gemäss dem *EuGH* ist für den jeweiligen konkreten Einzelfall zu überprüfen, dass die Durchführung eines AEC-Tests für den Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung auch *sachgerecht* ist: Daran ermangelte das Ausgangsverfahren, zumal das inkriminierte Unternehmen über einen „sehr grossen Marktanteil" (von mehr als 95 Prozent) verfügte sowie über „strukturelle Vorteile aufgrund des gesetzlichen

1742 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 29 – *Post Danmark II*, mit Verw. auf *ders.*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 67 – *British Airways* u. *ders.*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 71 – *Tomra.*

1743 *Ders.*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 30 – *Post Danmark II*; s.a. *ibid.*, Tz. 50.

1744 *Ibid.*, Tz. 58 – *Post Danmark II*.

1745 *Ibid.*, Tz. 56 f. – *Post Danmark II*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 153 – *Intel*, jew. mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 73 u. 80 – *Tomra.*

1746 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 61 – *Post Danmark II.*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Monopols [...], unter das 70 % der Sendungen auf dem betreffenden Markt fielen".[1747]

Die von den „Kundenbindungsmechanismen"[1748] der Preisnachlässe ausgehenden Verdrängungswirkungen können mithin immer auch anhand von qualitativen Kriterien beurteilt werden.[1749] Deswegen kann marktbeherrschenden Unternehmen nicht geraten werden, bei Preisnachlässen, welche weder als Mengen- noch als Ausschliesslichkeitsrabatte qualifizieren, bloss auf das Verhältnis des (effektiven) Preises zu den Kosten abzustellen; vielmehr sollten Rabatte der dritten Ordnung desgleichen in einer Weise ausgestaltet werden, dass sie in qualitativer Hinsicht keine potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkungen entfalten. Der *EuGH* hat sich im Übrigen in *Post Danmark II* nicht dahingehend geäussert, ob im Falle der „Sachwidrigkeit" eines AEC-Tests bei Rabattsystemen ausschliesslich qualitative Kriterien Anwendung finden dürfen, oder ob allenfalls auch ein (quantitativer) REC-Beurteilungsmassstab sachgerecht wäre.[1750]

c) Verschliessung benachbarter Märkte

aa) Koppelungen und Bündelungen

(1) Gegenstand

Mittels einer Koppelung (tying) wird der Erwerb eines Marktguts (koppelndes Gut) vom Erwerb eines oder mehrerer separater Marktgüter (ge-

---

1747 S. *ibid.*, Tz. 59 u. 62 – *Post Danmark II*; vgl. *ibid.,* Tz. 14; nach hier vertretener Auffassung verunmöglichen tatsächlich ausgenutzte Grössenvorteile jedenfalls regelmässig das Abstellen auf einen AEC, wenn die minimale effiziente Grösse die Hälfte der Marktnachfrage übersteigt; bedeutende Verbundvorteile können u.U. denselben Schluss nahelegen (s. schon 192 ff.); *Niels*, 15 Comp Law 41, 45 (2016): Das Vorliegen von Marktschranken und Grössenvorteilen sei „not a reason to reject the logic of the test outright. In previous regulatory contexts, the as-efficient competitor test had often been adjusted to account for the fact that new entrants were ‚not yet as efficient'".

1748 S. *EuGH*, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10, Tz. 79 – *Tomra*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 144 f. – *Intel.*

1749 Ausführlich zu den qualitativen Kriterien s. *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 572 ff. zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 255 zu Art. 102 AEUV.

1750 Weiterf. hierzu schon 206 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

koppelte Güter) abhängig gemacht.[1751] Bündelung (bundling) bezeichnet den Vertrieb mehrerer Marktgüter zu einem Preis, welcher unter der Summe ihrer einzelnen Listenpreise zu liegen kommt. Sofern das marktbeherrschende Unternehmen unbedingt auf dem Erwerb der gekoppelten Güter besteht respektive die Marktgüter ausschliesslich im Bündel anbietet, spricht man von einer Zwangskoppelung (pure tying) respektive einer reinen Bündelung (pure bundling). Hingegen kann der Marktbeherrscher den Erwerb im Paket mit einer Koppelung auch bloss ökonomisch vorzugswürdig ausgestalten respektive die gebündelten Marktgüter ebenso einzeln zu Listenpreisen anbieten, welche in der Summe den Paketpreis übersteigen (mixed bundling).[1752]

(2) Bündel- oder Paketrabatte

Über einen preisbezogenen Charakter verfügen namentlich die als Letzteres erwähnten Bündel- oder Paketgestaltungen, zumal infolgedessen ökonomische Anreize für den gleichzeitigen Bezug mehrerer Güter beim Marktbeherrscher geschaffen werden.[1753] Zum Nachweis der sachlichen Erheblichkeit von hiermit – auf dem koppelnden oder gekoppelten

---

1751 Zum Begriff Marktgut s. schon Fn. 66; zur hinreichenden Abgrenzbarkeit der Marktgüter weiterf. *Fuchs/Möschel*, *ibid*., N 279 ff. zu Art. 102 AEUV; *Eilmansberger/Bien*, *ibid*., N 457 ff. zu Art. 102 AEUV; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 526 ff. zu Art. 7; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 514 f. – *SIX*.

1752 Vgl. *Economides*, Eintrag zu "bundling and tying", in: The Palgrave Encyclopedia of Strategic Management; *Armstrong*, Price Discrimination, in: Buccirossi (Hrsg.), 433 ff., 435; *Niels/Jenkins/Kavanagh*, Economics for Competition Lawyers, 249 f.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 284 f. zu Art. 102 AEUV; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 489 ff. zu Art. 7; die Terminologie ist nicht einheitlich (ebenso *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, Rn. 10.125); namentlich die „anreizbasierte Koppelung" findet sich nicht durchgehend; der Marktbeherrscher kann das koppelnde Gut weiter auch in einer Weise ausgestalten, dass es lediglich mit dem gekoppelten Produkt ordnungsgemäss funktioniert (sog. technische Koppelung, s. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 48, Fn. 2, welche von der vertraglichen Koppelung abzugrenzen ist).

1753 Vgl. *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 200 f. - *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 240 zu Art. 102 AEUV.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Markt[1754] – verfolgten aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessungen[1755] hat sich die *Kommission* in der Prioritätenmitteilung für die Durchführung von AEC-Tests ausgesprochen: Sie prüft einerseits, ob ein „Bündelwettbewerb" besteht, welcher sich dadurch auszeichnet, „dass Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens identische Produktbündel verkaufen oder dies zeitnah ohne Abschreckung durch die damit verbundenen Zusatzkosten tun könnten". Diesfalls will die Kommission lediglich prüfen, ob der Gesamtpreis des Bündels als (Kampf-)Preisunterbietung qualifiziert.[1756] Sofern kein Bündelwettbewerb bestehen kann, beabsichtigt die Kommission andererseits zu prüfen, ob das marktbeherrschende Unternehmen mit den „Grenzpreisen" („incremental prices") der im Paket enthaltenen Marktgüter die jeweiligen LAIC ihrer Bereitstellung decken kann.[1757] Besagte Grenzpreise ergeben sich aus der Differenz zwischen dem Paketpreis und der Summe der Listenpreise der übrigen Marktgüter.[1758] In der Sache handelt es sich hierbei um eine umfassende „discount attribution" auf jedes einzelne Marktgut.[1759] Als Handlungsempfehlung zur Verhinderung einer aller Wahrscheinlichkeit nach relevanten Marktverschliessung wäre marktbeherrschenden Unternehmen mithin zu raten, Bündelrabatte bloss in einem Umfang zu gewähren, welcher der kleinsten Spanne zwischen den LAIC und dem Listenpreis von sämtlichen, im Paket enthaltenen Marktgüter entspricht.[1760]

1754 S. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 52 u. Tz. 59; grundlegend *Carlton/Waldmann*, 33 RJE 194 (2002).

1755 Weiterf. zum Ganzen schon 352 ff., m.w.Verw.

1756 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 61.

1757 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 60; für eine Darst. der älteren, formalistischeren Entscheidungen der *Kommission* zu Bündelrabatten in *Michelin I* sowie *De Post/La Poste* s. *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 151 f.; s.a. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 637 ff., wonach bei Bündelwettbewerb ein „pure predatory pricing test", andernfalls ein „implied predatory pricing test" durchgeführt werde.

1758 Jew. vorsichtig entsprechend *Rummel*, *ibid.*, 152 f.; *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 480 zu Art. 102 AEUV, sowie jew. mit dem Hinw., dass die Kommission soweit ersichtlich bei Bündelrabatten noch keine Kostendeckungsanalysen durchgeführt hat.

1759 Zum beabsichtigten entsprechenden Vorgehen bei bedingten Rabatten s. schon 230 ff.

1760 Ähnlich *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 299; zustimmend *Clerc/Këllezi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 293 zu Art. 7 II LCart.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Es ist indes sogleich anzumerken, dass die Schwelle für eine potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung von Bündel- oder Paketrabatten zumindest nach der bisherigen unionsgerichtlichen Rechtssprechung selbst überschritten werden kann, ohne dass der mit dem Paket gewährte Preisnachlass als sachlich erheblich im Sinne der Unterschreitung eines Kostenmassstabs qualifizieren müsste: Weder in der *EuGH*-Entscheidung *Hoffmann-La Roche* noch in der *EuG*-Entscheidung *Michelin II* wurde für die Feststellung der Missbräuchlichkeit auf Kosten-Preis-Vergleiche abgestellt;[1761] vielmehr können die zitierten Entscheidungen den Eindruck entstehen lassen, dass Bündel- oder Paketrabatte von den Unionsgerichten *per se* als *prima facie* missbräuchlich eingestuft wurden.[1762]

Bündel- oder Paketrabatte können – im Gegensatz zu anderen Formen des *predatory pricing* – marktverschliessende Wirkungen entfalten, ohne dass beim Marktbeherrscher Opportunitätskosten infolge einer Preissetzung unterhalb der kurzfristig gewinnmaximierenden Höhe anfallen müssen:[1763] Aufgrund eines Bündel-Gesamtpreises, welcher die Summe der einzelnen Listenpreise unterschreitet, resultiert eine gesteigerte Nachfrage; die hierbei erwirtschafteten, zusätzlichen Erlöse können die gewährten Rabatte zumindest ausgleichen, mit dem Ergebnis, dass die Preissetzung *insgesamt* kurzfristig gewinnmaximierend (und auch kostendeckend) ist.[1764] Es erscheint infolgedessen zweckmässig, dass in Situationen ohne Bündelwettbewerb-Potenzial nicht bloss darauf abgestellt wird, ob der Gesamtpreis als (Kampf-)Preisunterbietung qualifiziert. Hingegen sollte diesfalls namentlich die umfassende „discount attribution" zu gewährleisten vermögen, dass gebührend gewürdigt werden kann, ob die verdrängenden Wirkungen im Wettbewerb um das Marktgut mit der geringsten Rente sachlich erheblich sind.

