

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“.

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 wettbewerbschädigenden 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 Preissetzungsstrategien⁶⁷⁶ 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.

mindest beabsichtigt ist.⁶⁷⁹ *Predatory pricing* – in dieser terminologischen Verwendung – kann behinderungsmisbräuchlich 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 Behinderungsmisbrauch“ 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 Behinderungsmisbrauch 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.

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 Industrieökonomik⁶⁸³ 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 Gewinnmaximierungshypothese⁶⁸⁶ sowie unter der Annahme von perfekter Information⁶⁸⁷: 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.

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

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 Outputseinheit 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.

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.

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 (ausnahmsweise) 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“.

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.

„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 Gemeinkosten⁷¹² 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 Referenzmasstab 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 Verdrängungsmisbrauch, 393 ff.

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 Kostenmasstab 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 Verdrängungsmisbrauch*, 394 f.

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.

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*,

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 Finanzierungsbedingungen 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 Verdrängungsmisbrauch, 375 ff.; *Pries*, Kampfpreismisbrauch 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.

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 Behinderungsmissbrauch⁷⁴⁰ erklärt die *Kommission* in ihrer Prioritätenmitteilung⁷⁴¹, 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..

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 AAC⁷⁴⁴ 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 LAIC⁷⁴⁵ 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.

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.

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 Ein-respektive Mehr-Produkte-Unternehmen belegt werden.⁷⁵³ Die Auswirkungen von Verbundvorteilen⁷⁵⁴ auf besagtes Verhältnis respektive deren Einfluss auf die Gemeinkosten sind im Grundsatz zutreffend. Es ist auch angemessen, unechte Gemeinkosten („etwaise 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 hypothetische⁷⁵⁶ 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*, Kampfpriemissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht, 91: „[B]eide Unternehmen [...] [haben] eine gleiche

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 Unternehmen⁷⁶⁰ 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.

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/Këllezli*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 217 zu Art. 7 II LCart.

764 *Bosco*, *Concurrences* 2013, 12 ff., 13.

765 *Mandorff/Sahl*, *Konkurrenzverket* 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.

III. Qualitäten und Restriktionen

1. Wohlfahrtstheoretische Implikationen

A. Die Wirkungen einer Preissenkung

a) Theoretischer, isolierter Effekt

Die Auswirkungen einer Preisveränderung auf die allokativen Effizienz⁷⁶⁹ lassen sich im mikroökonomischen Grundmodell⁷⁷⁰ 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 Gewinnmaximierungshypothese⁷⁷³ widersprechen. Es ist versucht worden, – nach meinem Verständnis gewissermaßen „Einzelunternehmen-analytisch“ – die Auswirkungen einer Preissenkung unterhalb der 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.

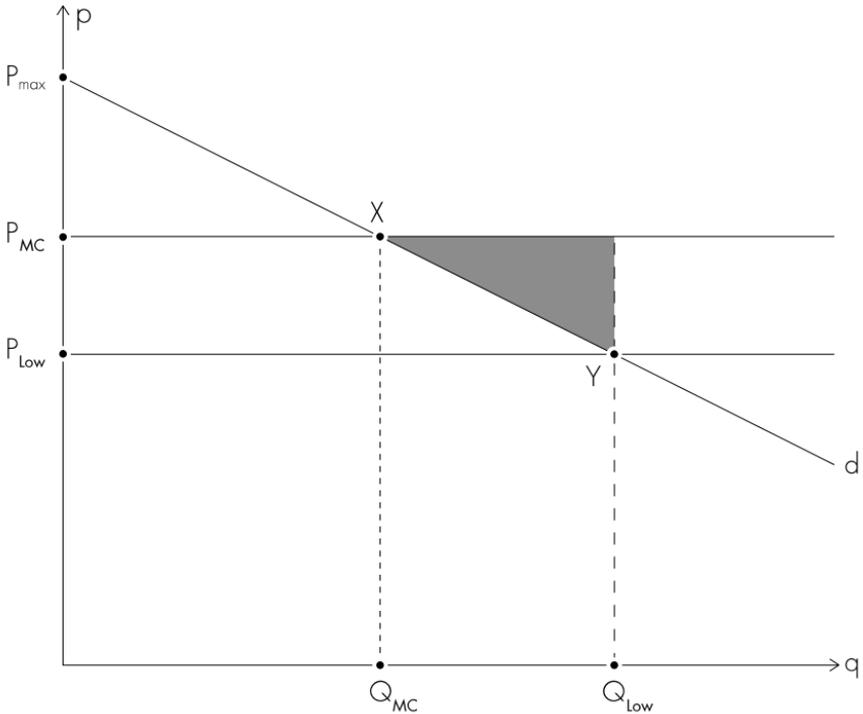
771 Vgl. 51 f.

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.

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/

Besagter „Partial-Wohlfahrtsverlust“ – ungeachtet der Tatsache, dass er keine negativen Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt zeitigt⁷⁷⁷ – sollte nun jedenfalls nicht mit einem eigentlichen Verlust an Gesamtwohlfahrt⁷⁷⁸ 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) Gesamtmarkt Betrachtung

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 Markt⁷⁸¹ 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.

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 Verbundvorteilen⁷⁸⁷ beeinflusst. Die Fähigkeit zur Nutzung von Grössen- und Verbundvorteilen hat auch einen positiven Einfluss auf die gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz⁷⁸⁸. 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.

nomische Effizienz i.e.S. ein statisches Effizienzkriterium dar und berücksichtigt dynamische Effekte⁷⁹¹ 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.

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 Wettbewerbsdruck⁸⁰⁰ – 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 sowie 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).

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 Marktzutrittschranken 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/Këllezli*, 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.

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.

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“ Effizienzrechtfertigung⁸¹³ 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. oben 188.

815 S. die Nachweise auf 137 f. u. 142; kategorisch ablehnend (trotz grundsätzlicher 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“.

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 Person⁸¹⁷ mit derselben ökonomischen Effizienz i.e.S.⁸¹⁸ macht das Abstellen auf einen realen Konkurrenten jedenfalls im Grundsatz⁸¹⁹ 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

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.

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*, Urte. 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*, Urte. 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 Eingreiskriterium „Wettbewerbswidrige Marktverschliessung“ s. 119 ff.

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 vorausgesetzt⁸²⁹ – 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 behinderungsmisbräuchlichen 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: Konsumentenwohlfaht 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.

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 Lerneffekte⁸³⁷

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 *GA in 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 Missbrauchs-kontrolle über marktbeherrschende Unternehmen*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe* (Hrsg.), 241 ff., 256 (Hervorh. im Original).

837 S. 58.

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 Verdrängungsmisbrauch*, 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 disregarded 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.

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“-Doktrin⁸⁴⁴ 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-

(2) Tendenzen

Die – aus unionsrechtlicher Perspektive⁸⁴⁷ – 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 Verpflichtungszusagen⁸⁴⁸ 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 – *Arosa*, 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.

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 Wohlge-merkt 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 *Lübbing/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 aufgetretenen 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.

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 erweiterten⁸⁵⁹ „Gestaltungsspielräume“ der Kommission infolge Ermessensfreiräumen bei der Beurteilung dynamischer Effizienzen⁸⁶⁰ 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 AEUV⁸⁶³ 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 Schutzziele 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/Körper (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“.

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 Kartellrecht⁸⁶⁷ 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/Körper* (Hrsg.), 9 ff., 22 ff.

866 Weiterf. nur *Emmerich*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Band 2: *GW/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.

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 zweite 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.

wie auch von Art. 7 KG⁸⁷⁵ ist indes nicht vereinbar, jegliche Ausnutzung dynamischer Effizienzsteigerungen eines marktbeherrschenden Unternehmens als missbräuchlich zu qualifizieren: Es kann dies nicht als notwendige Bedingung des systemtheoretischen Ansatzes⁸⁷⁶ 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 Marktbeherrschers 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.

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 Marktaustrittskül 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.

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.

bb) Der „reasonably“ effiziente Wettbewerber

(1) Über weite Strecken diffuser Einsatzbereich

Den gegenständlichen Unzulänglichkeiten des AEC wird zu begegnen versucht, indem – insbesondere im Regulierungsrecht⁸⁹² 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“⁸⁹⁷ 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; *Nazini*, *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

Unternehmen im Rahmen der Kosten- und Preisbestimmung tatsächlich entweder zu hohe Kosten oder zu tiefe Preise festgestellt⁸⁹⁸ 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 Dienstleister 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.