Eine einzelfallweise Berücksichtigung der Wirkungen auf die Wettbewerbsstruktur sollte jedenfalls – entsprechend Treue- oder Ausschliesslichkeitsrabatten[1765] – grundsätzlich auch bei Bündel- oder Paketrabatten erfolgen, zumal letztere allgegenwärtig sind sowie in sich selbst noch kei-

---

1761 S. *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 110 f. – *Hoffmann-La Roche*; *EuG*, Urt. v. 30.9.2003, Rs. T-203/01, Tz. 161 ff. – *Michelin II*.

1762 I.d.S. betr. die *EuG*-Entscheidung *Michelin II*: *Rummel*, *ibid*., 151.

1763 S. bereits 254, insb. Fn. 1103.

1764 Vgl. *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.556.

1765 S. schon 376 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ne hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen.[1766] Auch im Rahmen des Nachweises einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung sollte neben der sachlichen Erheblichkeit untersucht werden, in welchem Masse sich die Bündel- oder Paketrabatte räumlich und zeitlich auswirken können.[1767]

bb) Preis-Kosten-Scheren

(1) Zur Anwendbarkeit von Kosten-Preis-Vergleichen

Die Verschliessung nachgelagerter Märkte erfolgt namentlich mittels einer Preis-Kosten-Schere oder Margenbeschneidung (price squeeze; margin squeeze). Ein vertikal integrierter Marktbeherrscher kann die Profite seiner tatsächlichen oder potenziellen, nicht vertikal integrierten Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt beschneiden, indem er den Lieferpreis für seine Vorleistung auf dem vorgelagerten Markt erhöht, den Verkaufspreis seines Endprodukts auf dem nachgelagerten Markt verringert oder gar beides tut.[1768] Eine Preis-Kosten-Schere ist nach der *EuG*-Entscheidung *Deutsche Telekom* „dann anzunehmen, 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".[1769] Der *EuGH* hat diese Auffassung bestätigt und festgehalten, dass „eine Margenbeschneidung angesichts ihrer möglichen Verdrängungswirkung auf zu-

1766 Entsprechend *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 635 ff.; vgl. *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 510 f. – *SIX*.

1767 Vgl. schon 352 ff.; vgl. *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 245, wonach hierbei die Anwendung des AEC-Tests nicht zwingend sei: „There is nothing in Article 102 that requires the application of a price/cost test to mixed bundling".

1768 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1, N 353 zu Art. 102 AEUV; *Petzold*, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 75 f.

1769 *EuG*, Urt. v. 10.4.2008; Rs. T-271/03, Tz. 166 – *Deutsche Telekom*; s.a. *EuG*, Urt. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Tz. 187 – *Telefónica.*

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mindest ebenso effiziente Wettbewerber [...] bereits für sich allein einen Missbrauch im Sinne von Art. [102 AEUV] darstellen kann".[1770]

Ob eine Preis-Kosten-Schere vorliegt, ist beim unionsrechtlichen preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbot generell anhand eines adaptierten AEC-Tests zu beurteilen:[1771] Es wird die von einem marktbeherrschenden Unternehmen gesetzte Preisspanne zwischen dem Lieferpreis der Vorleistung auf dem vorgelagerten Markt und dem Verkaufspreis des Endprodukts auf dem nachgelagerten Markt mit den Kosten für die Herstellung des Endprodukts verglichen, welche bei einem AEC anfallen.[1772] Grundsätzlich wird hierbei auf die Kostenart LAIC abgestellt.[1773] Immerhin sollte man sich nochmals vergegenwärtigen, dass das Abstellen auf den Vorleistung-Lieferpreis die gegenständliche Preisspanne um die „additional upstream costs" verringert; letztere würden bei einer vertikal integrierten Produktion nicht anfallen.[1774]

Das schweizerische *BVGer* hat sich in *Swisscom ADSL II* der unionsgerichtlichen Definition einer Preis-Kosten-Schere sowie deren Prüfungskriterien angeschlossen.[1775]

1770 *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Tz. 167 u. 183 – *Deutsche Telekom*; vgl. auch *ders.*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 31 f. u. 42 – *TeliaSonera*; zur Eigenständigkeit der Fallgruppe, s. sogleich 388 f.; zur Bedeutung der Margenbeschneidung-Feststellung beim Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung s. 389 ff.

1771 S. *EuGH*, *ibid.*, Tz. 41 ff. – *TeliaSonera*, weiterf. zu den Ausnahmen s. schon 206 ff.; entsprechend *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 125 f.; *Nazzini*, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, 229.

1772 Zur Definition des AEC-Tests nach hier verwendeter Terminologie s. schon 335 f., m.w.Verw.; freilich erübrigt sich ein Kosten-Preis-Vergleich, wenn die Preisspanne negativ ist, weil ein AEC dann keine Herstellungskosten decken kann, s. *EuGH*, *ibid.*, Tz. 73 – *TeliaSonera.*

1773 S. *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 453 – *Swisscom ADSL II*, mit Verw. auf die unionsgerichtliche Praxis; hierzu schon ausführlich: 278 ff.

1774 Weiterf. schon 214 f.: Infolge dieser Preisbestimmung durch die „imputation rule" wird – selbst bei einem Vergleich mit AEC-Kosten – *de facto* ein REC-Beurteilungsmassstab zur Anwendung gebracht; s.a. schon 228 f..

1775 *BVGer*, *ibid.*, Tz. 401 – *Swisscom ADSL II*: „Eine Kosten-Preis-Schere liegt [...] dann vor, wenn ein marktbeherrschendes vertikal integriertes Unternehmen die Preise für ein „Endprodukt" [...] auf dem nachgelagerten Endproduktmarkt [...] im Vergleich zu den Preisen für ein „Vorprodukt" [...], das für die Bereitstellung des Endprodukts verwendet wird, auf dem „Vorproduktmarkt" [...] in einer solchen Weise ansetzt, dass auch effiziente Wettbewerber auf der Stufe des End-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(2) „Stand-alone abuse“

Eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere stellt nach der Rechtsprechung einen „stand-alone abuse“ dar:[1776] Für ihre Feststellung muss weder der Endprodukt-Verkaufspreis des Marktbeherrschers als Kampfpreisunterbietung qualifizieren noch der Vorleistung-Lieferpreis eine etwaige Kontrahierungspflicht verletzen.[1777] Eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere

---

produktmarkts nicht mehr gewinnbringend wirtschaften können, weil sie über keine ausreichende Gewinnmarge verfügen“ u. *ibid*., Tz. 451; s.a. *WEKO*, Verf. v. 21.9.2015, Untersuchung 32-0244, Tz. 501 ff. – *Swisscom WAN-Anbindung*.

1776 Zweifelhaft noch namentlich aufgrund von *EuG*, Urt. v. 30.11.2000, Rs. T-5/97, insb. Tz. 197 – *Industrie des poudres sphériques*: „Da [der Marktbeherrscher] weder missbräuchliche Preise für den Rohstoff [...] noch Kampfpreise für das Folgeerzeugnis [...] verlangt, kann die Tatsache, dass die Klägerin, vermutlich aufgrund ihrer höheren Verarbeitungskosten, beim Verkauf des Folgeerzeugnisses nicht wettbewerbsfähig ist, die Einstufung der vo[m Marktbeherrscher] praktizierten Preise als missbräuchlich nicht rechtfertigen“; in *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 25 – *TeliaSonera*, findet sich ein Verw. auf Art. 102 S. 2 lit. a AEUV; die *Kommission* hat in ihrer Prioritätenmitteilung die Preis-Kosten-Schere zusammen mit den Lieferverweigerungen behandelt (*ibid*., Tz. 75 ff., insb. Tz. 80); der Eigenständigkeit zustimmend *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 354 zu Art. 102 AEUV, jedoch mit Verw. auf „[e]nge Berührungspunkte [...] zur Fallgruppe der Kampfpreisunterbietungen; mit guten Gründen ablehnend *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 541 zu Art. 102 AEUV; *Petzold*, JECL&P 2015, 346 ff.; *Gaudin/Mantzari*, 12 JCLE 151 (2016).

1777 *EuGH*, *ibid*. – *Deutsche Telekom*; s.a. *ders.*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 96 u. Tz. 150 – *Telefónica*, mit Verw. auf *ders.*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 56 – *TeliaSonera*; *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 441 – *Swisscom ADSL II*: „Es ist [...] gerechtfertigt und erforderlich, die Kosten-Preis-Schere als eigenständige Form eines missbräuchlichen Verhaltens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren“, mit Verw. auf den (*m.E*. fragwürdigen) „eigenständigen Unwertgehalt, wonach den Wettbewerbern auf der nachgelagerten Ebene keine ausreichende Marge mehr verbleibt und sie dadurch zu einer Quersubventionierung gezwungen sind, wenn sie nicht vom Markt verdrängt werden wollen“; dieser „Unwertgehalt“ wohnt sämtlichen Formen des *predatory pricing* inne; freilich können die Vorleistung-Lieferpreise oder Endprodukt-Verkaufspreise aber bei isolierter Betrachtung auch an sich missbräuchlich sein, ebenso *BVGer*, *ibid.*, Tz. 441 – *Swisscom ADSL II*; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 362 zu Art. 102 AEUV, auch mit Verw. auf die abweichende U.S.-amerikanische Rspr. in *Pacific Bell Telephone Co v. Linkline Communiations, Inc.*, 129 S. Ct. 1109 (2009) (*Fuchs/Möschel*, *ibid*., Tz. 363).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

hat möglicherweise diskriminierende Wirkungen gegenüber Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt und ist mithin eine „primary-line injury", weswegen sie nach hier vertretener Auffassung nicht von Art. 102 S. 2 lit. c AEUV respektive Art. 7 Abs. 2 lit. b KG erfasst sein sollte.[1778]

(3) Missbräuchlichkeitsnachweis

Das Preissetzungsverhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist missbräuchlich, wenn es eine potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung entfaltet.[1779] Deren Nachweis hat bei Margenbeschneidungen nach der Rechtsprechung im Rahmen einer Einzelfallanalyse zu erfolgen. Im Gegensatz zu Ausschliesslichkeitsrabatten gilt eine Preis-Kosten-Schere mithin nicht als „bereits ihrer Art nach geeignet [...], den Wettbewerb zu beschränken".[1780]

Nach dem *EuGH*-Vorabentscheidungsverfahren *Telia Sonera* ist zuallererst „der funktionelle Zusammenhang zwischen Vorleistungs- und Endkundenprodukten zu prüfen".[1781] Es ist zu untersuchen, ob das Vorleis-

---

1778 Weiterf. schon 363 ff.; anders *WEKO*, RPW 2010/1, 116 ff., Tz. 200 ff. u. Tz. 321 – *Swisscom ADSL II*; zum Diskussionsstand hinsichtlich der ausreichenden Bestimmtheit der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG als Sanktionsgrundlage sowie den Beschwerdeentscheid *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009 – *Swisscom ADSL II* s. bereits 150 f.; zum Ganzen auch *Dupovac*, Die Kosten-Preis-Schere als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im europäischen und schweizerischen Recht, 43 ff.; nach umstrittener Ansicht scheidet eine Sanktionierung gemäss Art. 102 S. 2 lit. c AEUV bereits aus, weil rein konzerninterne Transaktionen nicht von Art. 102 AEUV erfasst sein sollen, s. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 362 zu Art. 102 AEUV, mit Verw.; *Petzold*, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, 163 ff.; s.a. *Carstensen*, Die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs im Rahmen von Art. 102 AEUV.

1779 S. schon 345 f.; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 64 – *TeliaSonera*; *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 124 – *Telefónica*; *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 562 f. – *Swisscom ADSL II.*

1780 Zu Ausschliesslichkeitsrabatten s. schon 373 ff.; *EuGH*, *ibid.*, Tz. 61 u. 68 – *TeliaSonera*; *EuG*, Urt. v. 10.4.2008, Rs. T-271/03, Tz. 234-244 – *Deutsche Telekom*, bestätigt in *EuGH*, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Tz. 250 – *Deutsche Telekom.*

1781 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 69, 1. S. – *TeliaSonera*; augenscheinlich geht es hierbei nicht darum, ob sich die Vorleistung für die Herstellung des Endprodukts überhaupt eignet, sondern es betrifft deren Unabdingbarkeit, s.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tungsprodukt für die Herstellung des Endprodukts unentbehrlich ist.[1782] Sofern dies zutrifft, ist eine – mittels eines adaptierten AEC-Tests festgestellte[1783] – Preis-Kosten-Schere „wahrscheinlich" potenziell wettbewerbsschädigend.[1784] Die Unabdingbarkeit der Vorleistung ist indes keine zwingende Voraussetzung, damit potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkungen eintreten können.[1785] Liegt der Endprodukt-Verkaufspreis unter dem Vorleistung-Lieferpreis, ist die Preissetzung „wahrscheinlich" potenziell wettbewerbsschädigend.[1786] Bei einer positiven Spanne – deren Umfang, beispielsweise hinsichtlich der Deckung einer kurzfristigen Kostenart, wiederum mit einem adaptierten AEC-Test festgestellt werden kann[1787] – sind hingegen weitergehende Nachweise erforderlich, „dass diese Preispolitik den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern die Ausübung ihrer Tätigkeiten auf dem betreffenden Markt, z. B. aufgrund einer geringeren Rentabilität, zumindest erschweren konnte".[1788] Welche Kriterien alsdann hierbei Anwendung finden werden, ist der Rechtsprechung bisher nicht zu entnehmen.[1789] Nach hier vertretener Auffassung sind die räumliche sowie zeitliche Erheblichkeit des unternehmerischen Preissetzungs-

---

Bulst, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 302 zu Art. 102 AEUV; in beiden Fällen ist der AEC-Test jedenfalls nutzlos.

1782 *EuGH*, *ibid.*, Tz. 69, 2. S. – *TeliaSonera.*

1783 S. schon 387.

1784 *EuGH*, *ibid.*, Tz. 70 f. – *TeliaSonera.*

1785 *Ibid.*, Tz. 72 – *TeliaSonera*; *ders.*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 118 – *Telefónica*.

1786 *Ibid.*, Tz. 73 – *TeliaSonera.*

1787 Vgl. *Mandorff/Sahl*, Konkurrensverket WP 2013:1, 11: „Finding abuse is thus a two-step process, with the equally efficient competitor principle applicable in both steps".

1788 *EuGH*, *ibid.*, Tz. 74 – *TeliaSonera*; es genügt eine „künstlich eingeschränkte[...] Rentabilität", s. *ibid.*, Tz. 33.

1789 Ebenso *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 550 zu Art. 102 AEUV, welche wohl mit guten Gründen annehmen, dass der Nachweis einer Preis-Kosten-Schere regelmässig für einen Verstoss gegen Art. 102 AEUV ausreichen sollte; ähnlich *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 302 zu Art. 102 AEUV; im Ergebnis käme dies dann doch einer *per se* (*prima facie*) Missbräuchlichkeit nahe, vgl. *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 180 f.; der Rspr. des *BVGer* in Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009 – *Swisscom ADSL II*, kann nicht entnommen werden, dass das *BVGer* denjenigen einzelfallweisen Kriterien, welche über die Feststellung einer Preis-Kosten-Schere hinausgehen, eine gewichtigere Bedeutung zukommen lassen würde (s. *ibid*., Tz. 561 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verhaltens zu berücksichtigen;[1790] zumindest die zeitliche Erheblichkeit vermag der AEC-Test zu indizieren.[1791]

Das *recoupment*-Kriterium ist von den Gerichten bei Preis-Kosten-Scheren als entbehrlich erklärt worden.[1792] Es besteht schliesslich auch bei Preis-Kosten-Scheren die Möglichkeit zur Rechtfertigung.[1793]

D. Der AEC-Test als „safe harbour"?

In der wettbewerbsrechtlichen Lehre ist wiederholt thematisiert worden, ob der AEC-Test einem marktbeherrschenden Unternehmen im Hinblick auf sein Preissetzungsverhalten einen sicheren Hafen vor Rechtsverfolgung bieten könne; diesfalls müsste das Überschreiten einer gewissen Kostenhöhe als *per se* unbedenklich qualifiziert werden.[1794] Ausgangspunkt für solche Erwägungen war in der jüngeren Vergangenheit augenscheinlich die Tz. 66 des Diskussionspapiers der *GD Wettbewerb*, wonach „the dominant company's price schedule or rebate system is not abusive (safe harbour) [if an as efficient competitor can compete with the dominant company]".[1795] Soweit die *Kommission* den AEC-Test in der Folge tatsächlich als durchgängigen, genüglichen Nachweis für die Zulässigkeit eines Preissetzungsverhaltens propagiert hätte, könnte es sich in qualitativer Hinsicht bloss um einen „administrativen" sicheren Hafen handeln: Die Prioritätenmitteilung entfaltet gegenüber den Unionsgerichten keine

1790 Vgl. schon 352 ff.

1791 S. schon 357.

1792 *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 103 – *TeliaSonera*; *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 406 – *Swisscom ADSL II*; weiterf. schon 304 ff., insb. Fn. 1373; zu weiteren unerheblichen Beurteilungskriterien s. *EuGH*, *ibid*., Tz. 78 ff. – *TeliaSonera.*

1793 *Ibid.*, Tz. 77 – *TeliaSonera*; weiterf. schon 137 ff.

1794 Vgl. *UCWG*, Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, Tz. 69; *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 46; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 290.

1795 *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 66 (Hervorh. d. Verf.); vgl. *Fuchs*, Der „ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 241 ff., 248; weiterf. schon 114 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

rechtlichen Bindungswirkungen.[1796] Ein dergestaltiger Hafen würde ferner nur am (freilich um einiges bedeutsameren) „Meer der Verwaltungsverfahren" liegen und wäre insofern potenziell unbeständig, als er der Verpflichtung zur exakten Nachzeichnung der unionsgerichtlichen Rechtsprechung zum Opfer fallen könnte, welche der Kommission obliegt.[1797]

Die Kommission möchte den AEC-Test hingegen sachgerechterweise nicht als unausweichliches Kriterium verstanden wissen. Hierfür sind einerseits die potenziellen faktischen Unwegsamkeiten ausschlaggebend, welche in der vorliegenden Untersuchung gleichfalls identifiziert werden konnten: Die Durchführung des AEC-Tests bedingt ein ausreichendes Mass an verfüg- und verwertbaren Daten;[1798] es stellen sich möglicherweise komplexe Zuordnungs- und Bestimmungsfragen.[1799] Andererseits können Wettbewerbssituationen vorliegen, welche das alleinige Abstellen auf einen AEC-Beurteilungsmassstab als unangemessen erscheinen lassen respektive dessen Adaption erfordern: Grössen- und Verbundvorteile sowie Lerneffekte haben gegebenenfalls zur Folge, dass auch weniger leistungsfähige Wettbewerber schutzwürdig werden, um im Rahmen einer dynamischen Sichtweise Wettbewerbsdruck zu erhalten.[1800] Darüber hinaus kann selbst bei einem vollends „gewöhnlichen" AEC-Test bereits von entscheidender Bedeutung sein, welche Kostenart als Vergleichsparameter herangezogen wird.[1801]

Es ist also zutreffend, dass der AEC-Test hinsichtlich seiner Fähigkeit, preisbezogenen Behinderungsmissbrauch zweifelfrei auszuschliessen, le-

---

1796 S. schon 134; zur Unterscheidung in „administrative" und „gesetzliche" sichere Häfen, s. bereits Fn. 438; vgl. *Lowe*, GCP 2.2009, 9: „[G]iven the nature of the Guidance, th[e equally efficient competitor] test is [...] indicative only"; des Weiteren vermag die Prioritätenmitteilung die nationalen europäischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte nicht zu binden, s. schon die Belege in Fn. 552; GAin *Kokott*, Schlussanträge v. 21.5.2015, Rs. C-23/14, Tz. 60 – *Post Danmark II*; im Hinblick auf die WEKO und die schweizerischen Gerichten muss dies umso mehr gelten.

1797 S. schon 346 f., m.w.Hinw.

1798 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 25; weiterf. zur zulässigen Verwendung der Daten von Dritten s. schon 206 ff.; *Peeperkorn*, Concurrences 2015, 46.

1799 Weiterf. bereits 212 ff.

1800 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 24; weiterf. schon 192 ff., mit einschränkenden Hinw.

1801 Weiterf. bereits 265 ff.; zur Kostenart-Unabhängigkeit des AEC-Tests nach hier verwendeter Definition s. schon 335 f.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

diglich als „soft"[1802], „relative"[1803] respektive „befestigter, aber [nicht] sicherer Hafen"[1804] bezeichnet worden ist. Eine weitere – für marktbeherrschende Unternehmen einigermassen verlässliche – Konkretisierung dieser Relativität kann schliesslich bloss anhand der Rechtsprechung gelingen: Während das Bestehen eines AEC-Tests hier bei generellen und diskriminierenden (Kampf-)Preisunterbietungen und Preis-Kosten-Scheren einige Gewissheit über die Zulässigkeit des Preissetzungsverhaltens gibt, vermag es diese namentlich bei bedingten (Einzelprodukte- und Bündel-)Rabatten noch kaum zu bieten.[1805]

1802 *Rousseva*, Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 239 ff., 247.
1803 *Peeperkorn*, in: Interview with Michael Albers and Luc Peeperkorn, 6.
1804 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 321 zu Art. 102 AEUV.
1805 Weiterf. schon 360 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Behinderungsmissbrauchsverbot 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 Behinderungsmissbrauchsverbote 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 Behinderungsmissbrauchsverbot 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-

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Konvergenzschaffung 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.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„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.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

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 Marktbeherrscher 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.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Literaturverzeichnis

Aberle, Lukas, Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht, Köln 2013.

Ackermann, Thomas, Besprechung von Mestmäcker, Ernst-Joachim, A Legal Theory without Law: Posner vs. Hayek on Economic Analysis of Law, JZ 2008, 139–140.

Adam, Michael/Maier-Rigaud, Frank, Besprechung von O'Donoghue, Robert/Padilla, Jorge, The Law and Economics of Article 82 EC, The Law and Economics of Article 82 EC and the Commission Guidance Paper on Exclusionary Conduct, ZWeR 2009, 131–146.

Akerlof, George A., The Market for Lemons, Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism, 84 Q. J. Econ 488–500 (1970).

Akman, Pinar, The European Commission's Guidance on Article 102 TFEU: From Inferno to Paradiso?, 73 Mod. L. Rev. 605–630 (2010).

dies., The Concept of Abuse in EU Competition Law, Oxford/Portland 2012.