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 hilfswisen 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 conjunction 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. *Peepkorn*, *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.

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.

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 Vorausssehbarkeit 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.

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 Rechtssicherheit⁹¹⁵ zumindest in Verfahren nach Art. 7 VO 1/2003⁹¹⁶ 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 Konsumentenwohlfaht 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*.

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 *Kostenarten*⁹²² ist die Generierung der notwendigen *Kostendaten*; 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.

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 Schutzzumfang 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.

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-Schere⁹³¹ 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 Transaktionskosten⁹³⁴ gedeckt werden, die ansonsten nicht anfallen würden. Die Berücksichtigung der AUC führt beim vertikal integrierten Unternehmen zu einer fiktiven 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.

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 ausnahmsweisen 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 Verdrängungsmisbrauch, 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.“

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 Urte. 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*, Urte. 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.

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*, Kampfpfeissmissbrauch 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. [...]“.

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-Scheren⁹⁵³ 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.*

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

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 Kostenpreisbegriffs – 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 strategische⁹⁶⁰ 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 („Preisähler“) 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.

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 übertragende 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.

sichtungsfähige „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.

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 Kostenbegriff⁹⁶⁸ – 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 Folgeerlöse („*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-

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 verbunden⁹⁷² – 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 Unternehmens⁹⁷³ 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-Prognose⁹⁷⁷ 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.

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.

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 beschließt letztlich die Frage, welche Funktion bei der Beurteilung von preisbezogenem Behinderungsmisbrauch 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*, Ur. 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.

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).

fähig qualifiziert werden können, ohne dass vorgängig das ihnen zugrunde liegende Verhalten entweder als zulässig oder behinderungsmisbräuchlich 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.

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 Preises⁹⁹² und den gravierenden Qualifikationsschwierigkeiten von dynamischen Preiselementen⁹⁹³ – 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 Kostenarten⁹⁹⁵ – 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 Folgeinnahmen 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.

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 wirtschaftlicher⁹⁹⁹ 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 Einzelprodukt-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-

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 Rabatsschwelle 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. Rabattstapeln) gesetzt werden¹⁰⁰³ 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-

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“-Preis¹⁰¹¹ 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.

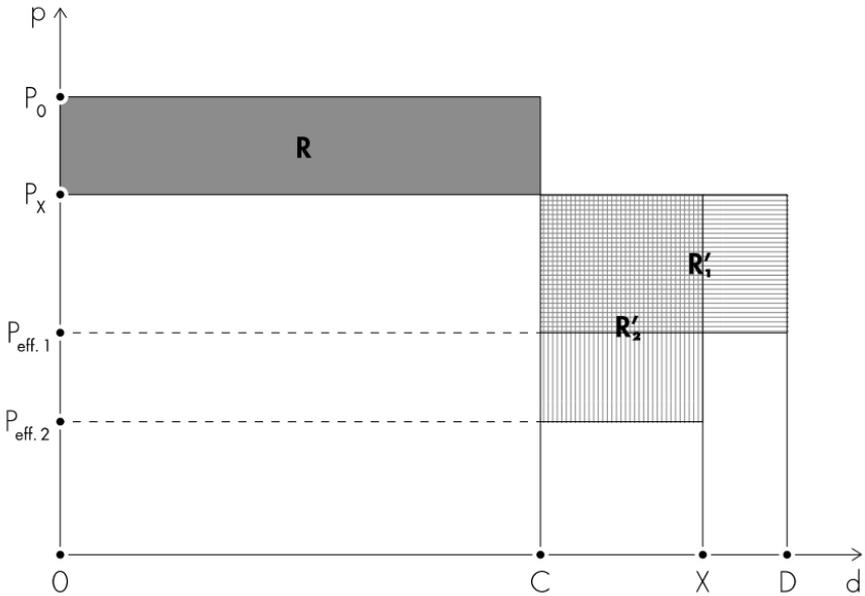
gewinnbringend bedienen respektive müsste einen Unterkosten-,Preis [...] anbieten [...], um den Abnehmer für den Verlust zu entschädigen, der ihm entsteht, wenn er [...] [die] ‚relevante Menge‘ [...] statt bei dem marktbeherrschenden Unternehmen künftig bei diesem Wettbewerber deckt und dadurch den bedingten Rabatt verliert“.¹⁰¹³

Zur Veranschaulichung betrachten wir einen Nachfrager mit der Gesamtnachfrage $[OD]$; die Bestreitbarkeitsgrenze sei C ; der nicht-bestreitbare Teil der Nachfrage betrage mithin $[OC]$, 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 $[OX]$ von P_0 auf den rabattierten P_X ; der auf dem nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage $[OC]$ 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; *Peepkorn*, *Concurrences* 2015, 43 ff., 60.