Albers, Michael, Der more economic approach bei Verdrängungsmissbräuchen, Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), Marktmacht und Missbrauch, Baden-Baden 2007, 11–26.

Amstutz, Marc, Interpretatio multiplex, in: Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Basel 2004, 67–91.

ders., Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009, 43–68.

ders./Reinert, Mani (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], N zu Art.).

dies., Vertikale Preis- und Gebietsabreden, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich 2004, 69–125.

Areeda, Phillip/Hovenkamp, Herbert, Antitrust Law Treatises, 600 - 713, 3. Auflage, New York 2008.

ders./Turner, Donald F., Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harv. L. Rev. 697–733 (1975).

dies., Scherer on Predatory Pricing: A Reply, 89 Harv. L. Rev. 891–900 (1976).

Armstrong, Mark, Price Discrimination, in: Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge/London 2008, 433–467.

Arrow, Kenneth J., The economic implications of learning by doing, 29 Rev. Econ. Stud. 155–173 (1962).

ders./Debreu, Gerard, Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy, 22 Econometrica 265–290 (1954).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Assmann, Heinz-Dieter, Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die Ökonomische Analyse des Rechts, in: ders./Kirchner/Schanze (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, 17–61.

Bachof, Otto, Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, 97–102.

Baetge, Dietmar, Globalisierung des Rechts, Tübingen 2009.

Baker, Jonathan B., Promoting Innovation Competition Through the Aspen/Kodak Rule, 7 Geo. Mason L. Rev. 495 (1999), 495–522.

Baldi, Marino, Überblick und allgemeine Bestimmungen - zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellrecht, Zürich 1996, 3–19.

Barthelmess, Stephan, Die Intel-Entscheidung des Europäischen Gerichts: Per se Missbräuchlichkeit von Ausschliesslichkeitsrabatten unter Art. 102 AEUV und eingeschränkte Bedeutung des „as-efficient-competitor"-Tests, NZKart 2014, 492–496.

Basedow, Jürgen, Weltkartellrecht, Tübingen 1998.

Baudenbacher, Carl, Strukturberichterstattung Nr. 44/3 – Evaluation Kartellgesetz, Bern 2009.

Baumol, William J., Quasi-Permanence Of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing, 89 Yale L.J. 1–26 (1979).

ders., Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure, 72 Am. Econ. Rev. 1–15 (1982).

ders., Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, 39 J. Law Econ. 49–72 (1996).

ders./Ordover, Janusz A./Warren-Boulton, Frederick R./Willig, Robert D., Brief of amici curiae economics professors to U.S. Supreme Court in Verizon v. Trinko, 2003.

ders./Panzar, John C./Willig, Robert D., Contestable markets and the theory of industry structure, New York/San Diego/Chicago 1982.

Bavasso, Antonio, The Role of Intent Under Article 82 EC: From „Flushing the Turkeys" to „Spotting Lionesses in Regent's Park", ECLR 2005, 616–623.

Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang/Brinker, Ingo, EU-Kartellrecht, 3. Auflage, München 2014.

Bechtold, Stefan, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Tübingen 2010.

ders., Die Kontrolle von Sekundärmärkten, Baden-Baden 2007.

Behrens, Peter, Abschied vom more economic approach?, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 115–130.

ders., The „Consumer Choice" Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law, Eu.-K. DP 1/14, 2014.

ders., Consumer choice statt consumer welfare - neue (alte) Töne aus den USA, WuW 2011, 807.

Bellamy, Christopher, ECHR and competition law post Menarini: An overview of EU and national case law, e-Competitions N°47946, 2012.

Bentham, Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, London 1789.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bergmann, Bettina, Praktische Fragen im Zusammenhang mit Zusageentscheidungen nach Art. 9 Abs. 1 VO 1/2003, WuW 2014, 467–475.

Bertrand, Joseph, Théorie des Richesses, Besprechung von Walras, Léon und Cournot, Augustin, Journal des Savants 1883, 499–508.

Bester, Helmut, Theorie der Industrieökonomik, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012.

Bien, Florian/Krah, Matthias, The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach, ECLR 2012, 482–487.

ders./Rummel, Per, Ende des More Economic Approach bei der Beurteilung von Rabattsystemen?, EuZW 2012, 737–740.

Bilger, Stefan, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002.

Bischoff, Alexander, Der SSNIP-Test, Zürich 2010.

Bishop, Simon/Marsden, Philip, The Article 82 Discussion Paper: A Missed Opportunity, ECJ 2006, 1–7.

ders./Walker, Mike, The Economics of EC Competition Law, 3. Auflage, London 2010.

Bodenstein, Ines, Kartellrechtliche Bewertung von Rabatten marktbeherrschender Unternehmen, Baden-Baden 2013.

Bolton, Patrick/Brodley, Joseph F./Riordan, Michael H., Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, 88 Geo. L.J. 2239–2330 (2000).

ders./Scharfstein, David S., A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting, 80 Am. Econ. Rev. 93–106 (1990).

Borchardt, Klaus-Dieter, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5. Auflage, Wien 2012.

Borer, Jürg, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Zürich 1999, 217–226.

ders., Wettbewerbsrecht I, 3. Auflage, Zürich 2011.

Bork, Robert, The Antitrust Paradox, New York 1993.

Bornkamm, Joachim, Richterliche Kontrolle von Entscheidungen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsverfahren, ZWeR 2010, 34–52.

ders./Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 1, 2. Auflage, München 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Bornkamm/Montag/Säcker [Hrsg.], N zu Art.).

Bosco, David, Le test de l'opérateur aussi efficace: Une nouvelle ère?, Concurrences 2013, 12–15.

Brei, Gerald, Due Process in EU antitrust proceedings - causa finita after Menarini?, ZWeR 2015, 34–54.

ders., Kartellrechtsverfahren nach PubliGroupe - offene Fragen und praktische Probleme, SJZ 2014, 177–185.

ders./Hoffet, Franz, Das neue Abkommen zwischen der EU und der Schweiz über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, NZKart 2013, 393–397.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Breitenmoser, Stephan/Walder Salamin, Katharina, Verfahrensrechtliche Fragen in Kartellrechtsfällen, in: Hochreutner/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Wettbewerbsrecht: Entwicklung, Verfahrensrecht, Öffnung des schweizerischen Marktes, Bern 2014, 25–46.

Brennan, Geoffrey/Buchanan, James M., The Reason of Rules: Constitutional Political Economy, Cambridge 1985.

Bresnahan, Timothy/Greenstein, Shane M./Henderson, Rebecca M., Schumpeterian Competition and Diseconomies of Scope: Illustrations from the Histories of Microsoft and IBM, HBS WP, 2011.

Brohm, Markus U., Die „Mitteilungen" der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, Baden-Baden 2012.

Bryde, Johannes, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, Frankfurt a.M. u. a. 2011.

Buccirossi, Paolo, Introduction, in: ders. (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge/London 2008.

Budzinski, Oliver, Monoculture versus Diversity in Competition Economics, 32 Camb. J. Econ. 295–324 (2008).

ders., „Wettbewerbsfreiheit" und „More Economic Approach": Wohin steuert die Europäische Wettbewerbspolitik, Marb. Vwl. Beitr. 13/2007.

Bueren, Eckart, EU-Kartellbussgeldverfahren und EMRK: Aktuelle Implikationen aus der Rechtsprechung des EGM, EWS 2012, 363–372.

Bühler, Stefan, Ökonomik in der Rechtsanwendung - Bestandesaufnahme und Ausblick, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich 2009, 33–42.

ders./Jaeger, Franz, Einführung in die Industrieökonomik, Berlin/Heidelberg 2002.

Buigues, Pierre-André, Competition versus Regulation, in: ABA Section of Antitrust Law, Vol. I, Issues in Competition Law and Policy, Chicago 2008. 189–208.

Bulst, *Friedrich Wenzel*, Mehr Licht - Zur Anwendung des Art. 82 EG auf Behinderungsmissbräuche, RabelsZ 2009, 703 – 726.

Bundeskartellamt, Konglomerate Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle - Bestandsaufnahme und Ausblick, Diskussionspapier, 2006.

Bundeskartellamt, Digitale Ökonomie - Internetplattformen zwischen Wettbewerbsrecht, Privatsphäre und Verbraucherschutz, Hintergrundpapier, 2015.

Büren, Roland von/Marbach, Eugen/Ducrey, Patrik, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008.

Burrichter, Jochen, A Reformed Approach to Article 82: The Impact on Private Enforcement, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford 2008. 243–254.

Cabral, *Luis*, Introduction to Industrial Organization, Cambridge 2000.

ders., Oligopoly Dynamics, 30 Int. J. Ind. Organ. 278–282 (2012).

ders./Riordan, Michael, The learning curve, market dominance, and predatory pricing, 62 Econometrica 1115–1140 (1994).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 6. Auflage, München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert [Hrsg.], N zu Art.).

Campbell, Tom J., The Efficiency of the Failing Company Defense, 53 Tex. L. Rev. 251–283 (1984).

Carlton, Dennis W./Waldmann, Michael, The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries, 33 RJE 194–220 (2002).

Carstensen, Wiebke, Die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs im Rahmen von Art. 102 AEUV, Frankfurt a.M. 2016.

Christiansen, Arndt, Der „More Economic Approach" in der EU-Fusionskontrolle, Frankfurt a.M. 2010.

ders./Kerber, Wolfgang, Competition policy with optimally differentiated rules instead of „per se rules vs rule of reason", 2 JCLE 215–244 (2006).

Clark, John M., The Social Control of Business, New York 1926.

ders., Toward a Concept of Workable Competition, 30 Am. Econ. Rev. 241–256 (1940).

Coase, Ronald H., The Nature of the Firm, 4 Economica 386–405 (1937).

Cottier, Thomas/Dzambo, Daniel/Evtimov, Erik, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Epiney/Theuerkauf/Rivière (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Zürich/Bern 2004, 357–392.

Cournot, Augustin, Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses, Paris 1838.

Cseres, Kati J., The Controversies of the Consumer Welfare Standard, 3 Comp. L. Rev. 121–173 (2007).

Curzon Price, Tony/Walker, Mike, Incentives to innovate v Short-term Price Effects in Antitrust Analysis, JECL&P 2016, 475–482.

Davis, Peter/Garcés, Eliana, Quantitative techniques for competition and antitrust analysis, Princeton 2010.

Demsetz, Harold, Toward a Theory of Property Rights, 57 Am. Econ. Rev. 347–359 (1967).

ders., Information and Efficiency: Another Viewpoint, 12 J. Law Econ. 1–22 (1969).

Diller, Hermann, Preispolitik, 4. Auflage, Stuttgart 2008.

ders./Herrmann, Andreas (Hrsg.), Handbuch Preispolitik, Strategien - Planung - Organisation - Umsetzung, Wiesbaden 2003.

Director, Aaron/Levi, Edward H., Law and the Future: Trade Regulation, 51 Nw. U. L. Rev. 281–296 (1956-1957).

Divivier, Dominic, Die Reichweite der Befugnis mitgliedstaatlicher Gerichte und Wettbewerbsbehörden zur Anwendung des EU-Kartellrechts, Baden-Baden 2014.