1014 Siehe die Nachweise auf 243 ff.

Grafik 7: Bestimmung des effektiven Preises



Die Berechnung des „effektiven“ Preises für den jeweiligen Nachfrager¹⁰¹⁵ macht mithin notwendig, den nicht-bestreitbaren Teil 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.

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-

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.

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 Verdrängungsmisbrauch, 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.

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.

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 *Marktbestreitbarkeit* 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 Prioritätä-

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.

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 Verdrängungsmisbrauch, 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.

fererwechsels abgestellt wird.¹⁰⁴⁶ *Morell* bemerkt wohl zu Recht, es seien „tatsächliche Wechselläne 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 Marktsschranken, 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 entscheiderelevant (*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 Verdrängungsmisbrauch, 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“.

gelmässig stärkere Hebelwirkung von Rabatten zur Tatsache, dass die das differenzierte Konkurrenzprodukt präferierenden Konsumenten gerade auch weniger preissensitiv sind? Stellen Produktdifferenzierungen 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 Rabattgestaltungen¹⁰⁵² 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.

cc) Relevante Menge und effektiver Preis

Könnte 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 *Peepkorn*, *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 Verdrängungsmisbrauch*, 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 between: (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 „commercially 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.

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.

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 einem 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 Eruiierung 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-Vergleichen im Allg. auch hier gewahrt und nicht durch wertende Preishöhen-Beeinflussungen „verwässert“ werden.

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 Entscheidungsgründe 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.).

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 Entscheidungsgründen 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 materielle 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,

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.

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

Die Kommission verwendet den Begriff „commercially viable share“ nunmehr weder in der Prioritätenmitteilung¹⁰⁸³ 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 schwerewichtig 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

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 $P_{eff} = C_{var}$.

weswegen

$$rs = \frac{R}{P_x - C_{var}} .$$

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 – wohlgermerkt 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.

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“ Verhältnissen¹⁰⁹⁶ 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.

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*

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 – wohlge- merkt anders als bei Bündel- oder Paketrabatten (weiterf. 383 ff.) – auf dem nicht-bestreitbaren Teil der Nachfrage nicht durch Gewinne aus einer resultie- renden 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 Not- wendigkeit eines kurzfristigen Opfers: *Elhauge*, 56 *Stan. L. Rev.* 253 (2003), 280 ff., welcher aber lediglich Möglichkeiten nicht-preisbezogenen Behinde- rungsverhaltens sowie des Ausbeutungsmisbrauchs 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 Modell- annahme der perfekten Information (s. 41) – der Konkurrent seine Kostenfunk- tion 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 competi- tors (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 Fore- closure*, 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

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 Gewinnmaximierungshypothese¹¹⁰⁶) 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.

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 sophistication, 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 hilfswises Kriterium zwecks „disambiguating [the] ambiguous“¹¹¹³ zu ermitteln.¹¹¹⁴

Das konkrete Preissetzungsverhalten 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.

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*,

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 Produktionsmenge¹¹²⁶ 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-Beurteilungsmasstabs 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 unglaublicher, 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 Verdrängungsmisbrauch, 402 ff.

1129 S. 206 f.

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. oben 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.

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*, Marktmarkt 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-

Rechtsprechung: Selektivität der „above-cost“-Preise, besonders hoher Grad an Marktmacht¹¹⁴⁴ 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 Verdrängungsmisbrauch, 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. so gleich 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-

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

auff. 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; *Graven-gaard/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*,

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/Këllezli*, 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.

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 Eruiierung 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

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 so gleich 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“.

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-Ausschaltung¹¹⁷⁶ 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*, Kampfpreismisbrauch 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.

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 LAIC¹¹⁷⁹ – 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 Anwendungsbe-
reich.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 indispensable 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

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 *Rouseva/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.

ge der AKZO-Rechtsprechung zeitweise vorgesehen war:¹¹⁸⁶ Der *sacrifice*-Test der Kommission bezweckt keinen unmittelbaren Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschlüssung.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 Preisen¹¹⁸⁸ 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 Marktverschlüssung“ 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“.