Dreher, Meinrad, Die Zukunft der Missbrauchsaufsicht in einem ökonomisierten Kartellrecht, WuW 2008, 23–27.

ders., Die Kontrolle des Wettbewerbs in Innovationsmärkten, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung in innovationsgeprägten Märkten, ZWeR 2009, 149–175.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders./Adam, Michael, The more economic approach to Art. 82 EC and the legal process, ZWeR 2006, 259–277.

Drexl, Josef, Is there a 'more economic approach' to IP and competition law?, in: ders. (Hrsg.), Research Handbook on Intellectual Property and Competition Law, Cheltenham/Northampton 2008, 27–53.

ders., Wettbewerbsverfassung, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Dordrecht u. a. 2009, 905–958.

ders., Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 11–44.

Ducrey, Patrik, The Agreement between Switzerland and the EU Concerning Cooperation in the Application of their Competition Laws, JECL&P 2013, 437–444.

Dupovac, Toni, Die Kosten-Preis-Schere als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im europäischen und schweizerischen Recht, Zürich/Basel/Genf 2014.

EAGCP, Report: An economic approach to Article 82, 2005.

Easterbrook, Frank H., Predatory Strategies and Counterstrategies, 48 U. Chi. L. Rev. 263–337 (1981).

ders., Limits of Antitrust, 63 Tex. L. Rev. 1–40 (1984).

Economides, Nicholas, bundling and tying, in: The Palgrave Encyclopedia of Strategic Management, 2015, http://www.palgraveconnect.com/esm/ (zuletzt besucht am 1.7.2016).

Edlin, Aaron, Stopping Above-Cost predatory pricing, 111 Yale L.J. 941–991 (2002).

ders., Predatory Pricing, in: Elhauge (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of Antitrust Law, Cheltenham/Northampton 2012, 144–173.

Edwards, Geoff, Margin squeezes and the inefficient „equally efficient" operator, ECLR 2011, 402–405.

Ehlers, Dirk, § 7. Allgemeine Lehren, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin/Boston 2014.

Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Auflage, Tübingen 2005.

Eilmansberger, Thomas, Verbraucherwohlfahrt, Effizienzen und ökonomische Analyse - Neue Paradigmen im europäischen Kartellrecht?, ZWeR 2009, 437–471.

Elhauge, Einer, Defining better monopolization standards, 56 Stan. L. Rev. 253–344 (2003).

ders., Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory - and the Implications for Defining Costs and Market Power, 112 Yale L.J. 681–827 (2003).

Elzinga, Kenneth G./Mills, David E., Antitrust Predation and The Antitrust Paradox, 57 J. Law Econ. 181–200 (2014).

dies., in: Blair/Sokol (Hrsg.), Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Oxford/New York 2015, 40–61.

Engelsing, Felix, Modernisierung von Art. 82 EG: Konsumentenwohlfahrt und Effizienz als neue Leitbilder?, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), Marktmacht und Missbrauch, Baden-Baden 2007, 89–100.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Esteva Mosso, Carles, The more economic approach paradigm - An effects-based approach to EU competition policy, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), Structure and Effects in EU Competiton Law, Studies on Exclusionary Conduct and State Aid, Alphen aan den Rijn 2011, 11–22.

Ewald, Christian, Ökonomie im Kartellrecht: Vom more economic approach zu sachgerechten Standards forensischer Ökonomie, ZWeR 2011, 15–47.

Farrell, Joseph/Katz, Michael, The Economics of Welfare Standards in Antitrust, 2 CPI 3–28 (2006).

Fatur, Andrej, EU Competition Law and the Information and Communication Technology Network Industries, Oxford/Portland 2012.

Fehling, Michael, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland, in: Hill (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, Baden-Baden 2006, 91–114.

Fisher, Franklin M., Innovation and Monopoly Leveraging, in: Ellig (Hrsg.), Dynamic Competition and Public Policy, 2001, 138–159.

ders., Economic Analysis and „Bright-Line" Tests, 4 JCLE 129–153 (2008).

Fjell, Kenneth/Sørgard, Lars, How to test for abuse of dominance?, ECJ 2006, Supp. 1, 69–83.

Fleischer, Holger, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001.

Fox, Eleanor M., What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect, Antitrust L.J. 371–411 (2002).

dies., „Antitrust Welfare" - The Brodley Synthesis, 90 B.U. L. Rev. 1375–1383 (2010).

Franck, Jens-Uwe, Rechtsetzung für den Binnenmarkt: Zwischen Rechtsharmonisierung und Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Riesenhuber/Takayama (Hrsg.), Schriften zum europäischen und internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht, Berlin 2006, 47–64.

Frank, Robert H., Microeconomics and Behavior, 8. Auflage, New York 2010.

Frenz, Walter, Die Kosten-Preis-Schere im Licht aktueller Entwicklungen, NZKart 2013, 60–62.

Friederiszick, Hans W., Marktabgrenzung und Marktmacht, in: Schwarze (Hrsg.), Recht und Ökonomie im Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2006, 29–40.

ders./Gratz, Linda, Hidden efficiencies: The relevance of business justifications in abuse of dominance cases, 11 JCLE 671–700 (2015).

Fritsch, Michael, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 9. Auflage, München 2014.

Fritzsche, Alexander, Ermessen und institutionelles Gleichgewicht, Köln/München 2008.

Früh, Alfred, Immaterialgüterrechte und der relevante Markt, Eine wettbewerbsrechtliche und schutzrechtliche Würdigung technologischer Innovation, Köln 2012.

Fuchs, Andreas, Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht?, in: Fleischer/Zimmer (Hrsg.), Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt a.M. 2008, 69–89.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Der "ebenso effiziente Wettbewerber" als Massstab für die Missbrauchskontrolle über marktbeherrschende Unternehmen – eine kritische Würdigung, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 241–264.

Gabler Wirtschaftslexikon, http://wirtschaftslexikon.gabler.de (zuletzt besucht am 1.7.2016).

Gaudin, Germain/Mantzari, Despoina, Margin Squeeze: An Above-Cost Predatory Pricing Approach, 12 JCLE 151–179 (2016).

ders./Saavedra, Claudia, Ex-ante Margin Squeeze Tests in the Telecomunication Industry: What is a Reasonably Efficient Operator?, SSRN ID 2192212, 2013.

Gavil, Andrew I., Exclusionary distribution strategies by dominant firms: Striking a better balance, 72 Antitrust L.J. 3–81 (2004).

GD Wettbewerb, Discussion paper on the applicaton of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brüssel 2005 ("Diskussionspapier").

Gerardin, Damien, The Decision of the Commision of 13 May 2009 in the Intel Case: Where is the Foreclosure and Consumer Harm?, JECL&P 2010, 112–122.

ders., Loyalty rebates after Intel: Time for the European Court of Justice to overrule Hoffman-La Roche, 11 JCLE 579–615 (2015).

ders./O'Donoghue, Robert, The concurrent application of competition law and regulation: The case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector, 1 JCLE 355–425 (2005).

ders./Petit, Nicolas, Price discrimination under EC competition law: Another Antitrust doctrine in search of limiting principles?, 2 JCLE 479–531 (2006).

Gerber, David J., Courts as Economic Experts in EU Merger Law, in: Hawk (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute - International Antitrust Law & Policy, Huntington 2004, 475–494.

ders., The Future of Article 82: Dissecting the Conflict, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford/Portland 2008, 37–54.

ders., Two forms of modernization in European competition law, 31 Fordham Int'l L.J. 1235–1265 (2008).

Ghellinck, Elisabeth de, The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?, JECL&P 2016, 544–548.

Giddings, Franklin H., The Persistence of Competition, 2 Polit. Sci. Q. 62–78 (1887).

Giesler, Walter, Konditionenkartelle und ihre Abgrenzung zu Preisen und Preisbestandteilen, Köln 1963.

Ginsburg, Douglas H., Judge Bork, Consumer Welfare, and Antitrust Law, 31 Harv. JL & Pub. Pol'y 449–454 (2008).

Goeteyn, Geert/Mavroghenis, Stephen/Piergiovanni, Michele/Reed, Eileen/Ridyard, Derek, GCLC RP on Article 82 EC, 2005, 65–104.

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I bis Band III. EUV/AEUV, 58. Ergänzungslieferung, München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim [Hrsg.], N zu Art.).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Grätz, Daniel, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, Tübingen 2009.

Gravengaard, Martin A./Kjaersgaard, Niels, The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance - and its consequences in practice, ECLR 2010, 285–305.

Greer, Douglas F., A Critique of Areeda and Turner's Standard for Predatory Practices, 24 Antitrust Bull. 233–262 (1979).

Groner, Roger, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen - quo vadis?, Recht 2002, 63–73.

Gruber, Johannes P., Predatory Pricing (Kampfpreise) im europäischen Kartellrecht, MR-Int 2006, 167–171.

Grünberger, Michael, Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen, in: Möschel/Bien (Hrsg.), Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?, Baden-Baden 2010, 134–221.

Häberle, Peter, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat - Zugleich zur Rechtsvergleichung als „fünfter" Auslegungsmethode, JZ 1989, 913–919.

Häfelin, Ulrich/Müller, Georg/Uhlmann, Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016.

Hager, Patricia, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, Eine Analyse anhand der Entwicklung des Kartellgesetzes und der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2013, 545–566.

Hangartner, Yvo, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Abreden, sic! 2005, 609–615.

ders., Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, AJP 2012, 439–441.

Harrington, Joseph E., Limit pricing when the potential entrant is uncertain of its cost function, 54 Econometrica 429–437 (1986).

Hart, Oliver D., The Market Mechanism as an Incentive Scheme, 14 RJE 266–382 (1983; früher Bell Journal of Economics).

Härtel, Ines, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Berlin/Heidelberg 2006.

Haucap, Justus/Heimeshoff, Ulrich, Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, in: Haucap/Kühling (Hrsg.), Effiziente Regeln für Telekommunikationsmärkte in der Zukunft, Baden-Baden 2009, 149–226.

ders./Kruse, Jörn, Verdrängungspreise auf Telekommunikationsmärkten?, PdW 2004, 337–361.

dies., Verdrängungspreise auf liberalisierten Telekommunikationsmärkten, Diskussionspapier Nr. 115, 2002/2006.

dies., Ex-Ante-Regulierungen oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien, WuW 2004, 266–275.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hawk, Barry E., The Current Debate About Section 2 of the Sherman Act: Judicial certainty versus rule of reason, II Lisbon Conf. Comp. L&E, 15./16.11.2007.