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) Marktverschlüssungspotenzials 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 Marktausschlussungspotenzials mittels preisbezogenen Behinderungsmisbrauchs 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.

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 Behinderungsmisbrauchs 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 wirtschaftlich¹¹⁹⁹ 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 Behinderungsmisbrauchs *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.

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 Folgeerlöse 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 Marktmacherhaltung 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 Marktzutrittschranken 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., wohlgermerkt 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.

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/Piergiorganni*, 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 Behinderungsmisbrauchs 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.

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 Eruiierung 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 recoument“.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 denjenigen des Marktbeherrschers entsprechenden Weise festzulegen, um damit dem Konsumenten eine gewisse Vergleichbarkeit zu bieten; weiterf. zum *recoument*-Kriterium s. 304 ff.

(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 Lehre¹²¹⁰ 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 lediglich 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.

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 Preistyp „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.

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*, Behinderungsmisbrauch nach Art. 82 EG und der „more economic approach“, 190, m.w.Verw.; *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 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.

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; *Rouseva/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“.

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.

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 übergebar 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*, Urte. 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 Kostenmasstab anzuwenden sei, bleibt die Kommission schuldig“.

1231 S. die Hinw. auf 293.

1232 *EuGH*, Urte. 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.*

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.

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 Unsicherheiten¹²⁴³ sowie der einhergehenden Gefahr von Fehlern erster Ordnung¹²⁴⁴ – wenn man denn einen dergestaltigen Kosten-(effektiver) Preis-Vergleich exerzieren will¹²⁴⁵ – 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 Verdrängungsmisbrauch, 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.

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.).

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.

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.

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.*

föhrliche Darstellung möglicher „Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen“ und soll augenscheinlich in stark generalisierter Form sämtliche *potenziell* wesentlichen Kriterien darlegen, welche die Höhe des Kosten-Vergleichs-massstabs 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-inklusiv 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 Fiktion¹²⁷¹: 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.

damit eine kurzfristige Gewinnmaximierung verbunden wäre.¹²⁷³ Dies gilt selbst, wenn die LAIC mit einem vollständig bestimmten Preis verglichen werden, was im Übrigen durchaus angezeit 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 Kosten¹²⁷⁶ 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 Intentionfunktion 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.

Drohungen an die Mitbewerber stellen verwertbare Belastungsmomente dar.¹²⁸⁰ Dementsprechend hat die *Kommission* in jüngerer Zeit in den Entscheidungsgründen 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 wohl gemerkt 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 *Melcias*, 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*, *Kampfpfeissmissbrauch im ökonomisierten EG-Kartellrecht*, 138, mit Verw.
- 1284 Ähnlich *O'Grady*, *ibid.*, 467 f.

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 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. unbekanntem 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;

Die Eruiierung einer „Verdrängungsabsicht“ kann darüber hinaus auch *indirekt* erfolgen.¹²⁸⁹ Die Lehre bemerkt teilweise, dass indirekte Nachteile 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*, *Kampfpreissmissbrauch 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*.

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 erstellt¹²⁹³ 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“ genügend 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 beweisen genügend 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 Finanzierungsbedingungen 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).

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 Finanzierungsbedingungen; 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 lediglich 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.).

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 LAIC¹³⁰⁸ – schwerlich ersahbar.

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*, Kampfpreismisbrauch 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.

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 Untersuchungsperioden¹³¹⁵ 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.

gründen können. In entsprechender Weise könnte nebenbei bemerkt gleichfalls der indirekte Nachweis einer vermutungsweise definitionsgemässen *predatory pricing*-Intention¹³¹⁶ gelingen.

Für den indirekten Nachweis des Beweisgegenstandes „Verdrängungsabsicht“ ist in substanzieller Hinsicht nun wohlgermerkt 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 Beweismasses 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) Marktverschlüssung 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 Beweismassenkung 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.

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 geklärt¹³²⁴ 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.*

- (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*-Intention¹³²⁶ 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 Kontroverse jedenfalls insoweit, als offenbar ein komplett indirekter Nachweis der „Verdrängungsabsicht“ als rechtsgenügend erachtet wird und darüber hinaus für ebendiesen möglicherweise auf materielle Kriterien abgestellt werden können soll, welche schwergewichtig das marktinhärente Potenzial für eine erfolgreiche Unterkosten-Preissstrategie sowie das Marktverschlusspotenzial 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).

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*; *Melcias*, 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).

Stellung¹³³⁵ 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; *Melicias*, 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.

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 hat¹³⁴⁶ 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.

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 Preissetzungen¹³⁴⁹ 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 Ausnutzung einer beherrschenden Stellung taxiert werden.¹³⁵² Die „besondere Verantwortung“ marktbeherrschender Unternehmen¹³⁵³ konkretisiert sich folglich im Bereich des preisbezogenen Behinderungsmisbrauchsverbots 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 behinderungsmisbräuchliches 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 Verdrängungsmisbrauch*, 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.

(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/Kellezi*, 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*, *Kampfpreissmissbrauch 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 Verdrängungsmisbrauch*, 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.

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/Kellezi*, 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 *Kompensationsaussicht* 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 Alternativklärung für die Preisensungsstrategie“ unterstrichen sehen, welche im Rahmen der Beurteilung einer „Verdrängungsabsicht“ bedeutsam werden soll; zu letzterer weiterf. soeben im Text.

1361 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U. S. 209, 225 f. (1993): „The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the pre-

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 Schutzziele 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/Klevatorick*, 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*, Kampfpreissmissbrauch 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.

den *consumer welfare*-Standard¹³⁶⁶, 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.

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 möglichst 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 Urte. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, insb. Tz. 111 – *France Télécom*, weiterf. sogleich im Text.

1372 *EuGH*, Urte. 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*, Urte. 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*, Urte. 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.

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 Ur. 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*, Ur. 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.

druck [herrscht] und [...] sich deshalb der Preis nicht über das Wettbewerbsniveau anheben [lässt];¹³⁷⁸ nach *Clerc* und *Këllezzi* 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 Behinderungsmisbrauchsverbot 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/Këllezzi*, 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/Këllezzi, 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.

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 Endprodukte- markt durch Gewinne auf dem Vorproduktmarkt ausgleichen kann“.¹³⁸⁶ Es soll nicht verschwiegen werden, dass das *BVGer* hiervon „[i]m Gegensatz zum Tatbestand der Preisunterbietung“ ausgeht.¹³⁸⁷ Wohlgermerkt 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* (Her- vorh. d. Verf.); freilich ist offen zu legen, dass es sich vorliegend um einen Ent- scheid betreffend vorsorgliche Massnahmen handelte, weswegen in zit. Stelle möglicherweise eher dem Beweismasserfordernis an ein „zusätzlich[es]“, kon- stitutives 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. Gal- len*); eine eigentliche Rechtsprechungspraxis vermögen lediglich die vom *Sekre- tariat* der *WEKO* verfassten Schlussberichte zu Vorabklärungen indes kaum be- gründen.

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*.

TFEU, even in predatory pricing cases, it is difficult to see how it could have been in respect of margin squeeze¹³⁸⁹. 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 andauert 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.

variabel respektive vermeidbar zu qualifizieren sind.¹³⁹³ Auch die ATC sowie LAIC bleiben lediglich unabhängig vom betrachteten Zeitraum, wenn die einschränkende 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*, Kampfpreissmissbrauch 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“.

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-)Untersuchungszeitraums, 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*, Kampfpreissmissbrauch 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

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.

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.

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 erlangten¹⁴¹⁰ – Erlös mittels des abgezinnten 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 in dessen freilich ein weniger differenziertes Bild hinsichtlich der Auswirkungen von Ertragschwankungen 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*, Urte. 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*, Urte. 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.

weil hier entgegen der periodenweisen Untersuchung lediglich *ein* Resultat generiert wird.¹⁴¹⁴

Ein blosser Vergleich von Kosten und Umsatz entsprechend der erst erwähnten 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 „hemdsärmelige“ 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 $t = 0, \dots, n$ ergebenden Ertragsströme; diese müssen zweckmässigerweise entsprechend auf den Zeitpunkt $t = n$ diskontiert werden. Ein positiver Wert indiziert ein lohnenswertes Investment. Der NPV berechnet sich mit-hin 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.

$$NPV = \sum_{t=0}^n \frac{Cash\ flow_t}{(1 + coc)^t} + \frac{TV_n}{(1 + coc)^n},$$

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.

der Ertragswertmethode könnte nur festgestellt werden, ob [das inkrimierte 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 Endwertberechnung¹⁴²³ *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.