Heinemann, Andreas, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002.

ders., Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, 43–74.

ders., Verhaltenskontrolle von Marktbeherrschern: Auf der Suche nach festerem Grund, in: Trigo Trinidade/Peter/Bovet (Hrsg.), Economie, environmement, ethique: de la responsabilité sociale et sociétale, Zürich/Basel/Genf 2009, 165–171.

ders., The Setting of Fines - Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law, 17th St. Gallen International Competition Law Forum 2010, Basel 2011, 139–158.

ders., Besprechung von Wolfgang Wurmnest, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, 49 CMLR 835–837 (2012).

ders., Missbrauch von Marktmacht: Artikel 7 Kartellgesetz in der Krise?, in: Hochreutner/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich 2013, 45–56.

ders., Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2013, 3–58.

ders., Chapter 11: Behavioural Antitrust, in: Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham u. a. 2015, 211–242.

ders., Das Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien aus Schweizer Perspektive, in: Bien/Ludwigs (Hrsg.), Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien, Baden-Baden 2015, 205–239.

ders., Die Relevanz des „more economic approach" für das Recht des geistigen Eigentums, GRUR 2008, 949–954.

ders., Direkte Sanktionen im Kartellrecht, Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter v. 21.6.2010.

ders., Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter v. 29.6.2015.

ders./Kellerhals, Andreas, Wettbewerbsrecht, Zürich/St. Gallen 2014.

Heinichen, Christian, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, Baden-Baden 2011.

Heizmann, Reto A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005.

Hellwig, Martin, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wetbewerbspolitik, in: Engel/Möschel (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, Baden 2006, 231–268.

ders., Wirtschaftspolitik als Rechtsanwendung: Zum Verhältnis von Jurisprudenz und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, Prepr. MPI Bonn 19/2007.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Hemphill, C. Scott, The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses, 53 Stan. L. Rev. 1581–1612 (2001).

Hennig, Thomas T., Settlements im Europäischen Kartellverfahren, Baden-Baden 2010.

Herdzina, Klaus, Wettbewerbspolitik, 5. Auflage, Stuttgart 1999.

Hertfelder, Johannes, Die consumer welfare im europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2010.

Hettich, Peter, Wirksamer Wettbewerb, Theoretische Konzeption und Praxis, Bern/Stuttgart 2003.

Heyer, Katherine, Consumer Welfare and the Legacy of Robert Bork, 57 J. Law Econ. 19–32 (2014).

Hicks, John R., The Foundations of Welfare Economics, Economic Journal 1939, 696 ff.

Hirsch, Günter/Montag, Frank/Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar Band 1 EuWettbR, 1. Auflage, München 2007 (zit. *Bearbeiter*, in: Hirsch/Montag/Säcker [Hrsg.], N zu Art.).

Holterhus, Till P., Beweisführung in der Europäischen Fusionskontrolle, Tübingen 2014.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K./Berti, Stephen V. (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2013 (*Bearbeiter*, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Berti [Hrsg.], N zu Art.).

Hoppmann, Erich, Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität - Rivalität und Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, JbNSt 1966, 286–323.

ders., Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Schneider (Hrsg.), Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Berlin 1968, 9–49.

Hovenkamp, Erik/Hovenkamp, Herbert, Exclusionary bundled discounts and the Antitrust Modernization Commission, 53 Antitrust Bull. 517–553 (2008).

Hovenkamp, Herbert, Antitrust Policy After Chicago, 84 Mich. L. Rev. 213–284 (1985).

ders., Discounts and Exclusions, 2006 Utah L. Rev. 841–862.

ders., The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm, U. Iowa LS RP 2010.

ders., Predatory Pricing under the Areeda-Turner Test, U. Iowa LS RP 2015.

ders., The Antitrust Enterprise, Principle and Execution, Cambridge/London 2005,

Hylton, Keith, The law and economics of monopolization standards, in: ders. (Hrsg.), Antitrust Law and Economics, Cheltenham/Northampton 2010.

Immenga, Ulrich, Zusagen, Auflagen und Bedingungen der EU-Kommission - Herausforderungen im Beihilferecht und nach Art. 9 VO 1/2003, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 293–302.

ders., Gestaltungsspielräume der Kommission, in: Immenga/Körber (Hrsg.), Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, Baden-Baden 2012, 9–36.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Ökonomie und Recht in der europäischen Wettbewerbspolitik, ZWeR 2006, 346–366.

ders./Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU/Teil 1, 5. Auflage, München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], N zu Art.).

dies. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: EU/Teil 2, 5. Auflage, München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Band 1: EU/Teil 2, N zu Art.).

dies. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB/Teil 1, 5. Auflage, München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker [Hrsg.], Band 2: GWB/Teil 1, N zu Art.).

Jaeger, Marc, The Standard of Review in Competition Cases Involving Complex Economic Assessments: Towards the Marginalisation of the Marginal Review?, JECL&P 2011, 295–314.

Janssens, Thomas, The Commission Guidance on Predation: A Cautious Step in the Right Direction?, GCP 2.2009.

Jenny, Frederic, Chapter 16: Worst decision of the EU Court of Justice: The Alrosa judgment in context and the future of commitment decisions, in: Hawk (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, International Antitrust Law & Policy 2014, Huntington 2015, 405–460.

Jickeli, Joachim, Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1990.

ders., Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 303–317.

Joskow, Paul L./Klevorick, Alvin K., A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, 89 Yale L.J. 213–270 (1979).

Jullien, Bruno/Rey, Patrick/Saavedra, Claudia, The Economics of Margin Squeeze, IDEI Rep. 2013.

Kahn, Alfred E., The economics of regulation, New York/London/Sydney/Toronto 1970.

Kaldor, Nicholas, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, 49 Econ. J. 549–552 (1939).

Kellerbauer, Manuel, The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?, ECLR 2010, 175–186.

ders., Die Bedeutung des „as efficient competitor" bei der Feststellung von Verstössen gegen Art. 102 AEUV, EuZW 2015, 261–265.

ders., Der „more economic approach" bei Anwendung des Artikels 82 EG-Vertrag, Das Vorgehen gegen Behinderungsmissbräuche in der Europäischen Union vor und nach der Erläuterungsmitteilung zu den Prioritäten der Europäischen Kommission, AJP 2009, 1576–1588.

Keller, Matthias, Kampfpreisstrategien - Aktuelle Entwicklungen im Lichte des More Economic Approach, Würzburg 2012.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Kerber, Wolfgang, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), Economic theory and competition law, Cheltenham/Northampton 2009, 93–120.

Kerber, Wolfgang, Regelorientierte Wettbewerbspolitik aus rechtsökonomischer Sicht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 341–353.

Kirchhoff, Wolfgang, Sachverhaltsaufklärung und Beweislage bei der Anwendung des Art. 81 EG-Vertrag, WuW 2004, 745–754.

Kirchner, Christian, Goals of Antitrust and Competition Law Revisited, in: Schmidtchen/Albert/Voigt (Hrsg.), The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007, 7–26.

Knieps, Günter, Wettbewerbsökonomie: Regulierungstheorie, Industrieökonomie, Wettbewerbspolitik, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg 2008.

Koeck, Heribert F./Karollus, Margit M. (Hrsg.), The Modernisation of European Competition Law, Initial Experiences with Regulation 1/2003, Wien 2008.

Kölz, Alfred/Häner, Isabelle/Bertschi, Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.

Korah, Valentine, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings: from protecting freedom to enter a market to an efficient allocation of resources to increase consumer welfare, in: Pace (Hrsg.), European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, Cheltenham/Northampton 2011, 8–24.

Körber, Torsten, Regulierung der Netzindustrien: Übergangsstadium oder Daueraufgabe des Staates? - zum Verhältnis von Kartell- und Regulierungsrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 1043–1056.

Korobkin, Russell B./Ulen, Thomas S., Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, 88 Cal. L. Rev. 1051–1144 (2000).

Krattenmaker, Thomas G./Salop, Steven C., Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price, 96 Yale L.J. 209–293 (1996).

ders./Kaufmann, Oliver, Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht - Einwendungen gegen Marktbeherrschung, sic! 2013, 499–506.

Kropholler, Jan, Internationales Einheitsrecht, Tübingen 1975.

Kühling, Jürgen, Grundrechte, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Dordrecht u. a. 2009, 657–704.

Künzler, Adrian, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit?, Tübingen 2008.

ders./Zäch, Roger, Revision der schweizerischen Fusionskontrolle - Einführung eines Konsumentenwohlfahrtsstandards, AJP 2013, 754–764.

Kunz, Peter V., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRWiss 2009, 31–82.

ders., Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, recht 2012, 37–55.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Lademann, Rainer, Zur Wettbewerbsökonomie von Kartellrechtsverletzungen, WuW 2008, 635.

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 12. Auflage, Köln 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte [Hrsg.], N zu Art.).

Langen, Eugen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 10. Auflage, Köln 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: Langen/Bunte [Hrsg.], 10. Aufl., N zu Art.).

Lao, Marina, Ideology matters in the antitrust debate, 79 Antitrust L.J. 649–685 (2014).

Legal, Hubert, Standards of proof and standards of judicial review in EU competition law, in: Hawk (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, International Antitrust Law & Policy 2005, Huntington 2006, 107–116.

Leibenstein, Harvey, Allocative Efficiency vs. „X-Efficiency", 56 Am. Econ. Rev. 392–415 (1966).

Lerner, Abba, The Concept of Monopoly and the Measurement of Monopoly Power, 1 Rev. Econ. Stud. 157–175 (1934).

Leslie, Christopher R., Predatory Pricing and Recoupment, 113 Colum. L. Rev. 1695–1772 (2013).

Letwin, William L., The English Common Law concerning Monopolies, 21 U. Chi. L. Rev. 355–385 (1954).

Lianos, Ioannis, Categorical Thinking in Competition Law and the "Effects-based" Approach in Article 82 EC, in: Ezrachi (Hrsg.), Article 82 EC - Reflections on its recent evolution, 2009, 19–49.

ders., The price/non price exclusionary abuses dichotomy: A critical appraisal, Concurrences 2009, 34–39.

Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl M./Riesenkampff, Alexander (Hrsg.), Kartellrecht, 2. Auflage, München 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff [Hrsg.], N zu Art.).

Lommler, Hans, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampreisunterbietung, WuW 2011, 244–254.

Lovdahl Gormsen, Liza, Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?, 2 Comp L. Rev. 5–25 (2006).

dies., Why the European Commission's enforcement priorities on article 82 EC should be withdrawn, ECLR 2010, 45–51.

Lowe, Philip, Competition and Innovation Policy, GCP 7.2008.

ders., The European Commission Formulates its Enforcement Priorities as Regards Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, GCP 2.2009.

Lübking, Johannes/Koppenfels, Ulrich von, Effektive Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts und Verfahrensgarantien - Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, in: Immenga/Körber (Hrsg.), Die Kommission zwischen Gestaltungsmacht und Rechtsbindung, Baden-Baden 2012, 59–87.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Ludwigs, Markus, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, Berlin 2013.

Lugard, Paul/Cardwell, David, Innovation is King. Or is it?, CPI Antitrust Chron. 2/2012.

Lundqvist, Björn/Skovgaard Ølykke, Grith, Post Danmark, now concluded by the Danish Supreme Court: Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test under article 102 TFEU?, ECLR 2013, 484–489.

Lüscher, Christoph, Was heisst Kartellrecht anwenden?, Zürich/St. Gallen 2013.

Machlup, Fritz, Theories of the Firm: Marginalist, Behaviorial, Managerial, 57 Am. Econ. Rev. 1–33 (1967).

Mandorff, Martin/Sahl, Johan, The Role of the „Equally Efficient Competitor" in the Assessment of Abuse of Dominance, Konkurrensverket WP 2013:1.

Mano, Miguel de la/Nazzini, Renato/Zenger, Hans, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), The EU Law of Competition, 3. Auflage, New York 2014, 329–538.

Marsden, Philip/Bishop, Simon, Editorial - Article 82 review: „What is your theory of harm?", ECJ 2006, 257–262.

Martenet, Vincent/Bovet, Christian/Tercier, Pierre (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], N zu Art.).

Marty, Frédéric, As-efficient-competitor test in exclusionary prices strategies: Does post-Danmark really pave the way towards a more economic approach?, GREDEG WP No. 2013-26.

Massing, Dominik, Discussion, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), Structure and Effects in EU Competiton Law, Studies on Exclusionary Conduct and State Aid, Alphen aan den Rijn 2011, 53–54.

McChesney, Fred S., Easterbrook on Errors, 6 JCLE 11–31 (2010).

McGee, John S., Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N. J.) Case, 1 J. Law Econ. 137–169 (1958).

Meessen, *Karl,* Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, Baden-Baden 1975.

Melamed, Douglas A., Exclusive dealing agreements and other exclusionary conduct - are there unifying principles?, 73 Antitrust L.J. 375–412 (2006).

Melícias, Maria João, The Use and Abuse of Intent Evidence in Antitrust Analysis, 33 World Comp. 569–594 (2010).

Mestmäcker, Ernst-Joachim, Die Interdependenz von Recht und Ökonomie in der Wettbewerbspolitik, in: Monopolkommission (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der Wettbewerbspolitik, Baden-Baden 2005, 19–33.

ders., The development of German and European competition law with special reference to the EU Commission's Article 82 Guidance of 2008, in: Pace (Hrsg.), European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, Cheltenham/Northampton 2011, 25–62.

Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Meyer (Hrsg.), N zu Art.).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Möller, Silke, Verbraucherbegriff und Verbraucherwohlfahrt im europäischen und amerikanischen Kartellrecht, Baden-Baden 2008.

Monopolkommission, Sondergutachten 32, Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Baden-Baden 2002.

Monti, Giorgio, Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?, JECL&P 2010, 2–11.

Morell, Alexander, (Behavioral) Law and Economics im europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2011.

Möschel, Wernhard, Regulierung und Deregulierung - Versuch einer theoretischen Grundlegung, in: Fuchs/Schwintowski/Zimmer (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung, München 2004, 277–289.

ders., Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: Engel/Möschel (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, Baden-Baden 2006, 355–370.

ders., Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der "More Economic Approach", in: Ramser/Stadler (Hrsg.), Marktmacht, Tübingen 2010, 165–178.

Motta, Massimo, The European Commission's Guidance Communication on Article 82, ECLR 2009, 593–599.

ders., Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2004.

Mundt, Andreas, Focus, implementation, inclusiveness - The impact of the ICN, *Mundt*, Interview, Concurrences 2013, 7–12.

Nagy, Csongor István, EU competition law's fair trial revolution: much ado about nothing?, ECLR 2016, 232–238.

Nash, John F., Non-Cooperative Games, 1950.

Nazzini, Renato, The Foundations of European Union Competition Law, The Objective and Principles of Article 102, Oxford 2011.

ders., The evolution of the "full jurisdiction" of the Union Courts in Article 101 and 102 matters, in: Marquis/Cisotta (Hrsg.), Litigation and Arbitration in EU Competition Law, Cheltenham/Northampton 2015.

Neale, Alan D./Goyder, D. George, The Antitrust Laws of the United States of America, A Study of Competition Enforced by Law, 3. Auflage, Cambridge 1980.

Neumann, John von/Morgenstern, Oskar, Theory of Games and Economic Behavior, Princeton 1944.

Neven, Damien/Zenger, Hans, Some remarks on pricing abuses and exclusionary conduct, C & R 2011, 25–36.

Nickell, Stephen J., Competition and Corporate Performance, 104 J. Polit. Econ. 724–746 (1996).

Niels, Gunnar, Post Danmark II: the pendulum between form and effects, 15 Comp Law 41–46 (2016)

ders./Jenkins, Helen/Kavanagh, James, Economics for Competition Lawyers, New York 2011.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nihoul, Paul, The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?, JECL&P 2014, 521–530.

O'Donoghue, Robert, Verbalising a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford/Portland, Oregon 2007, 327–358.

ders./Padilla, Jorge, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. Auflage, Oxford/Portland 2013.

OECD, Frascati Manual, Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development, 6. Auflage, Paris 2002.

dies., Oslo Manual, Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3. Auflage, Paris 2005.

OECD, *Directorate for financial and enterprise affairs, Competition Committee,* Policy Roundtables - Predatory Foreclosure, 2004, DAF/COMP(2005)14, 2005.

dies., Competition Committee, Policy Roundtables - Competition on the Merits, 2005, DAF/COMP(2005)27, 2006.

O'Grady, Colm, The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU, 37 World Comp. 459–486 (2014).

Olbrich, Rainer/Battenfeld, Dirk, Preispolitik, 2. Auflage, Berlin/Heidelberg 2014.

Ondrejka, Peter, Deutsches und europäisches Kartellrecht unter Berücksichtigung des „more economic approach", Hamburg 2011.

Ordover, Janusz A./Willig, Robert D., An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation, 91 Yale L.J. 8–53 (1981).

Osterud, Erik, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, Alphen aan den Rijn 2010.

Pace, Lorenzo Federico, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: ders. (Hrsg.), European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, Cheltenham/Northampton 2011, 103–123.

Pache, Eckhard, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Tübingen 2001.

Pampel, Gunnar, Rechtsnatur und Rechtswirkungen von Mitteilungen der Kommission im europäischen Wettbewerbsrecht, EuZW 2005, 11–13.

Pareto, Vilfredo, Manuel d'économie politique, Genf 1909.

Pate, R. Hewitt, The common law approach and improving standards for analyzing single firm conduct, Speech before the 30th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Corporate Law Institute, 23.10.2003.

Paul, Thomas, Behinderungsmissbrauch nach Art. 82 EG und der „more economic approach", Köln/München 2008.

Paulis, Emil, The Burden of Proof in Article 82 cases, Speech at the Fordham Conference, 6.9.2006.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Peeperkorn, Luc, in: Article 82 Exclusionary Conduct Discussion Paper: An Interview with Michael Albers and Luc Peeperkorn, Directorate General - Competition of the European Commission, 2006.

ders., Conditional pricing: Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates, Concurrences 2015, 43–63.

ders./Verouden, Vincent, The economics of competition, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), The EU Law of Competition, 3. Auflage, New York 2014, 3–90.

ders./Viertiö, Katja, Implementing an effects-based approach to Article 82, CPN 2009, 17–20.

Perrot, Anne, Appropriation of the legal system by economic concepts: should conflicting goals be considered?, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), Economic theory and competition law, Cheltenham/Northampton 2009, 126–133.

Petit, Nicolas, From Formalism to Effects? The Commission's Communication on Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC, 32 World Comp. 485–503 (2009).

ders., Intel, leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU, ECJ 2015, 26–68.

Petzold, Daniel, Die Kosten-Preis-Schere im EU-Kartellrecht, Baden-Baden 2012.

ders., It Is All Predatory Pricing: Margin Squeeze Abuse and the Concept of Opportunity Costs in EU Competition Law, JECL&P 2015, 346–350.

Pigou, Arthur C., The economics of welfare, London 1920.

Pohlmann, Petra, Verfahrensrecht für ein ökonomisiertes Kartellrecht: Der Beurteilungsspielraum der Kommission, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 471–488.

Popofsky, Mark S., Defining Exclusionary conduct: Section 2, the rule of reason, and the unifying principle underlying antitrust rules, 73 Antitrust L.J. 435–482 (2006).

Posner, Richard A., Exclusionary Practices and the Antitrust Laws, 41 U. Chi. L. Rev. 506–535 (1973-1974).

ders., Antitrust Law, 2. Auflage, Chicago 2001.

ders., Antitrust Law, Chicago 1976 (ohne ausdrücklichen Hinweis wird jeweils auf die 2. Auflage verwiesen).

ders., The Chicago School of Antitrust Analysis, 127 U. Pa. L. Rev. 925–948 (1979).

Pries, Thorsten, Kampfpreismissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, Tübingen 2009.

Rab, Suzanne/Stempler, Ilyse/Brei, Gerald, EU and Swiss Competition Law: Navigating the Boundaries, SZW 2012, 136–144.

Reeves, Amanda P./Stucke, Maurice E., Behavioral Antitrust, 86 Ind. L.J. 1527–1586 (2011)

Renda, Andrea, Searching for harm or harming search? A look at the European Commission's antitrust investigation against Google, CEPS SP No. 118, 2015.

Rey, Patrick/Tirole, Jean, Chapter 33: A primer on foreclosure, in: Armstrong/Porter (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Band 3, Amsterdam 2007, 2147–2220.

Ridyard, Derek, The European Commission's Article 82 Guidelines: Some Reflections on the Economic Issues, ECLR 2009, 230–236.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Riechmann, Thomas, Spieltheorie, 4. Auflage, München 2014.

Riesenkampff, Alexander, Vom Wettbewerbsschutz zum Verbraucherschutz?, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Baden-Baden 2011, 489–502.

Rizvi, Salim, Résumé der Diskussion, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, 159–165.

Roberto, Vito/Trüeb, Hans Rudolf (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 772-1186 OR, BEG, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Roberto/Trüeb [Hrsg.], N zu Art.).

Rose, Vivien/Bailey, David (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, 7. Auflage, Oxford 2013.

Roth, David, "Ausschliesslichkeitsrabatte", Kategorie, Rechtsfolge und Intel, AJP 2017, 1341–1349.

Rousseva, Ekaterina, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, Oxford/Portland 2010.

dies., Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), Ten years of effects-based approach in EU competition law, Brüssel 2013, 239–292.

dies./Marquis, Mel, Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Art. 102 TFEU, JECL&P 2013, 32–50.

Ruffert, Matthias, § 3 Völkerrechtliche Impulse und Rahmen des Europäischen Verfassungsrechts, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 95–142.

ders., § 7 Begriff, in: Fehling/Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 332–362.

ders., § 19 Berufsfreiheit und unternehmerische Freiheit, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin/Boston 2014.

Rummel, Per, Der Betrachtungszeitraum im equally efficient competitor-Test - Eine Analyse aus Anlass des Bahnstrombeschlusses der Kommission, NZKart 2014, 354–357.

ders., Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, Baden-Baden 2015.

Salop, Steven C., The Raising Rivals' Cost Foreclosure Paradigm, Conditional Pricing Practices and the Flawed Incremental Price-Cost Test, Geo. L.F.P. No. 1620 (2016).

ders., Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard, 73 Antitrust L.J. 311–374 (2006).

ders./Scheffman, David T., Raising Rivals' Costs, 73 Am. Econ. Rev. 267– 271 (1983).

Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Auflage, Berlin/Heidelberg 2012.

Scharfstein, David, Product-Market Competition and Managerial Slack, 19 RJE 147–155 (1988).

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Scheffman, David T., Comments on "An economic definition of predatory product innovation", in: Salop (Hrsg.), Strategy, Predation, and Antitrust Analysis, Federal Trade Commission, 1981, 397–414.

Scherer, Frederic M., Predatory Pricing and the Sherman Act: A comment, 89 Harv. L. Rev. 869–890 (1976).