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 Behinderungsmisbräuchlichkeit 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 Ansatz¹⁴³² 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.

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 Erueirung 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 (selbstaufgelegten) 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.

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*-Betrachtungsperspektive¹⁴⁴⁰ 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*.

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.

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.

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*, Ur. 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

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

[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“.

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 Feststellungsautonomie¹⁴⁶⁴ 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 inwohnender 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. *Stichelbrock*, 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.

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 Wettbewerbsstrafen 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.

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 zugestehen 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.

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*.

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 Preiselemente¹⁴⁸⁰ 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 Beweismassenkung 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.

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 definieren¹⁴⁸³ 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.

b) Definition

Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sei ein zunächst funktionsoffener¹⁴⁸⁵ AEC-Test formuliert: Bei einem AEC-Test wird der von einem Unternehmen gesetzte Preis¹⁴⁸⁶ mit den Kosten¹⁴⁸⁷ eines AEC¹⁴⁸⁸ verglichen; es wird hierbei geprüft, in welchem Mass der Preis des ersten 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 behinderungsmisbräuchlichen 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.

se mit den Kosten eines REC¹⁴⁹³ 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 Kostenart¹⁴⁹⁵, 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 Verdrängungsmisbrauch, 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

jedenfalls kein Merkmal dar, welches dem AEC-Test nach hier verwendeter Terminologie inhärent sein sollte.

Wohlgermerkt 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.

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 Verdrängungsabsicht¹⁵⁰⁸ 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 Rechtssicherheit¹⁵¹¹ 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 Eruiierung 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.

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.

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 Gral¹⁵²⁰ des (Behinderungs-)Missbrauchsverbots – einem standardisierten Beurteilungsrahmen, welcher den Erkenntnissen der modernen Industrieökonomik zu genügen vermag und zugleich praktikabel ist¹⁵²¹ – 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 regelmässige 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 too 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 Verdrängungsmisbrauch*, 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

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 sucht¹⁵²⁸ 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 recoument“ (*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 definitiven Konsenses s. schliesslich bereits 334.

1527 Weiterf. schon 106 f.; zum Ganzen: *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 234 ff.

1528 *Ordovery/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 *recoument*-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*,

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) Praktikabilisierung¹⁵³⁸ – sofern dieselbe Beurteilungsqualität gewährleistet werden soll – generell einschränkende Wirkungen hinsichtlich dessen 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-Fehlern¹⁵³⁹ 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.

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 principles 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

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 Ansatz¹⁵⁴⁷ aufzuzeigen; vielmehr muss sie den Nachweis der 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 Sinnemäss 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.

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 wettbewerbschädigende Wirkung des Verhaltens voraussetzt.¹⁵⁵²

Bei einer *potenziellen* wettbewerbschädigenden 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*, Konkurrenzverket 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.

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 wettbewerbschädigend 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 wettbewerbschädigende Wirkung abstellt, während die Kommission eine wettbewerbswidrige 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.

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 Behinderungsmisbrauch 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*-Schwelle¹⁵⁶⁴ – 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 wettbewerbschädigenden 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.

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)“.

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/Piergiorganni*, *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.

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 Marktzutrittschranken 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 Missbrauchs-kriterium „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 vertreterner 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.

ziert desgleichen keine Marktaustrittsschranken, 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 Untersuchungszeitraum¹⁵⁸¹ 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 behinderungsmisbräuchlich 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.

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.

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 Anerkennung¹⁵⁸⁹ 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 können¹⁵⁹¹ 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.

tionen) ausgesprochen.¹⁵⁹³ Den tiefer zu liegen kommenden AAC sollte *m.E.* für den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden relevanten Marktverschliessung¹⁵⁹⁴ einerseits eine „Schutzpuffer-Funktion“ zukommen: So ist beispielsweise die Berechnung des effektiven Preises bei bedingten Rabatten mit gravierenden Unsicherheiten behaftet¹⁵⁹⁵ 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 vertreterner 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.

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 Grösse¹⁶⁰³, 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-

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 denkbare 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.

(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 seiner Eignung ist auch die Kostenart unerheblich, welche im Zuge dessen als Vergleichsmaßstab 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“.

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*-Intention¹⁶¹⁹, 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.

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.

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.

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.

zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift. Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden¹⁶³⁸. 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.

zierten Ausnahmen¹⁶⁴⁴ – 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 allweil 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 ernsthafte 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.

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-

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 bloss 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/Këllezzi*, 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; *Rousseval/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.

[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 wettbewerbschädigende 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 Wahrscheinlichkeitsgrad¹⁶⁶² wird insofern entsprochen, als mit potenziellen wettbewerbschädigenden 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 wettbewerbschädigend.

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 15.3.2013, 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.

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 Nachfragebestreitbarkeit¹⁶⁶⁵ 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.

„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 Verdrängungsmisbrauch, 519, welcher Mengenrabatte als „klassisches Beispiel“ unbedingter 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.

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 bloss[e], 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.

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 wettbewerbs-schädigende Wirkung¹⁶⁸³ 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 Verdrängungsmisbrauch, 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 behindern- den 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.

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 Grösenvorteilen 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

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, weiterer. 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. oben 369 f.

(4) Treue- oder Ausschliesslichkeitsrabatte

Der *EuGH* in *Post Danmark II* sowie das *EuG* in *Intel* haben als Treue- respektive 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*.

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*, Urte. 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.

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.

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 Preisbestimmungs-„Unsicherheitspielraum“ 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.

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 Auslegung¹⁷²⁴ erscheint die „Rechtsprechungsfolge“ der *prima facie* Behinderungsmissbräuchlichkeit von Preisnächlässen, 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 *Peepkorn*, Concurrences 2015, 43 ff., 60 ff.; a.M. *Subiotto/Little*

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“.

bezeichnen.¹⁷³⁰ Der explizite Verweis auf die räumliche *Unerheblichkeit* 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‘ wettbewerbschädlich] die Rechtssicherheit über die Einzelfallgerechtigkeit“; vgl. immerhin die Ausführungen des *EuG* mit Eventualbegründungs-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.

tegorie.¹⁷³⁶ Nach hier vertretener Auffassung kann sich dabei auch ein AEC-Test als sachgerecht¹⁷³⁷ 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.

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*.

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.

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.

Markt¹⁷⁵⁴ – verfolgten aller Wahrscheinlichkeit nach wettbewerbswidrigen Marktverschliessungen¹⁷⁵⁵ 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.

Es ist indes sogleich anzumerken, dass die Schwelle für eine potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung von Bündel- oder Paketrabatten zumindest nach der bisherigen unionsgerichtlichen Rechtsprechung 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 Ausschliesslichkeitsrabatten¹⁷⁶⁵ – 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.

ne hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs darstellen.¹⁷⁶⁶ Auch im Rahmen des Nachweises einer potenziellen wettbewerbssschädigenden 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*, Ur. v. 10.4.2008; Rs. T-271/03, Tz. 166 – *Deutsche Telekom*; s.a. *EuG*, Ur. v. 29.3.2012, Rs. T-336/07, Tz. 187 – *Telefónica*.

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-

(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*, Ur. 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*, Ur. 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]nige 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.*, Ur. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 96 u. Tz. 150 – *Telefónica*, mit Verw. auf *ders.*, Ur. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 56 – *TeliaSonera*; *BVGer*, Ur. 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 Communications, Inc.*, 129 S. Ct. 1109 (2009) (*Fuchs/Möschel*, *ibid.*, Tz. 363).

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.

tungsprodukt für die Herstellung des Endprodukts unentbehrlich ist.¹⁷⁸² Sofern dies zutrifft, ist eine – mittels eines adaptierten AEC-Tests festgestellte¹⁷⁸³ – 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 kann¹⁷⁸⁷ – 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.*, Ur. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, Tz. 118 – *Telefónica*.

1786 *Ibid.*, Tz. 73 – *TeliaSonera*.

1787 Vgl. *Mandorff/Sahl*, Konkurrensvetket 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 Ur. 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.).

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.

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 verfügbaren 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.

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 *Peepkorn*, in: Interview with Michael Albers and Luc Peepkorn, 6.

1804 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 321 zu Art. 102 AEUV.

1805 Weiterf. schon 360 ff.