Schindler, Benjamin, Verwaltungsermessen, Zürich/St. Gallen 2010.

Schmalensee, Richard, Another Look at Market Power, 95 Harv. L. Rev. 1789–1816 (1982).

ders., On the use of economic models in antitrust: The Realemon case, 127 U. Pa. L. Rev. 994–1050 (1979).

Schmidt, André, Per se rule, Rule of reason und der „more economic approach", Vwl. DP Univ. Kassel Nr. 92, 2007.

ders., Ordnungsökonomische Wettbewerbskonzepte: Die Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Effizienz, ORDO 2008, 209–236.

Schmidt, Ingo/Haucap, Justus, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Auflage, München 2013.

Schröter, Helmuth/Jakob, Thinam/Klotz, Robert/Mederer, Wolfgang (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N zu Art.).

Schuhmacher, Florian, Effizienz und Wettbewerb, Ein Modell zur Einbeziehung ökonomischer Ansätze in das Kartellrecht, Baden-Baden/Bern/Wien 2011.

Schumpeter, Joseph A., Capitalism, Socialism & Democracy, New York 1942.

Schwalbe, Ulrich, Buchbesprechung Adrian Künzler, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, ZWeR 2010, 454–464.

ders./Zimmer, Daniel, Kartellrecht und Ökonomie, Moderne ökonomische Ansätze in der europäischen und deutschen Zusammenschlusskontrolle, 2. Auflage, Frankfurt a.M. 2011.

Schwarze, Jürgen/Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, Stuttgart 2008.

Seiler, Hansjörg, Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft" der Schweiz und Liechtensteins?), XVI Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19.9.2008, Leibzig 2008.

Sher, Brian, Keep Calm - Yes; Carry on - No! A Response to Whish on Intel, JECL&P 2015, 219–220.

Siegel, Thorsten, Auslegungsmitteilungen der Europäischen Kommission als tertiäres Unionsrecht, NVwZ 2008, 620–623.

Sievers, Jacqueline, Legitimate business reasons beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Zürich 2014.

Spaak Committee, The Brussels Report on the General Common Market, Brussels 1956 ("Spaak Report").

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Steuer, Richard M., Foreclosure, in: ABA Section of Antitrust, Issues in Competition Law and Policy, Band II, Chicago 2008, 925–938.

Stickelbrock, Barbara, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, Köln 2002.

Stigler, George J., The Dominant Firm and the Inverted Umbrella, 8 J. Law Econ. 167–172 (1965).

Stoffel, Walter A., Das Wettbewerbsrecht der EU und der Schweiz, in: Europa Forum Luzern (Hrsg.), Die Konsumentenpreise auf dem Prüfstand, Luzern 2008, 52–62.

Strader, Jay Matthew, Neoclassical Price Theory, Effects, or Judicial Narrowing in US Predation Law, 39 World Comp. 653–694 (2016).

Streinz, Rudolf (Hrsg.), Kommentar EUV/AEUV, 2. Auflage, München 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Streinz [Hrsg.], N zu Art.).

Sturny, Monique, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 107–128.

dies., Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, Bern 2014.

Subiotto, Romano/Little, David R./Lepetska, Romi, The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts, JECL&P 2016, 288–296.

Temple Lang, John, Article 82 EC - The Problems and the Solution, Fondazione Eni Enrico Mattei WP 2009.

ders., Comparing Microsoft and Google: The Concept of Exclusionary Abuse, 39 World Comp. 5–28 (2016).

ders./O'Donoghue, Robert, GCLC RP on Article 82 EC, Bruges 2005.

ders./Renda, Andrea, Final Report of a CEPS Task Force, Brüssel 2009.

Thomas, Stefan, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423–443.

ders., Der Schutz des Wettbewerbs in Europa - welcher Zweck heiligt die Mittel?, JZ 2011, 485–495.

Tirole, Jean, The Theory of Industrial Organization, Cambridge/London 1988.

Tor, Avishalom, 21. The Market, The Firm, and Behavioral Antitrust, in: Zamir/Teichman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, New York 2014, 539–567.

ders., Understanding Behavioral Antitrust, 92 Tex. L. Rev. 573–667 (2013).

Tremblay, Victor J./Tremblay, Carol H., New Perspectives on Industrial Organization, New York u. a. 2012.

Tschannen, Pierre/Zimmerli, Ulrich/Müller, Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014.

Tschentscher, Axel, Dialektische Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 2007, 807–816.

Tschudin, Michael, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Basel 2011.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreiftatbestand, Jusletter v. 25.3.2013.

ders., Glauben, Wissen, Zweifeln - über das Beweismass im Kartellrecht, AJP 2014, 1333–1345.

UCWG, Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, 2007.

dies., Unilateral Conduct Workbook Chapter 4: Predatory Pricing Analysis, 2012.

Vahrenholt, Oliver, Das Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens" in EVD/Swisscom (Schweiz) AG, SZW 2011, 497–507.

Vallender, Klaus A./Hettich, Peter/Lehne, Jens, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Auflage, Bern 2007.

Vanberg, Viktor J., Consumer welfare, total welfare and economic freedom - on the normative foundations of competition policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, Cheltenham/Northampton 2011, 44–71.

Van den Bergh, Roger, Behavioral Antitrust: Not Ready for the Main Stage, 9 JCLE 203–229 (2013).

Varian, Hal R., Grundzüge der Mikroökonomik, 8. Auflage, München 2011.

Venit, James S., Case T-286/09 Intel v Commission - the Judgment of the General Court: All Steps Backward and no Steps Forward, ECJ 2014, 203–231.

Vickers, John, Abuse of market power, 115 Econ. J. 244–261 (2005).

Vilsmeier, Ingrid, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, Tübingen 2013.

Vlcek, Michael, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich 2013.

Volpin, Cristina, The ball is in your court: Evidential burden of proof and the proof-proximity principle in EU competition law, 51 CMLR 1159–1186 (2014).

Wagner-von Papp, Florian, § 11. Internationales Wettbewerbsrecht, in: Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009.

Waldmann, Bernhard/Weissenberger, Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG, 2. Auflage, Zürich 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], N zu Art.).

Walras, Léon, Théorie de la richesse sociale, Lausanne 1874.

Weber, Rolf H., Methodenlehre und Kartellrecht, in: ders./Heinemann/Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext, Bern 2009, 1–42.

Weiss, Carsten, Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht, Baden-Baden 2012.

Weiss, Wolfgang, Europäisches Kartellverfahrensrecht, in: Terhechte (Hrsg.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, Bielefeld 2008, 1727–1811.

Werden, Gregory J., The „No Economic Sense" Test for Exclusionary Conduct, 31 J. Corp. L. 293–305 (2006).

ders., Consumer Welfare and Competition Policy, in: Drexl/Kerber/Podszun (Hrsg.), Competition Policy and the Economic Approach, Cheltenham/Northampton 2011, 11–43.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Whish, Richard, National competition law goals and the Commission's Guidance on Article 82 EC: the UK experience, in: Pace (Hrsg.), European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102, Cheltenham/Northampton 2011, 152–180.

ders., Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!, JECL&P 2015, 1–2.

ders., Motorola and Samsung: An Effective Use of Article 7 and 9 of Regulation 1/2003, JECL&P 2014, 603–604.

ders./Bailey, David, Competition Law, 8. Auflage, Oxford 2015.

Wiedemann, Gerhard, § 5 Internationales Kartellrecht, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2008.

Wildhaber, Luzius, EMRK, Wettbewerbsrecht und Verwaltungsstrafen, Jusletter v. 4.7.2011.

Williamson, Oliver E., Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, 87 Yale L.J. 284–340 (1977).

ders., Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs, 48 Am. Econ. Rev. 18–36 (1968).

Wils, Wouter P.J., The Increased Level of EU Antitrust Fines, Judicial Review, and the European Convention on Human Rights, in: Baudenbacher (Hrsg.), Current Developments in European and International Competition Law, 17th St. Gallen International Competition Law Forum 2010, Basel 2011, 159–192.

ders., The Compatibility with Fundamental Rights of the EU Antitrust En-forcement System in Which the European Commission Acts Both as Investi-gator and as First-Instance Decision Maker, 37 World Comp. 5–25 (2014).

ders., The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance, 37 World Comp. 405–434 (2014).

Wiltinger, Kai, Preismanagement in der unternehmerischen Praxis, Wiesbaden 1998.

Wolters, Jan, Die rechtsstaatlichen Grenzen des „more economic approach" im Lichte der europäischen Rechtsprechung, Baden-Baden 2015.

Wright, Joshua D., Simple but Wrong or Complex but More Accurate? The Case for an Exclusive Dealing-Based Approach to Evaluating Loyalty Discounts, Speech at the Bates White 10th Annual Antitrust Conference, 3.6.2013.

ders./Stone, Judd E. II, Misbehavioral Economics: The Case Against Behavioral Antitrust, 33 Cardozo L. Rev. 1517–1553 (2012).

Wunderlich, Nina, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2000.

dies., Das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäss Artikel 15 der Grundrechtecharta, in: Becker/Hatje/Potacs/Wunderlich (Hrsg.), Verfassung und Verwaltung in Europa, Baden-Baden 2014, 304–333.

Wurmnest, Wolfgang, Predatory Pricing: From price/cost-comparisons to post-Chicago-thinking, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), Structure and Effects in EU Competiton Law, Studies on Exclusionary Conduct and State Aid, Alphen aan den Rijn 2011, 97–142.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ders., Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch, Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, 2. Auflage, Tübingen 2012.

ders./Lund, Nils, Die internationale Reichweite der europäischen Wettbewerbsregeln nach dem Intel-Urteil des EuG, NZKart 2015, 73–78.

Zäch, Roger, Competition law should promote economic and social welfare by ensuring the freedom to compete - a lawyer's view, in: Drexl/Idot/Monéger (Hrsg.), Economic theory and competition law, Cheltenham 2009. 121–125.

ders., Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes?, in: ders. (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht - an Wendepunkten?, Zürich/St. Gallen 2009, 1–32.

ders., Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Zweck des Kartellgesetzes, Konsequenzen für die Gesetzgebung und die Rechtsanwendung, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich/St. Gallen 2012, 45–62.

ders./Künzler, Adrian, Individualschutz und Institutionenschutz als Aufgaben des Kartellrechts, in: Zäch/Breining-Kaufmann/Breitschmid/Portmann/Thier/Ernst/Oberhammer (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, 291–303.

Zenger, Hans, Devising loyalty rebates that comply with the as-efficient-competitor test, Concurrences 2013, 16–19.

ders./Walker, Mike, Theories of harm in European competition law: A progress report, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), Ten years of effects-based approach in EU competition law, Brüssel 2013, 185–209.

Zimmer, Daniel, Protection of competition v. maximizing (consumer) welfare, in: Basedow/Wurmnest (Hrsg.), Structure and Effects in EU Competition Law, Studies on Exclusionary Conduct and State Aid, Alphen aan den Rijn 2011, 23–40.

ders., Competition law de lege ferenda, in: Zäch/Heinemann/Kellerhals (Hrsg.), The Development of Competition Law: Global Perspectives, Cheltenham 2010, 319–330.

https://doi.org/10.5771/9783845285559 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY