

Erster Teil: Grundlagen

I. Einleitung

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

Zunächst werden aus ökonomischer Sicht die verschiedenen Erklärungsansätze für das Unternehmen und die im Rahmen des Produktionsprozesses anfallenden Kostenarten aufgezeigt. Darauf werden die zentralen, auf Märkten anzutreffenden Strukturen dargestellt, und wie ein Unternehmen unter diesen Bedingungen in der Theorie den Preis für ein angebotenes Gut setzt. Endlich folgt die Darstellung der relevanten ökonomischen Kostenbegriffe. In diesem Rahmen wird auch aufgezeigt, welchen Einfluss die jeweiligen Marktstrukturen auf die nachfolgend bedeutsamen Effizienzkonzepte haben können. Die Darstellung folgt dabei insgesamt keiner „klassischen“ lehrbuchartigen Struktur¹, sondern ist bestrebt, die für den weiteren Gang der Untersuchung relevanten Begriffe konzise zu erörtern. Sie verzichtet auf rigorose Herleitungen. Sie ist bemüht, unter Verwendung konsistenter Terminologie den diesbezüglich allgemein anerkannten Kernbestand der Industrieökonomik für den weiteren Gang der Untersuchung aufzubereiten.

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

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

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

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

II. Industrieökonomische Grundlagen

1. Begriffsklärung

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

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

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

4 S. 162 ff.

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

2. Das Unternehmen und seine Kosten

A. Theorie der Firma

a) Deskriptive Erklärungsansätze

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

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

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

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

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

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

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

b) Technische Sicht des Unternehmens

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

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

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

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

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

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

14 Weiterf. 32 ff.

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

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

Die Betrachtungsweise ist zuerst einmal eine rein statische: Es wird untersucht, wie das Unternehmen zu einem bestimmten Zeitpunkt mit gegebenen Kostenstrukturen seinen Gewinn maximieren kann.¹⁶ Kaum berücksichtigt wird Reorganisationspotenzial¹⁷; die Möglichkeiten von Investitionen¹⁸ und Innovationen bleiben unberücksichtigt.¹⁹

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

c) Weitere Ansätze

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

- 15 *Tremblay/Tremblay*, *New Perspectives on Industrial Organization*, 44: Die „black box“ operiert also definitionsgemäss effizient; weiterf. zur unternehmensinternen produktiven Effizienz s. 53 f.
- 16 *Tirole*, *The Theory of Industrial Organization*, 49; *Tremblay/Tremblay*, *New Perspectives on Industrial Organization*, 44.
- 17 *Tirole*, *The Theory of Industrial Organization*, 49 f.
- 18 *Tremblay/Tremblay*, *New Perspectives on Industrial Organization*, 44, welche anhand der „Gratis“-Abgabe von Zigaretten aufzeigen, dass ein Tabakproduzent bei statischer Betrachtung keineswegs gewinnmaximierend handeln würde, bei dynamischer Betrachtung u.U. jedoch sehr wohl; Zigaretten machen abhängig und das Unternehmen „produziert“ damit zukünftige Abnehmer.
- 19 Weiterf. zu einer dynamischen Betrachtungsweise des Wettbewerbs s. 57 f.
- 20 S. sogleich 29 ff.; *Tremblay/Tremblay*, *New Perspectives on Industrial Organization*, 44 ff.; *Tirole*, *The Theory of Industrial Organization*, 34 ff.; *Cabral*, *Introduction to Industrial Organization*, 35 ff.; *Bühler/Jaeger*, *Einführung in die Industrieökonomik*, 47.
- 21 *Tirole*, *The Theory of Industrial Organization*, 34, 50 f.; *Bühler/Jaeger*, *Einführung in die Industrieökonomik*, 46 f., mit einlässlicher Begründung, weswegen dies auch zweckmässig sei und Verweis auf die Fruchtbarkeit des Ansatzes; *Bühler/Halbheer*, in: *Amstutz/Reinert* (Hrsg.), N 7 zu Vor Art. 1.

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

aa) Prinzipal-Agent-Ansatz

Der Prinzipal-Agent-Ansatz (agency theory, principal-agent problem) analysiert Anreizprobleme zwischen verschiedenen wirtschaftlichen Akteuren und ist damit ein Instrument zur Untersuchung der Beziehungen zwischen den Funktionsträgern innerhalb eines Unternehmens.²³ Zentral ist das Vorliegen von Informationsasymmetrien: Diese bestehen, wenn bei den Akteuren nicht identische Informationslagen vorliegen.²⁴ Wenn Personen mit der Geschäftsführung²⁵ eines Unternehmens betraut sind (Agenten, agents), die nicht mit dessen Eignern/Inhabern (Prinzipal, principal) identisch sind, werden regelmässig Interessenskonflikte bestehen. Die Agenten verfolgen nämlich eigennützige Interessen (z.B. Einkommensmaximierung, Erledigen von privaten Tätigkeiten am Arbeitsplatz, risikoaverses Verhalten),²⁶ die der Gewinnmaximierung des Unternehmens zuwiderlaufen.²⁷ Der Ansatz untersucht, wie und unter welchen Bedingungen die Interessen möglichst gleichgeschaltet werden können.²⁸

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

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

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

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

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

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

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

bb) Transaktionskosten-Ansatz

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

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

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

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

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

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

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

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

cc) Theorie residualer Verfügungsrechte

Nach der Theorie residualer Verfügungsrechte (auch eigentumsrechtlicher Ansatz, property rights theory) wird ein Unternehmen als die Summe aller residualen Rechte verstanden. Dabei ist ein residuales Recht die Befugnis, über einen Wertgegenstand (asset) immer dann zu verfügen, wenn er von einem unvollständigen Vertrag³⁶ nicht erfasst ist. Die Zuordnung besagter Rechte zu einem Unternehmen korrespondiert direkt mit dessen Grenzen.³⁷

B. Kostentheorie

a) Ökonomischer Kostenbegriff

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

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

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

36 S. soeben 31 f.

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

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

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

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

b) Variable und fixe sowie totale Kosten

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

$$TC(q) = VC(q) + FC.^{41}$$

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

c) Verlorene und vermeidbare Kosten sowie Gemeinkosten

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

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

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

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

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

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

Gemeinkosten oder gemeinsame Kosten (common cost) bezeichnet alle fixen und variablen⁴⁵ Kosten, welche sich einem bestimmten Produkt nicht exakt zurechnen lassen respektive gleichzeitig für mehrere Produkte eines Unternehmens anfallen.⁴⁶

d) Durchschnittliche Kosten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

inkrementelle⁴⁹) Outputniveau nicht produziert hätte. Im Gegensatz zu den durchschnittlichen variablen Kosten werden bei dieser Kosteneinheit auch diejenigen fixen Kosten berücksichtigt, die aufgrund der Produktion des (zusätzlichen inkrementellen) Outputs angefallen sind (fixe inkrementelle Kosten, fixed incremental cost, *FIC*). Hingegen bleiben (bereits) versunkene Kosten unberücksichtigt:

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

e) Grenzkosten und inkrementelle Kosten

Die Grenzkosten (oder Marginalkosten) sind von den durchschnittlichen Kosten zu unterscheiden. Als Grenzkosten (marginal cost, *MC*) werden die Kosten bezeichnet, die bei der Produktion einer weiteren (bzw. der jeweils letzten) Outputeinheit (Δq) entstehen.⁵¹ Δq ist (aus analytischen Gründen) eine theoretische Einheit von infinitesimaler Grösse⁵², welche es ermöglicht, die Grenzkosten wie folgt zu berechnen:

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

zumal:

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

49 Zum Begriff s. sogleich 36.

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

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

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

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

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

f) Kurzfristige und langfristige Kosten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Als durchschnittliche langfristige inkrementelle Kosten oder auch leistungsspezifische Zusatzkosten (long run average incremental cost, *LAIC* oder *LRAIC*) werden diejenigen fixen und variablen Kosten bezeichnet, die bei der Herstellung einer inkrementellen Einheit eines konkreten Produkts anfallen. Bei dieser Kostenart werden somit keine (echten) Gemeinkosten⁶⁰ berücksichtigt. Folglich entsprechen die durchschnittlichen langfristigen inkrementellen Kosten bei einem Ein-Produkt-Unternehmen den durchschnittlichen totalen Kosten, während sie bei einem Mehr-Produkte-Unternehmen regelmässig tiefer als die durchschnittlichen totalen Kosten liegen werden.⁶¹ Indes werden auch bereits versunkene produktspezifische Kosten berücksichtigt, während bei den AAC lediglich die fixen Kosten der Untersuchungsperiode berücksichtigt werden; die LAIC sind mithin regelmässig höher als die AAC.⁶² Die AAC sind denn auch als kurzfristige Kosten zu qualifizieren.⁶³

Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass in der Literatur darüber hinaus quasifixe Kosten existieren⁶⁴: Hierbei kann es sich – terminolo-

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

60 S. 34.

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

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

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

64 S. 33.

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

3. Marktstrukturen und statische Preistheorie

A. Mikroökonomisches Grundmodell

a) Marktbegriff

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

b) Nachfrage und Angebot

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

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

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

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

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

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

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

c) Konsumenten- und Produzentenrente

Die Gesamtheit der Nachfrager („Konsumenten“) erlangt einen Vorteil, indem sie für ein Gut „nur“ den Marktpreis bezahlen muss. Regelmässig⁷² wäre ein jeweiliger Teil der Nachfrager nämlich auch bereit, ein Entgelt für das Gut zu leisten, das zwischen dem Gleichgewichts- und dem Reservationspreis liegt.⁷³ Dieser Preisvorteil wird als Konsumentenrente (consumer surplus) bezeichnet. Die Konsumentenrente ergibt sich damit aus der Differenz zwischen der maximalen Zahlungsbereitschaft aller Nachfrager und dem tatsächlichen Kaufpreis. Sie lässt sich grafisch darstellen als die Fläche zwischen dem Marktgleichgewicht, dem Marktpreis und dem Reservationspreis (E , P_E , P_{\max}). Die Produzentenrente (producer surplus) ergibt sich in analoger Weise aus der Differenz zwischen dem tatsächlichen Marktpreis und demjenigen Preis, zu dem der Anbieter (Produzent) gerade noch zur Transaktion bereit ist.⁷⁴ Sie lässt sich grafisch darstellen als die Fläche zwischen dem Marktgleichgewicht, dem Marktpreis und dem Schnittpunkt der Angebotsfunktion mit der vertikalen Achse (E , P_E , P_{\min}). Die Addition der Konsumenten- mit der Produzentenrente wird

70 S. sogleich 40.

71 S. nur *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 2 ff., 299 ff., 323 ff., m.w.Hinw.; vgl. die Hinw. zu strategischen Preissetzungstheorien auf 221 f.

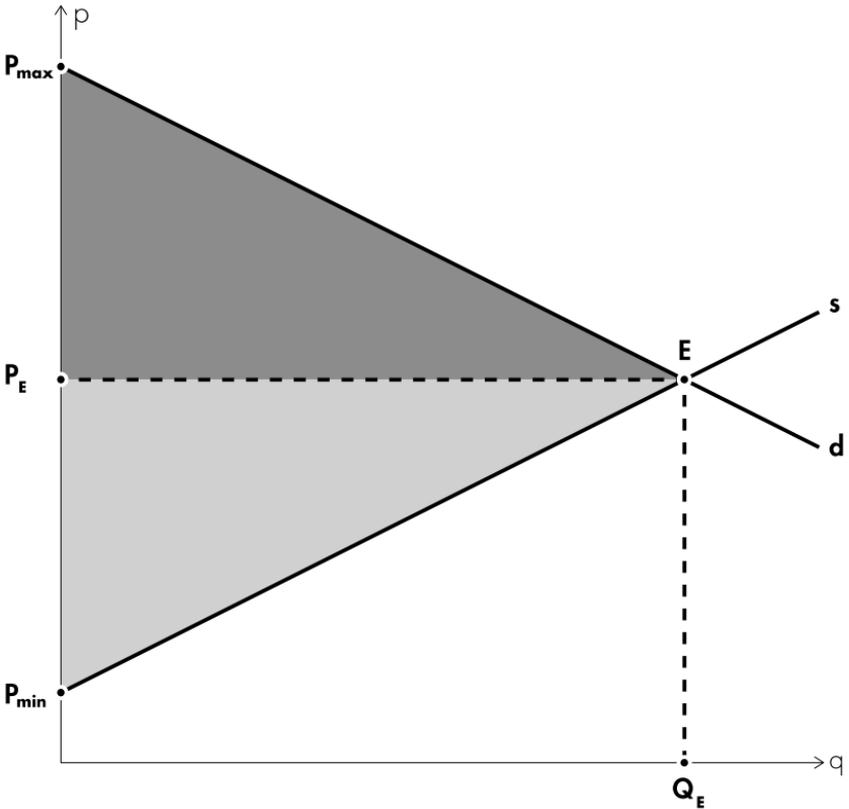
72 Eine Ausnahme stellt die vollkommen elastische Nachfrage dar, weiterf. s. nur *Varian*, Grundzüge der Mikroökonomik, 306.

73 Grund hierfür ist ein persönlicher Nutzen bei entsprechender Kaufkraft, vgl. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 43.

74 Zu welchem Preis ein Unternehmen das Gut anbietet, ist abhängig davon, wie effizient es produziert, s. unten 54 f.

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

Grafik 1: Marktgleichgewicht und aggregierte Wohlfahrt



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

d) Perfekter Wettbewerb

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

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

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

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

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

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

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

anpasser).⁸⁰ Die Anbieter erzielen in diesem Modell langfristig weiter keinen ökonomischen Gewinn⁸¹ (sog. „Nullgewinn-Bedingung“).⁸²

e) Monopol

aa) Begriffsklärung

Es liegt ein Monopol vor, wenn auf einem Markt ein einziger Anbieter auftritt. Der Monopolist kann den Angebotspreis entweder direkt frei setzen (price maker) oder indirekt über die Produktionsmenge bestimmen.⁸³ Er handelt gewinnmaximierend, wenn er die Menge des Monopolgutes produziert, bei der sein Grenzerlös (marginal revenue, MR)⁸⁴ den Grenzkosten⁸⁵ entspricht. Im Rahmen einer grafischen Darstellung schneidet die Grenzerlösfunktion (marginal revenue function, r) die vertikale Achse im Reservationspreis und verläuft unterhalb der Nachfragefunktion. Das Monopol-Ergebnis (M) offenbart den Monopolpreis (P_M) und die vom Monopolisten produzierte Menge (Q_M). Der Monopolist produziert also weniger und bietet zu einem höheren Preis an.⁸⁶

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

81 Zum Begriff s. 32 f.

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

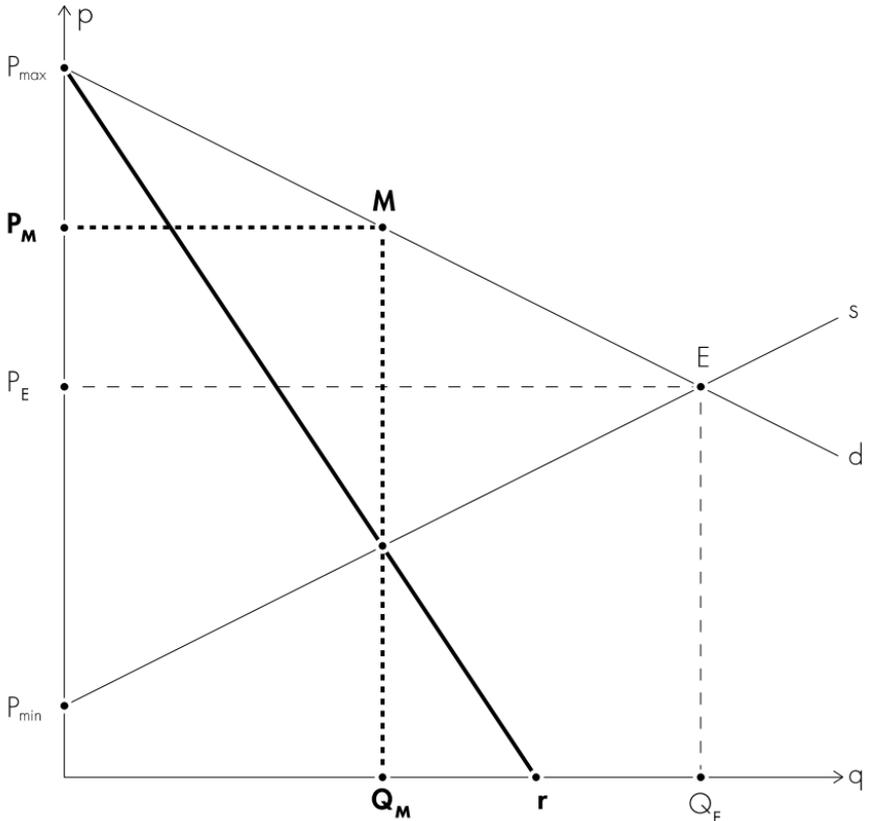
83 Freilich hat die Preissetzung aber Einfluss auf die absetzbare Menge, zumal der Monopolist nur Punkte auf der *gegebenen* Nachfragefunktion erreichen kann; bestimmt der Monopolist die produzierte Menge, erfolgt die Preisbildung wiederum über den Nachfragemarkt, vgl. Schwalbe/Zimmer, *Kartellrecht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

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

85 Zum Begriff s. 35.

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

Grafik 2: Preissetzung im Monopol



bb) Ursachen von Monopolen

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

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

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

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

cc) Dominantes Unternehmen mit wettbewerblichem Rand

Gemäss dem Modell des dominanten Unternehmens mit wettbewerblichem Rand kann ein sehr marktmächtiger Wettbewerber⁹² den Angebotspreis wie ein Monopolist setzen respektive die Produktionsmenge selbst bestimmen.⁹³ Der übrige Markt wird von einer Reihe kleiner Unternehmen bedient („wettbewerblicher Rand“), welche sich analog den Anbie-

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

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

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

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

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

93 S. soeben 42 f.

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

B. Oligopol

a) Begriffsklärung

Das mikroökonomische Grundmodell eignet sich hauptsächlich zur Beschreibung der extremen Marktsituationen des vollkommenen Wettbewerbs respektive des Monopols; häufiger sind oligopole Strukturen. Als Oligopol wird eine relativ kleine Anzahl von Anbietern auf einem Markt bezeichnet. Kennzeichnend für oligopolistische Marktstrukturen ist die gegenseitige strategische Abhängigkeit der Anbieter. Im Monopol respektive bei perfektem Wettbewerb muss sich ein Anbieter mit dem Verhalten der Teilnehmer auf seiner Marktseite nicht auseinandersetzen: In ersterem gibt es keine und in letzterem – bei vollkommener, atomistischer Konkurrenz – beeinflussen sich die Wettbewerber definitionsgemäss gegenseitig nicht.⁹⁵ Oligopolisten haben die Möglichkeit, sich kompetitiv oder freilich auch kooperativ⁹⁶ zu verhalten.

b) Spieltheoretische Ansätze

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

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

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

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

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

das modellierte Verhalten von Oligopolisten bezeichnet, die ihre gewinnmaximierende Strategie über eine Veränderung der Produktionsmengen verfolgen, auf die Preissetzung hingegen keinen Einfluss haben. Im Rahmen dieses Modells kann nachgewiesen werden, dass ein Oligopolgleichgewicht (sog. Cournot-Gleichgewicht) zwischen dem Monopol-Ergebnis (M) und dem Gleichgewicht bei perfektem Wettbewerb (E_C) zu liegen kommt (vgl. Grafik 2). Die Angebotspreise weichen folglich von den Grenzkosten ab, erreichen aber nicht den Monopolpreis. Weiter lässt das Modell die Aussage zu, dass die unternehmensspezifischen Grenzkosten einen Einfluss auf den Marktanteil des jeweiligen Unternehmens haben. Mithin können auch relativ ineffizient produzierende⁹⁸ Unternehmen (mit entsprechend geringerem Marktanteil) bestehen.⁹⁹ Als Bertrand-Paradoxon wird indes das eher kontra-intuitive Ergebnis bezeichnet, wonach im Preiswettbewerb stehende Oligopolisten ihre Angebotspreise für homogene Güter wie reine Preisnehmer im Modell des vollständigen Wettbewerbs setzen. Das Bertrand-Modell entspricht den realwirtschaftlichen Gegebenheiten oftmals nicht in akkurater Weise.¹⁰⁰ Es ist am ehesten Abbild intensiven Wettbewerbs zwischen wenigen Anbietern mit ähnlichen Grenzkosten auf Märkten, in denen es keine Kapazitätsengpässe gibt.¹⁰¹

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

98 Zum Begriff der produktiven Effizienz s. 53.

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

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

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

c) Marktmacht

aa) Begriffsklärung

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

bb) Ursachen von Marktmacht

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

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

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

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

105 Vgl. die Hinw. auf 43 f.

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

C. Bestreitbarkeit von Märkten

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

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

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

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

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

mithin imperfekt, wenn Marktzutritts-¹¹⁰ oder -austrittsschranken¹¹¹ bestehen.¹¹²

4. Effizienz

A. Effizienzvielfalt

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

Es existieren im weiteren Sinne vielfältige ökonomische Effizienzbegriffe. Dies mag zunächst erstaunen. Offenbar ist „zentralen Konzepten“ wie Gerechtigkeit¹¹⁴, Gesundheit oder eben Effizienz aber eine gewisse Unschärfe respektive ein deutungstechnischer Pluralismus wohl (notwendigerweise) eigen. In der Folge werden ausschliesslich die in der Industrieökonomik gebräuchlichen Effizienzbegriffe dargestellt.¹¹⁵ Es werden einerseits eine statische und eine dynamische Betrachtungsweise für Effizienz unterschieden. Andererseits erfolgt eine Unterteilung nach unternehmensinternen und gesamtgesellschaftlichen Beurteilungskriterien. Die Terminologie ist jedoch keineswegs einheitlich.¹¹⁶

110 Zu den Gründen s. 43 f. u. 47 f.

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

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

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

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

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

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

B. Allokative Effizienz

a) Begriffsklärung

Allokation bezeichnet bei statischer¹¹⁷, gesamtgesellschaftlicher Betrachtung die Zuordnung der in einer Volkswirtschaft vorhandenen Ressourcen auf die Akteure. Allokative Effizienz liegt vor, wenn die Ressourcen ihrer sinnvollsten Verwendung zugeführt werden.¹¹⁸ Die Sinnbestimmung erfolgt mittels der Wohlfahrtstheorie.

b) Wohlfahrtstheorie

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

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

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

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

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

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

c) Marktstruktur und allokativer Effizienz

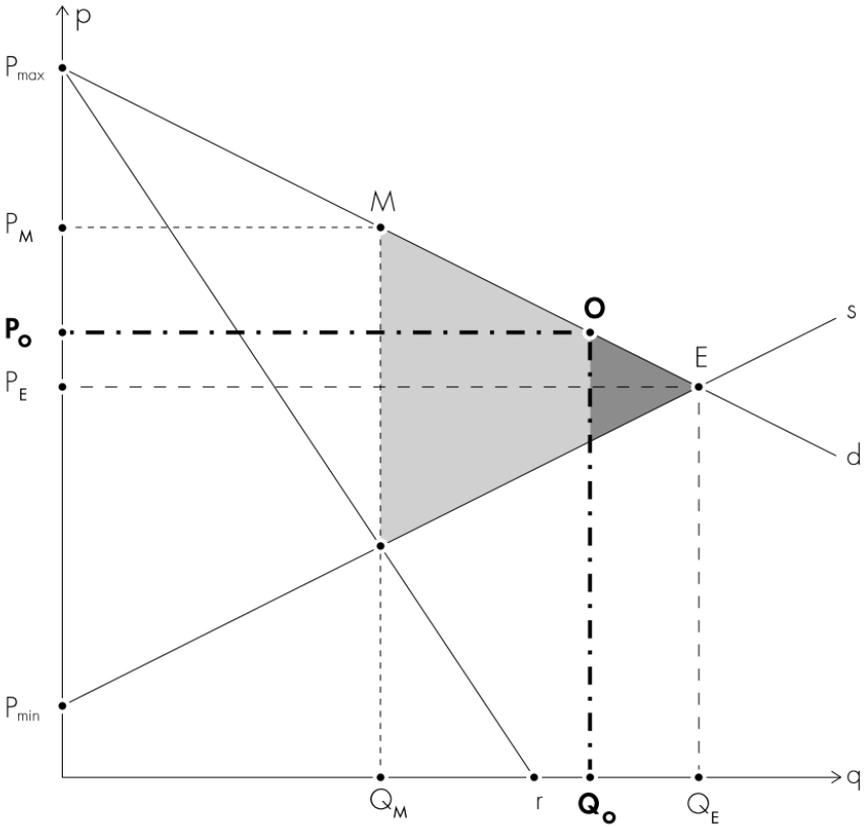
Inwiefern dem Kaldor-Hicks-Kriterium entsprochen wird, kann am resultierenden Ausmass der Gesamtwohlfahrt gemessen werden.¹²² Die Gesamtwohlfahrt ist dann maximal, wenn auf allen Märkten perfekter Wettbewerb herrscht.¹²³ Abweichungen vom Modell des perfekten Wettbewerbs werden gemeinhin als Marktversagen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

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

- 122 Vgl. 40 sowie soeben Fn. 121; zur – wettbewerbs- resp. sozialpolitischen – Diskussion, als Wertungskriterium (nur) den Konsumentenwohlstandsstandard anzuwenden s. 73 ff.
- 123 S. 41 sowie Grafik 1; *Cabral*, Introduction to Industrial Organization, 27; *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 14 f.; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 570.
- 124 *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 11 ff.; *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 138 ff., jew. auch mit Diskussion weiterer Marktversagenstatbestände; zur Abgrenzung der Begriffe Markt- und Staatsversagen s. nur *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 369 ff.: Letzteres bezeichnet Fälle, in welchen die Politik auf ein offenkundiges Marktversagen nicht in hinreichender Weise reagiert oder in einen eigentlich funktionsfähigen Markt nachträglich eingreift (*ibid.*, 370).
- 125 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 7, 25 f., *Tremblay/Tremblay*, New Perspectives on Industrial Organization, 572, jew. mit Verw. auf empirische Studien zur Messung des Wohlfahrtsverlustes, letztere mit dem Hinw., dass der Wettbewerbsdruck auf Parallelmärkten wohlfahrtsverlustmindernde Auswirkungen auf den untersuchten Markt haben kann; zum Wohlfahrtsverlust infolge Preissetzung unterhalb des Gleichgewichtspreises s. 182 ff.

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

Grafik 3: Wohlfahrtsverlust im Monopol und Oligopol



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

C. Produktive Effizienz

a) Ökonomische Effizienz i.e.S.

aa) Begriffsklärung und Voraussetzungen

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Gesamtgesellschaftliche produktive Effizienz

aa) Begriffsklärung

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

131 Vgl. 30.

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

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

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

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

136 S. 27 f.

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

bb) Grössen- und Verbundvorteile

Grössenvorteile (oder Skaleneffekte; economies of scale) führen bei einer proportionalen Erhöhung aller Inputfaktoren zu einer überproportionalen Erhöhung aller Outputkomponenten.¹³⁸ Sie zeigen auf, ob es produktiv effizient wäre, Produzenten „zusammenzulegen“. ¹³⁹ Dass ein Gut von (nur) einem Produzenten hergestellt wird, ist mithin solange produktiv effizienter, wie bei stets fallenden langfristigen Durchschnittskosten die minimale effiziente Grösse (minimal efficient scale) des Outputniveaus¹⁴⁰ noch nicht erreicht ist.¹⁴¹

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

c) Zum Verhältnis von allokativer und produktiver Effizienz

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

137 S. sogleich 55.

138 S. nur *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 13.

139 *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizianzforderungen im Öffentlichen Recht, 59 f.

140 Vgl. 43 f.

141 Zu den resultierenden Zielkonflikten zwischen allokativer und produktiver Effizienz s. sogleich 55 ff.

142 *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 26.

143 *Tremblay/Tremblay*, *New Perspectives on Industrial Organization*, 43.

sources übrig bleiben. Diese könnten wiederum wohlstandssteigernd verwendet werden.¹⁴⁴

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

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

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

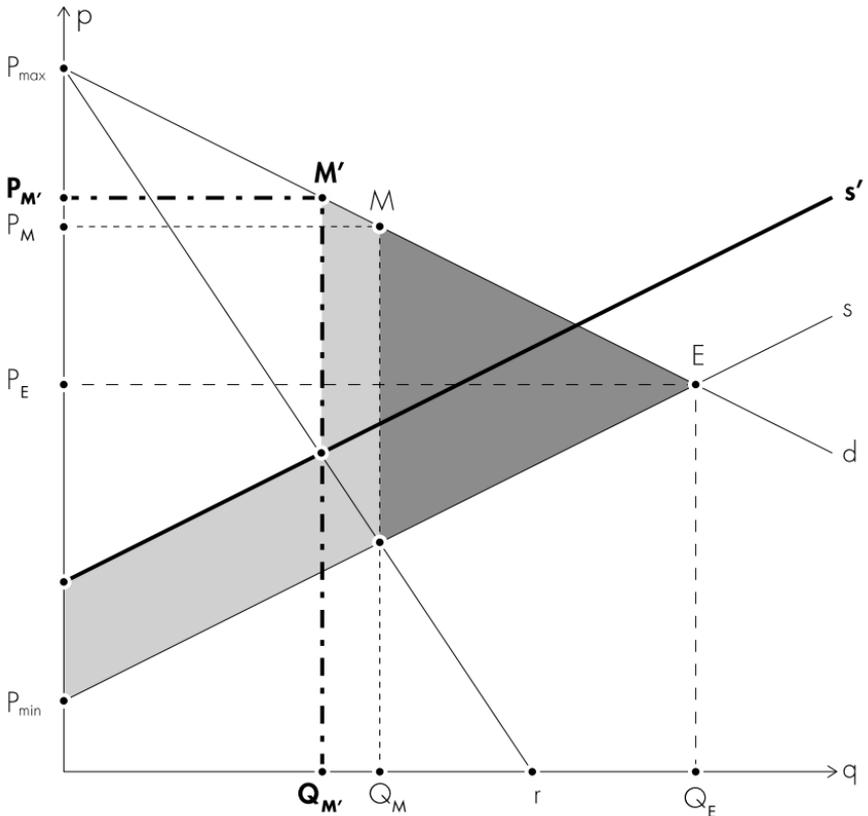
145 Vgl. soeben 55.

146 Vgl. 51 f.

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

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

Grafik 4: Zusätzlicher Wohlfahrtsverlust infolge X-Ineffizienz im Monopol



D. Dynamische Effizienz

a) Begriffsklärung

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

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

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

Dynamische Effizienz wird denn auch als wichtigste Bedingung für Wirtschaftswachstum erachtet.¹⁵² Der Begriff „Effizienz“ verfügt in diesem Konzept indes nicht über eine vergleichbare theoretisch-definitivische Schärfe, wie sie der statischen Effizienz eigen ist.¹⁵³ Das mikroökonomische Grundmodell als statisches Modell¹⁵⁴ erlaubt keine Aussagen über

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

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

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

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

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

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

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

b) Marktstruktur und dynamische Effizienz

Wenn auch *ex ante* nicht eindeutig beurteilt werden kann, ob im Rahmen von F&E-Tätigkeiten tatsächlich Prozess- oder Produktinnovationen entstehen, so kann doch danach gefragt werden, welchen Einfluss die jeweiligen Marktstrukturen¹⁵⁹ auf das Ausmass an F&E-Investitionen an sich haben. Die ökonomische Theorie hält bisher keine breit konsentrierte Antwort bereit.¹⁶⁰ Es wird argumentiert, Wettbewerb stelle einen Investitionsanreiz für Unternehmen dar, um ihre relative Position gegenüber Mitbewerbern zu verbessern.¹⁶¹ Dem wird entgegen gehalten, im Modell der

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

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

157 *Kerber, ibid.*, 99.

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

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

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

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

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

-
- 162 *Schwalbe/Zimmer*, Kartellrecht und Ökonomie, 21 f.; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 59 f.
- 163 *Fritsch*, *ibid.*, 59, m.w.Hinw.; Vorsprung- resp. Pioniergewinne lassen sich hingegen erzielen, wenn Schutzrechte erlangt werden (können), vgl. 43; Schutzrechte können also eine Anreizfunktion wahrnehmen, s. *Tremblay/Tremblay*, *ibid.*, 511.
- 164 Ebenso *Ludwigs*, Unternehmensbezogene Effizienzanforderungen im Öffentlichen Recht, 66, mit Verw. auf *Schumpeter*, Capitalism, Socialism & Democracy, 83.
- 165 *Schwalbe/Zimmer*, *ibid.*, 49, m.w.Verw.; weiterf. *Curzon Price/Walker*, JECL&P 2016, 475 ff.; vgl. *Cabral*, 30 Int. J. Ind. Organ. 278 (2012), mit dem Hinw., dass es sich bei der industrieökonomischen Erfassung von dynamischen Oligopolstrukturen um ein Forschungsfeld handle, auf welchem noch reichlich (und ergiebige) Arbeit angezeigt sei.
- 166 *Motta*, *ibid.*, 57; weiterf. *Schwalbe/Zimmer*, *ibid.*, 27 f.: Das Monopolunternehmen erzielt bereits einen Monopolgewinn und könnte sich aufgrund einer Innovation nur den zusätzlichen Gewinn (Differenz zwischen Monopolgewinn mit der neuer Technologie und dem bisherigen Monopolgewinn) aneignen. Auf einem Monopolmarkt würde sich das Monopolunternehmen mithin selbst ersetzen (replacement effect), grundlegend *Arrow*, 29 Rev. Econ. Stud. 155 (1962).
- 167 Weiterf. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 191 ff.
- 168 Dies wird damit begründet, dass marktmächtige Unternehmen besser befähigt seien, Pioniergewinne (vgl. 44) tatsächlich zu realisieren und aufgrund von erzielten ökonomischen Gewinnen auch Mittel für F&E-Investitionen vorhanden sind, s. *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 195 ff., m.w.Hinw.; weiterf. Gabler Wirtschaftslexikon, Eintrag zu „Neo-Schumpeter-Hypothesen“.

III. Rechtliche Rahmenbedingungen des Missbrauchsverbots

1. Schutzziele

A. Wettbewerb, Wettbewerbstheorien und -politik

Wettbewerb lässt sich begrifflich konkretisieren als die Existenz von Märkten mit mindestens zwei Anbietern oder Nachfragern, die sich antagonistisch verhalten, d.h. durch Einsatz eines oder mehrerer Aktionsparameter (Produkt, Qualität im weiteren Sinne, Menge, Preis und sonstige Geschäftsbedingungen, Gebiet, Service sowie Leistung)¹⁶⁹ ihren Zielerreichungsgrad zu Lasten anderer Wirtschaftssubjekte verbessern wollen.¹⁷⁰ Die Wettbewerbspolitik beschäftigt sich mit der Regelung des Wettbewerbs¹⁷¹ und orientiert sich dabei an wettbewerbstheoretischen Ansätzen. Es existiert eine Fülle nebeneinander bestehender, aufeinander bezugnehmender und sich gegenseitig überschneidender Wettbewerbstheorien.¹⁷² Jene befassen sich mit Wesen, Voraussetzungen, Wirkungen und sich daraus ergebenden Funktionen des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs¹⁷³ und enthalten mithin sowohl deskriptive als auch normative Elemente. Eine allgemein anerkannte Konzeption gibt es nicht; es könne sie auch gar nicht geben, zumal der Wettbewerb ein evolutorisches Phänomen sei, das „seine Züge und seine Gestalt laufend [verändere] und [...] selbst von der subtilsten und ausgeklügeltesten Theorie nicht ein für allemal eingefangen

169 *Heinemann/Kellerhals*, Wettbewerbsrecht, 13.

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

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

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

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

werden“ könne.¹⁷⁴ Im Übrigen bedienen sich Wettbewerbstheorien definitorischer Annahmen, welche einer eigentlichen Falsifizierung nicht zugänglich sind.¹⁷⁵ Im Sinne einer idealtypischen Einteilung können die mannigfaltigen Theorien auf zwei Grundpositionen heruntergebrochen werden. Diese können als systemtheoretischer und als wohlfahrtstheoretischer Ansatz bezeichnet werden.¹⁷⁶ Die normativen Zielforderungen besagter Grundpositionen werden nachfolgend auf ihre verfassungsrechtliche Legitimation sowie ihre Anerkennung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung¹⁷⁷ untersucht.¹⁷⁸

-
- 174 *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: *Amstutz/Stoffel/Ducrey* (Hrsg.), 43 ff., 47, mit Verw. auf *Budzinski*, 32 *Camb. J. Econ.* 295 (2008), 316; *Dreher/Adam*, *ZWeR* 2006, 259 ff., 265, mit dem Hinw., dass weder das „Recht“ noch die „Ökonomie“ über eine „klare“ Definition der Bedeutung von Wettbewerb verfügen würden.
- 175 *Schwalbe*, *ZWeR* 2010, 454 ff., 460: „[E]ine Definition als richtig oder falsch beweisen zu können, ist schon vom Ansatz her zum Scheitern verurteilt: Definitionen sind weder richtig noch falsch, es handelt sich bei Definitionen um Festlegungen, die sich für einen bestimmten Zweck als mehr oder weniger brauchbar oder eben auch unbrauchbar erweisen können. Daraus folgt natürlich unmittelbar, dass es keine „richtige“ oder „falsche“ Wettbewerbskonzeption gibt. Je nach den unterliegenden normativen Kriterien handelt es sich um unterschiedliche Auffassungen davon, was man unter Wettbewerb verstehen kann bzw. verstehen möchte. Hierzu gehört sicher auch das Konzept der Handlungs- bzw. Wettbewerbsfreiheit [...]“.
- 176 S. nur *Herdzina*, Wettbewerbspolitik, 106 ff., welcher aber auch darauf hinweist, dass eine präzise Zuordnung der realtypischen Wettbewerbskonzeptionen alsdann kaum möglich ist; weiterf. *Schmidt*, *ORDO* 2008, 209 ff., 217 ff.
- 177 Gemäss Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV sichert der *EuGH* die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge; gemäss Art. 188 Abs. 1 BV ist das Bundesgericht die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes.
- 178 Das europäische Wettbewerbsrecht verfolgt indes im Speziellen weiterhin auch das gemeinschaftsrechtliche Ziel der Binnenmarktintegration, s. nur *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: *Weber/Heinemann/Vogt* (Hrsg.), 43 ff., 62; inwiefern jenes Ziel im Einklang mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz steht, ist strittig: *Drexel*, Wettbewerbsverfassung, *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), 905 ff., 956 mit Verw. auf die industrieökonomischen Erkenntnisse betr. die Effizienz von Preisdiskriminierungen, welche mit dem Verbot territorialer Beschränkungen schwerlich vereinbar seien; zur Bedeutung des Binnenmarkts s. nur *Schröter*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 9 zu I.A. Rechtlicher und institutioneller Rahmen der Wettbewerbspolitik; zu entsprechenden Integrationszielen des schweizerischen Kartellrechts s. 155; zu weiteren wettbewerbsrechtlichen Schutzziele s. 85 ff.

B. Europäisches Union

a) Systemtheoretischer Ansatz

Die Vertreter eines systemtheoretischen Ansatzes betrachten den Schutz des Wettbewerbs als eigenständiges Ziel. Nach diesem traditionellen¹⁷⁹ Verständnis handelt es sich bei Wettbewerb um einen Interaktionsprozess, der aus der Wahrnehmung individueller Handlungsfreiheiten erwächst und nicht auf die Erreichung vorgeschriebener Ziele ausgerichtet ist.¹⁸⁰ Es umfasst die Freiheit der Unternehmen, in einem „Rivalitätsprozess“ um die Gunst der Marktgegenseite ringen zu können, ebenso wie die Gewährleistung der Auswahlfreiheit der Kunden.¹⁸¹ Ein derartiges Wettbewerbsverständnis wird auch als *ergebnisoffen* bezeichnet, um es in Kontrast zu einer *Ergebnisorientierung* zu setzen.¹⁸² „(Allokative) Effizienz“ ist allenfalls ein Nebenprodukt, nicht jedoch Schutzziel des Ansatzes. Verteilungswirkungen sind aber insofern konstitutives Element des systemtheoretischen Ansatzes, als jene nicht aufgrund eines „utilitaristischen Umvertei-

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

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

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

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

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

aa) Schutz des unverfälschten Wettbewerbs

Gemäss Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb umfasst der europäische Binnenmarkt¹⁸⁴ ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt. Der Inhalt des Protokolls entspricht demjenigen des ehemaligen Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV. Protokolle sind Bestandteile der Verträge (Art. 51 EUV) und ebenfalls Primärrecht.¹⁸⁵

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

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

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

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

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

Verbraucher zu schützen, sondern die Struktur des Marktes und damit den Wettbewerb als solchen¹⁸⁷. Unverfälschter Wettbewerb setzt „das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (workable competition) voraus; es muss also soviel Wettbewerb vorhanden sein, dass die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden“¹⁸⁸. Dabei ist Art. 102 AEUV im Besonderen aber kein Instrument zur Gewährleistung eines vollends „funktionsfähigen“ Wettbewerbs, zumal jener auf dem Markt aufgrund der Anwesenheit eines beherrschenden Unternehmens bereits geschwächt ist.¹⁸⁹ Absicht ist vielmehr, die noch bestehende Struktur des Marktes zu schützen,¹⁹⁰ dies geschieht über den Schutz des Restwettbewerbs vor dem missbräuchlichen Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens.¹⁹¹

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

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

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

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

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

bb) Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit

Die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer als individuelle Rechtsposition ist im Gemeinschaftsrecht über die Grundfreiheiten¹⁹² sowie insbesondere durch Art. 16 GRC¹⁹³ geschützt.¹⁹⁴ Dieser Schutz muss grundsätzlich sämtlichen Marktteilnehmern zukommen, also insbesondere auch juristischen Personen aus Drittstaaten.¹⁹⁵ Art. 16 GRC statuiert eine umfassende wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (auch: Handels- und Wirtschaftsfreiheit).¹⁹⁶ Fraglich ist, ob Ausfluss jener auch ein individueller Anspruch auf Wettbewerb ist. Gemäss den Erläuterungen stützt sich Art. 16 GRC auf Art. 119 Abs. 1 und Abs. 3 AEUV, in welchen der freie Wettbewerb anerkannt werde.¹⁹⁷ Art. 119 Abs. 1 AEUV legt für die Wirtschaftspolitik den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ fest;¹⁹⁸ Abs. 3 benennt „richtungsweisende Grundsätze“ betreffend den Zusammenhang zwischen der Wirtschaftsunion und sonstigen Tätigkeiten von Union und Mitgliedsstaaten. Es handelt sich dabei in-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Wohlfahrtstheoretischer Ansatz

Der wohlfahrtstheoretische Ansatz orientiert sich am normativen Ordnungsmodell der Wohlfahrtstheorie. Jenes verfolgt das Ziel, eine Steigerung der Wohlfahrt gemäss dem Kaldor-Hicks-Kriterium zu erreichen.²⁰⁴ Der Ansatz wird in seiner idealtypischen Form als „reduktionstheoretisch“ oder auch als „technokratisch-dirigistisch“ bezeichnet, da die Analyse auf eine rein ökonomische Perspektive reduziert sei²⁰⁵ und Marktergebnisse im Rahmen einer Partialanalyse²⁰⁶ im Verhältnis danach beurteilt würden, was ein „wohlmeinender“ sozialer Planer mit gegebenen Wertvorstellungen als optimal betrachte.²⁰⁷

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

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

204 S. 50.

205 Herdzina, Wettbewerbspolitik, 106.

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

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

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

209 S. 51; 38.

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

Weiter ist danach zu unterscheiden, welcher Wohlfahrtsstandard zur Beurteilung herangezogen wird. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird die Bezeichnung Wohlfahrtsstandard respektive „welfare-Standard“ bei kurzfristiger Betrachtungsweise (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S.) als Begriff für ein normatives Kriterium verwendet, nach welchem wettbewerbliches Verhalten anhand seiner Auswirkungen auf die Rente respektive surplus in einem Partialmarkt beurteilt wird.²¹² Bei langfristiger Betrachtung (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.) kann daran sinnvollerweise regelmässig nicht festgehalten werden, zumal aufgrund von Produktinnovationen neue Märkte entstehen und Prozessinnovationen²¹³ auf anderen Märkten angewandt werden können. Es wäre mithin angezeigt, die Wohlfahrtseffekte auf jenen Märkten mit zu berücksichtigen.²¹⁴

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

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

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

213 Zu den Begriffen s. 57 f.

214 Zur bedingten Operationalisierbarkeit s. 83 f.

Zur Frage, welcher Wohlfahrtsstandard Anwendung finden soll, bestehen divergierende wettbewerbs- bzw. sozialpolitische Ansichten. Ökonomen bevorzugen mehrheitlich die Gesamtwohlfahrt. In der wettbewerbsrechtlichen Diskussion wird indes regelmässig auf einen *consumer welfare*-Standard Bezug genommen.²¹⁵ Die Verankerung des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes in Primärrecht und Rechtsprechung wird nachfolgend sowohl betreffend die Orientierung an einem Gesamtwohlfahrtsstandard als auch einem *consumer welfare*-Standard untersucht²¹⁶, womit sich folgendes Prüfraster ergibt:

Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S. mittels Gesamtwohlfahrtsstandard	Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S. mittels <i>consumer welfare</i> -Standard
Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S. mittels Gesamtwohlfahrtsstandard	Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S. mittels <i>consumer welfare</i> -Standard

aa) Gesamtwohlfahrtsstandard

(1) Begriffsklärung

Es ist in der ökonomischen Literatur breit konsentiert,²¹⁷ dass die Gesamtwohlfahrt²¹⁸ massgeblicher Standard zur Beurteilung wettbewerblichen Verhaltens im Rahmen des wohlfahrtstheoretischen Ansatzes ist. Die Gesamtwohlfahrt als umfassendes Kriterium erfasst sämtliche Wohlfahrtswirkungen. Der Standard beschäftigt sich nicht mit Verteilungseffekten innerhalb der Gesamtwohlfahrt (zwischen der Produzenten- und Konsumenten-

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

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

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

218 S. 40.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt.²²² Gemäss dem *EuGH* gehört Art. 102 AEUV zu den Wettbewerbsregeln im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV, die für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind.²²³ Mithin bezweckt Art. 102 AEUV, den Binnenmarkt vor Verfälschungen des Wettbewerbs durch die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen.²²⁴ Das unmittelbare Ziel von Art. 102 AEUV ist es, die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts zu gewährleisten; folglich müssen auch die mittelbaren Schutzziele von Art. 102 AEUV²²⁵ mit jenen des Binnenmarkts übereinstimmen.²²⁶ Das europäische Primärrecht äussert sich jedoch nicht ausdrücklich zu den Schutzziele des Binnenmarkts. In Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV ist immerhin statuiert, dass die Europäische Union auf „die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität“ hinwirkt. Sie fördert weiter „den wissenschaftlichen und technischen Fortschritt“ (Art. 3 Abs. 3 S. 3 EUV). Art. 3 Abs. 3 EUV definiert damit allem Anschein nach die Schutzziele des Binnenmarkts und darüber hinaus weitere Unionsziele. Der Norm sind die – in erster Linie ökonomischen – Elemente zu entnehmen, um das vorrangige Schutzziel des Binnenmarkts zu eruieren. *Nazzini* führt begründet²²⁷ aus, vorrangiges

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

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

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

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

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

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

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

bb) consumer welfare-Standard

(1) Begriffsklärung

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

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

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

230 S. 54 f.

231 S. 57 ff.

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

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

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

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

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

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

-
- 236 Zur Einordnung des in der U.S.-Lehre propagierten, anders gelagerten Ansatzes der *consumer choice* s. *Behrens*, WuW 2011, 807 ff.; *ders.*, Eu.-K. DP 1/14, 2014.
- 237 Weiterf. *Werden*, *Consumer Welfare and Competition Policy*, in: *Drexler/Kerber/ Podszun* (Hrsg.), 11 ff., 13 f. mit Verw. auf *Ginsburg*, 31 Harv. JL & Pub. Pol'y 449 (2008) u.w.Verw.; *Bork*, *The Antitrust Paradox*, 90; ähnlich *Cseres*, 3 Comp. L. Rev. 121 (2007), 124, Fn. 5, welche *Borks* Begriffsdefinition als „misconception“ bezeichnet; anders anscheinend *Behrens*, *Diskussionsbeitrag*, in: *Ahrens/Behrens/v. Dietze* (Hrsg.), 101 ff., 109, gemäss welchem die „Chicago School“ *consumer welfare* danach bemesse, inwieweit Wettbewerbspraktiken als kostenreduzierend zu qualifizieren seien, womit eigentlich produktive Effizienz gemeint sei.
- 238 S. 39 f.
- 239 Vgl. *Werden*, *Consumer Welfare and Competition Policy*, in: *Drexler/Kerber/ Podszun* (Hrsg.), 11, 14, gemäss welchem der „Sündenfall“ in der juristischen Literatur zu verorten sei, mit exemplarischem Verw. auf *Campbell*, 53 Tex. L. Rev. 251 (1984), 258, Fn. 49: "Economic surplus [Volkswirtschaftliche Rente als Mass für die Gesamtwohlfahrt, s. 39 i.f.] is sometimes broken down into two components: 'consumer surplus' (or 'consumer welfare') [voilà!] and 'producer surplus'"; vgl. *Brodley*, 62 N.Y.U. L. Rev. 1020 (1987), 1032: „The term consumer welfare is the most abused term in modern antitrust analysis“; weiterf. *Fox*, 90 B.U. L. Rev. 1375 (2010), 1377; *Heyer*, 57 J. Law Econ. 19 (2014).
- 240 *S. Motta*, *Competition Policy, Theory and Practice*, 19; *Christiansen*, *Der „More Economic Approach“ in der EU-Fusionskontrolle*, 336; *Cseres*, 3 Comp. L. Rev. 121 (2007), 124; diese Verwendung ist ohne Weiteres terminologisch konsistent(er); vgl. hingegen die weite Auslegung des Begriffs durch den U.S. Supreme Court in 549 U.S. *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.* (2007), wonach „consumer welfare“ das langfristige Wohl aller Marktteilnehmer umfasse, hierzu *Riesenkampff*, *Vom Wettbewerbsschutz zum Verbraucherschutz?*, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe* (Hrsg.), 489 ff., 498.
- 241 S. nur *Christiansen*, *Der „More Economic Approach“ in der EU-Fusionskontrolle*, 334 ff., m.w.Hinw.

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

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

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

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

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

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

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

247 S. 38.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

259 S. 71 ff. u. 77.

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

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

C. Schweiz

Das schweizerische Kartellgesetz (KG)²⁶² bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG; Zweckartikel).²⁶³ Das KG bediene sich eines „realitätsbezogenen Wettbewerbsbegriffs“, der sich nicht idealbildlich oder mithilfe eines „integralen wettbewerbspolitischen Modells“ fassen lasse.²⁶⁴ Es stützt sich unter anderem auf Art. 27 Abs. 1 und 96 BV²⁶⁵ (Ingress KG) und verfolgt das Leitbild des wirksamen Wettbewerbs.²⁶⁶ Wettbewerb wird gefördert, um seine Wirksamkeit zu erhalten; wirksam ist Wettbewerb, wenn im konkreten Fall seine zentralen Funktionen (Allokation, Anpassung und Innovation) gewährleistet sind.²⁶⁷

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

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

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

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

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

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

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

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

mer zu gewährleisten habe.²⁶⁹ Die Frage ist insofern von Belang, als eine Verneinung der individualschutzrechtlichen Komponente wohl eine zumindest vermehrte Berücksichtigung von Effizienzerwägungen ermöglichen würde. So kommen etwa *Amstutz* und *Reinert* unter ausschliesslicher Berufung auf Art. 96 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 2 BV „zwanglos“ zum Schluss, dass „der Zweck des Kartellgesetzes allein in der Maximierung der sozialen Wohlfahrt“ bestehe. Die weiteren Ausführungen lassen erkennen, dass sich die Autoren offenbar für einen wohlfahrtstheoretischen Ansatz i.w.S. unter Berücksichtigung der Gesamtwohlfahrt als Beurteilungsstandard²⁷⁰ aussprechen, bei welchem der dynamischen Effizienz besondere Bedeutung zuzumessen ist.²⁷¹

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

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

270 S. 70 ff.

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

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

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

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

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

275 BGE 129 II 18 E. 5.2.1.

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

D. Synthese

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

Es ist in einem ersten Schritt festzuhalten, dass der Schutz eines unverfälschten oder wirksamen Wettbewerbs – sowohl als eigentliche Institution als auch im Sinne eines institutionalisierten Individualschutzes, welcher sich auf die verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung individueller Handlungs- respektive Wettbewerbsfreiheit stützt – mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz bei abstrakter Betrachtung *nicht zielidentisch* ist.²⁷⁷ Eine Orientierung am Kaldor-Hicks-Kriterium²⁷⁸ gewährleistet eine Steigerung der (statischen) „Netto-Wohlfahrt“, ist jedoch kein geeignetes Instrument, um die Auswirkungen auf den Wettbewerb als Institution wie auch auf die individualschutzrechtliche Komponente zu beurteilen.²⁷⁹ Dies gilt zum einen ungeachtet dessen, ob ein wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.e.S. oder ein Ansatz i.w.S. angewandt wird, und zum anderen ungeachtet dessen, ob ein Gesamtwohlfahrtsstandard oder ein *consumer welfare*-Standard Beurteilungskriterium ist: Das Kaldor-Hicks-Kri-

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

278 S. 50.

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

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

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

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

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

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

282 S. 71 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) ICN, UCWG und der Bericht

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

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

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

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

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

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

Wettbewerbsverhalten (Unilateral Conduct Working Group, UCWG) hat zuhanden der 6. Jährlichen Konferenz des ICN 2007 in Moskau einen englischsprachigen²⁹⁴ Bericht betreffend „Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies“²⁹⁵ verfasst. Basierend auf den Antworten von 33 Wettbewerbsbehörden²⁹⁶ und 14 NGAs beschreibt der Bericht unter anderem, welche Schutzziele die Wettbewerbsbehörden im Bereich des einseitigen Wettbewerbsverhaltens verfolgen. Insgesamt wurden zehn verschiedene²⁹⁷ Schutzziele erfasst.²⁹⁸ Es folgt ein darstellender Überblick der Erkenntnisse des Berichts zu den Schutzziele „Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses“, „Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit“ sowie „Förderung der ‚consumer welfare‘“.

b) Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses

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

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

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

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

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

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

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

wohl als selbständiges Schutzziel als auch als Mittel zur Erreichung eines mittelbaren Ziels;³⁰⁰ vier Wettbewerbsbehörden bezeichnen jenes ausdrücklich³⁰¹ als ausschliessliches Mittel zur Erreichung eines mittelbaren Ziels.³⁰² Neun Wettbewerbsbehörden bezeichnen die Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses als vorrangiges („fundamental or primary“) Schutzziel.³⁰³ Sämtliche Wettbewerbsbehörden ausser derjenigen von Chile erkennen neben der Aufrechterhaltung eines effektiven Wettbewerbsprozesses weitere Schutzziele.³⁰⁴

c) Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit

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

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

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

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

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

304 *Ibid.*, 89, Annex A.

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

306 *Ibid.*, 14.

d) Förderung der „consumer welfare“

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

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

307 *Ibid.*, 9.

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

309 Frankreich, Israel, Mexiko, Rumänien, Türkei.

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

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

312 Weiterf. *ibid.*, 12 ff.

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

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

2. Örtlicher Geltungs- und Anwendungsbereich

A. Europäische Union

a) Geltungs- und Anwendungsprinzipien

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

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

-
- 313 *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 12; weiterf. *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 99 ff. zu Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV; *Meessen*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), N 15 ff. zu IntKartR; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, European Law of Competition, 43 ff.; vgl. *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 17 zu Art. 2; *Lehne*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 2 zu Art. 2, m. Hinw. zur Unterscheidung zwischen dem Geltungs- und Anwendungsbereich eines Gesetzes.
- 314 Formulierung in Anlehnung an *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 19 zu Art. 2, betr. die gleichgelagerte Situation im schweizerischen Recht s. sogleich 93.
- 315 *Zurkinder/Lauterburg*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 105 zu Teil 2, A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, mit Verw. auf die abweichende Natur des U.S.-Antitrustrechts gründend auf die *commerce clause* der U.S.-Bundesverfassung, hierzu auch *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 20 zu Art. 2, m.w.Verw.
- 316 *Zurkinder/Lauterburg*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 119 f. zu Teil 2, A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, m.w.H.
- 317 *Basedow*, Weltkartellrecht, 11.
- 318 S. nur *Zurkinder/Lauterburg*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 114 u. N 129 ff. zu Teil 2, A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV, m.w.H.; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 243 – *Intel*; vgl. zur Fusionskontrolle: *EuG*, Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Tz. 90 ff. – *Gencor*; zur *a.M.* von *Schnyder* s. sogleich 94.

strukturen in mehreren Unionsstaaten respektive der Wirtschaftsströme zwischen diesen Staaten³¹⁹ führen können.³²⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Zwischenstaatlichkeitsklausel

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

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

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

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

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

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

schriften sind grundsätzlich nebeneinander auf denselben wirtschaftlichen Sachverhalt anwendbar.³³²

B. Schweiz

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Persönlicher Geltungsbereich

A. Europäische Union

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Schweiz

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

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

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

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

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

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

353 S. soeben 94 f.

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

4. Missbräuchliches Verhalten

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

A. Europäische Union

a) Systematisierungsansätze

Der Wortlaut von Art. 102 AEUV ist (vorbehaltlich der Ersetzung des Begriffs „Gemeinsamer Markt“ durch „Binnenmarkt“) identisch mit demjenigen des Art. 86 EWGV (gültig vom 1.1.1958 bis zum 31.10.1993) und demjenigen des Art. 82 EGV (gültig vom 1.11.1993 bis zum 30.11.2009).³⁵⁶ Er verbietet einzelnen oder mehreren Unternehmen die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung³⁵⁷ und erklärt diese als mit dem Binnenmarkt unvereinbar.

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

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

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

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

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

bare Vorteile aus seiner Marktstellung zieht, jedenfalls aber seine Geschäftspartner schädigt. Das Verbot bezweckt den Schutz der Marktgegenseite und von Verbrauchern im Allgemeinen.³⁵⁹ *Behinderungsmisbrauch* (oder marktverschliessender Missbrauch; *exclusionary abuse*) als Begründung strategischer Marktzutrittsschranken³⁶⁰ bezeichnet Konstellationen, bei denen sich das fragliche Verhalten gegen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber auf dem beherrschten oder einem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt richtet. Die Erlangung weiterer Marktmacht wird einer Kontrolle auf Wettbewerbskonformität unterzogen,³⁶¹ womit insofern die Verhinderung zusätzlicher Handlungsspielräume für potenziellen Ausbeutungsmisbrauch bezweckt ist.³⁶² Es handelt sich um die bedeutendste Fallgruppe.³⁶³ Behinderungsmisbrauch lässt sich danach unterscheiden, ob das marktbeherrschende Unternehmen ein preisbezogenes oder ein nicht-preisbezogenes Verhalten an den Tag legt. In Lehre und Rechtsprechung werden Unterfallgruppen zur Erfassung von Behinderungsverhalten gebildet.³⁶⁴ *Marktstrukturmissbrauch* bezeichnet die Aus-

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

360 S. schon 44.

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

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

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

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

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

b) Schutzzielkonforme Auslegung

aa) Rechtsprechung

Im Rahmen von Art. 102 AEUV ist die erlaubte Wettbewerbsteilnahme marktbeherrschender Unternehmen von missbräuchlichen Verhaltensweisen³⁶⁶ abzugrenzen. Art. 102 AEUV deckt ein weites und vielseitiges Feld unternehmerischer Verhaltensweisen ab.³⁶⁷ Marktbeherrschung an sich (und deren Entstehung) ist nicht verboten³⁶⁸, sondern lediglich Tatbestandselement der Norm und damit Eingreifvoraussetzung.³⁶⁹ Der Missbrauchsbegriff wird nicht definiert. Art. 102 S. 2 AEUV enthält einen Beispielskatalog inkriminierten Verhaltens, dessen Inhalt nicht abschliessend³⁷⁰ und von beschränkter praktischer Bedeutung ist. Mithin ist der

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

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

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

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

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

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

Beispielskatalog bei der Klärung des Missbrauchsbegriffs von geringer Hilfe.³⁷¹ „Missbräuchliche Ausnutzung“ ist indes dergestalt auszulegen, dass die Norm die primärrechtlichen Schutzziele³⁷² gewährleistet („Verfassungskonforme Auslegung“).³⁷³ Der *EuGH* bedient sich folgerichtig in ständiger Rechtsprechung einer „systematisch-teleologischen“ Auslegung, welche auf den Geist, den Aufbau und den Wortlaut von Art. 102 AEUV sowie das System und die Ziele des Vertrages abstellt.³⁷⁴ Das Verbot des Art. 102 AEUV erfasst „die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen“.³⁷⁵ Es besteht kei-

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

- 371 *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 133 zu Art. 102 AEUV, konstatieren im Übrigen auch: „Angesichts der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, die in den Regelbeispielen enthalten sind, lässt sich nicht einmal die Aussage treffen, hier lasse sich ein Missbrauch substantziell leichter feststellen als bei einer Anwendung des Grundtatbestandes des Art. 102 Satz 1 AEUV“; *Rose/Bailey* (Hrsg.), Bellamy & Child, *European Law of Competition*, Rn. 10.055.
- 372 S. 61 ff.; vgl. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 3 ff. zu Art. 102 AEUV, welche aus Lehre und der in der Folge zit. Rspr. alsdann sog. „Schutzrichtungen“ ableiten.
- 373 Vgl. Art. 66 § 7 EGKS-Vertrag, wonach ein Unternehmen missbräuchlich handelte, wenn es seine beherrschende Stellung „zu mit diesem Vertrag in Widerspruch stehenden Zwecken verwendet“.
- 374 S. nur *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 125 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Tz. 25 f. – *Continental Can* u.w.Verw.
- 375 *EuGH*, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Tz. 91 – *Hoffmann-La Roche*; *EuGH*, Urt. v. 11.12.1980, Rs. 31/80, Tz. 27 – *L'Oréal*; *EuGH*, Urt. v. 9.11.1983; Rs. 322/81, Tz. 70 – *Michelin*; *EuGH*, Urt. v. 3.7.1991, Rs. C-62/86, Tz. 69 – *AKZO*; *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 66 – *British Airways*; *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, Rs. C-202/07, Tz. 104 – *France Télécom*; *EuG*, Urt. v. 1.4.1993, Rs. T-65/89, Tz. 118 – *BPB*; *EuG*, Urt. v. 9.9.2009, Rs. T-301/04, Tz. 140 – *Clearestream*; *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 26 – *Post Danmark II*, ohne Hinw. auf die „Mittel“.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Unzulänglichkeitsvorwurf

Es ist verschiedentlich vorgebracht worden, dass sich die Grenze zwischen (wettbewerbs-)konformem Verhalten (sog. Leistungswettbewerb³⁸⁹; performance competition respektive competition on the merits) und nicht-konformem Verhalten (sog. Nichtleistungswettbewerb respektive Behinderungswettbewerb; impediment competition)³⁹⁰ anhand der dargestellten Kriterien oftmals nur unbefriedigend ziehen lasse. Die Gründe hierfür liegen demnach in den unterbestimmten Rechtsbegriffen: „Normaler Wettbewerb“, „Leistungswettbewerb“, „wirksamer und unverfälschter Wettbewerb“, „Schutz des Restwettbewerbs“ sowie „besondere Verantwortung“ würden sich als Beurteilungskriterien sehr bedingt eignen, zumal die „decisional practice and case law is imprecise, and does not encapsulate a clear normative concept capable of satisfying the basic requirements of the rule of law and legal certainty“.³⁹¹ Es bestehe folglich die latente Gefahr,

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

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

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

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

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

c) Reformbestrebungen

aa) more economic approach

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

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

393 Weiterf. sogleich 104 ff.

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

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

396 *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 201.

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

Nr. 99/027³⁹⁸; dort allerdings ohne nähere Erläuterung.³⁹⁸ Der Begriff kann als „schillernd“ bezeichnet werden und findet rege Verwendung.³⁹⁹ Seine Konturen sind indes immer noch unscharf.⁴⁰⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Normative Implikation

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

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

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

405 S. 103 f.

406 Weiterf. 68 ff.; 50.

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

408 S. 74 ff.

409 S. 38; 58 f.

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

cc) Einzelfallbeurteilung anhand wohlfahrtsökonomischer Effekte

(1) Fehlerreduktion

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

410 S. 76 f.; vgl. 71.

411 S. 68 f.; 57 f.

412 S. 78; vgl. 71 ff.

413 S. 82 ff., m.w.Verw.

414 Vgl. 82.

415 Vgl. *Albers*, Der *more economic approach* bei Verdrängungsmisbräuchen, Zum Stand der Überlegungen der Europäischen Kommission, in: Ahrens/Behrens/v. Dietze (Hrsg.), 11 ff., 14 f.

lorientierter Rechtsprechung einher⁴¹⁶ und erhöht damit den diskretionären Spielraum der rechtsanwendenden Behörden. Eine unbedingte Umsetzung des Ansatzes würde die Extremform innerhalb eines Kontinuums möglicher Beurteilungsformen darstellen. Sie hätte in letzter Konsequenz zur Folge, dass die Ausdifferenzierung des Wettbewerbsrechts in verschiedene Säulen, Tatbestände und Fallgruppen aufgegeben werden müsste.⁴¹⁷

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

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

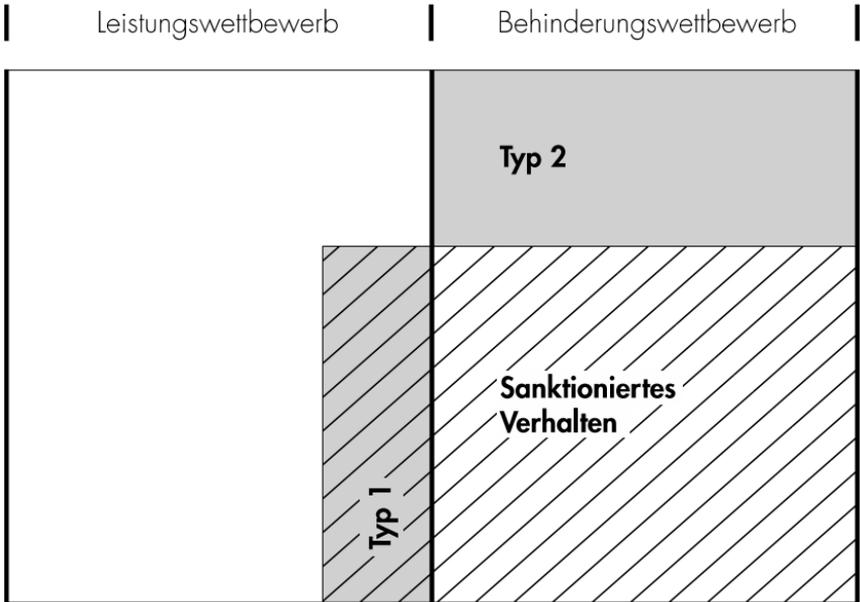
417 Zu Recht kritisch *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 315, gemäss welchem es sich gerade hierbei um typische juristische Handwerkskunst handle, die Rechtssicherheit und Rationalität der Rechtsanwendung garantieren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

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

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

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

Grafik 5: Fehler erster und zweiter Ordnung



Eine Qualifikation als „Fehler“ erfordert nun aber unvermeidlich eine vorgängige normative Festlegung dessen, was als „richtig“ (im Sinne der Fehlerfreiheit) verfolgt wird. Die dargestellte Terminologie wurde namentlich in ihren Anfängen von rechtsökonomischen Kreisen verwendet, die einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz⁴²¹ nahestehen. Massstab für die Beurteilung der Fehlerfreiheit sollte indes eine Orientierung an den (justiziablen) primärrechtlichen Schutzziele sein.⁴²² Inwiefern der *more economic approach* hier zur Fehlerreduktion beiträgt, kann im Rahmen dieser Untersu-

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

421 S. 68 ff.

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

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

(2) Rechtssicherheit

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

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

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

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

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

zumindest ansatzweise erkennen [können], ob er aufgrund seiner Stellung am Markt gesteigerten Verhaltensanforderungen unterliegt und inwieweit das von ihm ins Auge gefasste Verhalten erlaubt oder verboten ist⁴²⁷. Rechtssicherheit ist insofern nie ein absoluter Zustand. Sie ist aber ohne Weiteres von gewichtiger Bedeutung, zumal eine behördliche Kontrolle für das inkriminierte Unternehmen mit langwierigen Verfahren verbunden ist und sehr hohe Kosten (sowohl Verfahrenskosten als auch Verwaltungsbussen, darüber hinaus potenzielle Folgeklagen) verursachen kann.⁴²⁸ Die *ex ante*-Beurteilung des wettbewerblichen Verhaltens durch das Unternehmen selbst kann sich nun als um einiges schwieriger bis unmöglich gestalten, wenn dafür nicht auf die Form, sondern auf die im Einzelfall eintretenden Effekte abzustellen ist. Dies ist der Rechtssicherheit unzutraglich. Dagegen wäre die Vorhersehbarkeit quasi unbedingtweg gewährleistet, wenn ein bestimmtes Verhalten unstreitig durchwegs als (*per se*) legal oder illegal qualifiziert werden könnte.⁴²⁹ Indes erweist sich dies als kaum realisierbar; die Typologie wettbewerblicher Verhaltensmuster ist nahezu unendlich und ihre Wettbewerbskonformität respektive -widrigkeit lässt sich phänomenologisch kaum auseinanderhalten.⁴³⁰ Dem hat folgerichtig auch die Kartellgesetzgebung Rechnung getragen – konkret vorliegend betreffend Art. 102 S. 1 AEUV: Verboten ist „die *missbräuchliche* Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“ (kursiv nur hier), womit die Norm selbst

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) Ergebnis

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

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

439 S. soeben 106 f.

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

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

d) Prioritätenmitteilung

aa) Entstehungsgeschichte

Das Missbrauchsverbot war der letzte Bereich des unionsrechtlichen Kartellrechts, in welchem ein ökonomisch gefärbter Reformierungsprozess eingeläutet wurde. Ende des Jahres 2005 veröffentlichte die Generaldirektion „Wettbewerb“ das „Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses“ (Diskussionspapier). Vorgängig war sie von der Economic Advisory Group for Competition Policy (EAGCP) beraten worden, welche sich für einen dezidierten *more economic approach*⁴⁴² im Bereich des Behinderungsmisbrauchsrechts ausgesprochen hatte.⁴⁴³ Als Argument für eine Erstreckung der Beurteilung wettbewerblichen Verhaltens anhand von dessen wohlfahrtsökonomischen Effekten im Einzelfall wurde – neben der dargestellten Kritik⁴⁴⁴ – die „Kohärenz der Rechtsanwendung“ angeführt, womit eine parallele Anwendung von Art. 101 und Art. 102 AEUV auf denselben Sachverhalt regelmässig zu „gleichen oder wertungsgleichen Ergebnissen“ führen würde.⁴⁴⁵ Die Ausführungen im Diskussionspapier beschränken sich auf das Verbot des Behinderungsmisbrauchs,⁴⁴⁶ welches im Zentrum der wettbewerbspolitischen Debatte steht und einen Schwerpunkt in der Anwendungspraxis der Kommission darstellt.⁴⁴⁷ Im Anschluss an dessen Publikation gingen zahl-

442 S. 104 ff.

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

444 S. schon 103 f.

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

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

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

reiche Stellungnahmen ein und Mitte 2006 fand ein abschliessendes Hearing statt. Die Kommission stellte einen Leitlinien-Entwurf in Aussicht.⁴⁴⁸ Ende 2008 veröffentlichte sie stattdessen den Entwurf ihrer Mitteilung „Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fällen von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen“ (Prioritätenmitteilung; Guidance Paper); im Februar 2009 wurde die endgültige Fassung veröffentlicht.⁴⁴⁹ Es war das erste Mal, dass ein Dokument mit dieser Bezeichnung im Bereich des Wettbewerbsrechts durch die Kommission erlassen wurde.⁴⁵⁰ Zwischen der Ankündigung eines Leitlinien-Entwurfs und der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung⁴⁵¹ lagen insbesondere die Entscheidungen des *EuGH* in Sachen *British Airways* sowie des *EuG* in Sachen *Microsoft*⁴⁵², welche den *more economic approach* im Bereich des Missbrauchsverbots in die (verfassungs-)rechtlichen Schranken verwiesen haben.⁴⁵³

bb) Inhalt

(1) Zweckbetuerung und allgemeine Ausführungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Prioritätenmitteilung enthält neben Ausführungen zu den Auf- und Eingreifkriterien⁴⁵⁹ des weiteren Bemerkungen zur Bestimmung von Marktmacht⁴⁶⁰ sowie zu den Rechtfertigungsgründen „Objektive Notwendigkeit“ und „Effizienzvorteile“.⁴⁶¹ Sie schliesst mit einem umfangreichen Kapitel zu spezifischen Formen missbräuchlichen Verhaltens, welches

454 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 2 u. 4.

455 *Ibid.*, Tz. 3.

456 *Ibid.*, Tz. 5.

457 *Ibid.*, Tz. 6.

458 *Ibid.*, Tz. 16.

459 S. sogleich 118 ff.

460 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 9-18; weiterf. schon 47 f.

461 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 28-31; weiterf. 137; kritisch zur Einführung der Begriffe Marktmacht und Marktverschliessung als „neue Zentralkategorien“ sowie zur Erstreckung von Art. 101 Abs. 3 auf Art. 102 AEUV: *Heinemann*, Verhaltenskon-

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

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

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

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

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

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

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

(2) Aufgreifkriterium

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

Die Einleitung, Durchführung sowie Art der Beendigung eines Verfahrens vor der Kommission ist geprägt vom Opportunitätsprinzip.⁴⁶⁸ Gemäss dem *EuGH* darf die Kommission zur wirksamen Erfüllung der in Art. 105 Abs. 1 AEUV aufgeführten Aufgaben⁴⁶⁹ den ihr vorliegenden Beschwerden unterschiedliche Priorität zuweisen.⁴⁷⁰ *Pace* führt indes überzeugend aus, dass die Kommission nach der zitierten Rechtsprechung nicht befugt sei, *ex ante* und generell Verhaltensweisen zu benennen, welche die Einleitung eines Verfahrens auslösen würden. Vielmehr sei die Kommission lediglich ermächtigt, „einzelbeschwerdeweise“ und unter Berücksichtigung ihrer beschränkten Kapazitäten zu entscheiden, ob ein genügendes Unionsinteresse zur Verfolgung eines konkreten Falles bestehe.⁴⁷¹ Indem die Kommission im Prioritätenpapier ein generell-abstraktes Aufgreifkriterium einführt, bewegt sie sich ausserhalb der angeführten Rechtsprechung.

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

466 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 5.

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

468 *Weiss*, Europäisches Kartellverfahrensrecht, in: Terhechte (Hrsg.), 1727 ff., 1760.
469 S. 130.

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

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

zum geltenden Missbrauchsverbot⁴⁷² offensichtlich übermässig und kann damit mitnichten als eine exakte Nachzeichnung desselben bezeichnet werden.⁴⁷³ Diese einseitige grundsätzliche Festlegung ist *m.E.* – die generelle Anwendung nicht explizit angeführter Kriterien vorbehalten – kritisch zu beurteilen. Das Aufgreifkriterium ist im Übrigen (zu) wenig bestimmt, da keine Anhaltspunkte bestehen, auf welche statischen oder dynamischen Effekte die Kommission abstellen will. Unternehmen sehen sich damit erheblichen Unsicherheiten betreffend die Frage gegenüber, ob ein Verfahren gegen sie eröffnet wird; das Aufgreifkriterium wird ihnen wohl kaum als Hilfestellung dienen, damit sie abschätzen können, ob ein bestimmtes Verhalten ein Tätigwerden der Kommission nach Art. 102 AEUV auslösen könnte.⁴⁷⁴ Die Problematik erscheint umso gravierender, als der Beschluss zur Einleitung eines Verfahrens im Sinne von Art. 2 VO 773/2004 nicht selbständig angefochten werden kann.⁴⁷⁵ Eine inzidente Kontrolle des Aufgreifkriteriums durch die Unionsgerichte ist mithin unmöglich.⁴⁷⁶

(3) Eingreifkriterium

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

472 S. 99 ff.

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

474 Vgl. soeben 115 ff.

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

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

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

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

„(Market) foreclosure“ ist im gegenständlichen Kontext augenscheinlich ein aus der Industrieökonomik⁴⁸² herzuleitender Begriff.⁴⁸³ Es kommt ihm mithin in einem ersten Schritt eine rein deskriptive Bedeutung zu.⁴⁸⁴ Nach *Tirole* umschreibt er „very loosely [...] commercial practices (including mergers) that reduce the buyers' access to a supplier and/or limit the

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

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

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

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

482 S. 26 f.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

foreclosure“).⁴⁹¹ Damit der Begriff der Marktverschliessung allerdings für die Beurteilung von möglicherweise behinderungsmissbräuchlichen, sich gegen aktuelle oder potenzielle Wettbewerber auf dem beherrschten oder einem benachbarten Markt gerichtete Verhaltensweisen⁴⁹² eine umfassende Verwendung finden kann, sollte er gegenständlich weit gefasst sein und folglich – wie in der Prioritätenmitteilung richtigerweise unterlassen – in den identifizierten Dimensionen keine Einschränkung erfahren.⁴⁹³

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

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

492 S. schon 97 ff.

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

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

495 Zum Begriff s. schon 53.

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

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

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

Das von der Kommission propagierte allgemeine Eingreiffkriterium der „aller Wahrscheinlichkeit nach“ eintretenden „wettbewerbswidrigen

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

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

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

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

500 *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), N 204 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf Tz. 99 der Vorauf. v. *Bulst*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), Art. 102 AEUV.

501 Zum Begriff s. 68 ff.

502 Keine Hand bieten sollte ein „weites“ Verständnis des „Verbrauchernachteil“-Begriffs indes zu einer eklektischen Handhabung des Wohlstandsstandards durch eine Berücksichtigung von Partikularinteressen, welche anderweitig nicht legitimiert sind, vgl. die entsprechenden Überlegungen schon auf 76.

Marktverschliessung“ kann als vor- und umsichtiger Ansatz bezeichnet werden, die vielgestaltigen Erscheinungsformen behinderungsmissbräuchlichen Verhaltens zu erfassen.⁵⁰³ Bedenklich erschiene es allemal, wenn – wie die eingangs zitierte allgemeine Umschreibung des Kriteriums den Eindruck entstehen lassen vermag – negative Effekte auf die Konsumentenwohlfahrt in signifikanter Weise in den Beurteilungsrahmen miteinbezogen würden. Wiederholt wäre auf die ungenügende Mess- und Vorhersehbarkeit von dynamischen Markteffekten hinzuweisen.⁵⁰⁴

Nach hier vertretener Auffassung sollte dem „Verbrauchernachteil“ indessen kein derartiger Status bei der Beurteilung einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung zukommen. Zu viel Gewicht erhält das fragliche Kriterium allerdings, wenn eine zweischrittige Prüfungsstruktur für das Eingreifkriterium („[i] Marktverschliessung; [ii] Verbrauchernachteil“) propagiert wird,⁵⁰⁵ weil die beiden Merkmale infolgedessen „auf dieselbe Ebene“ gestellt würden. Freilich ist die Überschrift zu den Tz. 19-22 der Prioritätenmitteilung (zumindest in der deutschen Fassung) doppelsin-

503 Ähnlich *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 204 zu Art. 102 AEUV; s.a. *Immenga/Mestmäcker*, in: dies. (Hrsg.), N 33 zu Einl EU D, gemäss welchen der „wohlfahrtstheoretische Ansatz [aber] nicht überwunden“ sei, m.w.Hinw.

504 S. 68 f.; 83 f.

505 So aber *Neven/Zenger*, C & R 2011, 25 ff., 27: „The relevant test for finding anti-competitive unilateral conduct is therefore (i) to show that the conduct is very likely to foreclose competitors (foreclosure) and (ii) that such foreclosure is likely to reduce consumer welfare relative to the counterfactual (consumer harm)“; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 204 zu Art. 102 AEUV: „Es handelt sich im Grundsatz um einen zweistufigen Test: In einem ersten Schritt wird das Potenzial einer Verhaltensweise zur Behinderung von Wettbewerbern untersucht. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob sich daraus Nachteile für Verbraucher ergeben“ (Hervorh. weggelassen); *Renda*, CEPS SP 118 (2015), 37; s.a. *Petit*, 32 World Comp. 485 (2009), 489 ff.: „A careful reading of this definition [*Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19, s. im Text i.i.] suggests that the concept of ‚anti-competitive foreclosure‘ is composed of two constituent elements, namely *foreclosure* [...] and *consumer harm* [...], which the Commission must prove to reach a finding of abuse under the effects-based approach“ (*Petit, ibid.*, 489; Hervorh. im Original, notabene stark relativierend alsdann *ibid.*, 492 f.: „The Communication’s language makes the consumer harm requirement redundant“); zutreffender hingegen *Schröter/Bartl*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 186 zu Art. 102.

nig;⁵⁰⁶ mutmasslich missverständlich sind auch die Ausführungen ebendort, wonach „[d]ie Feststellung eines voraussichtlichen Schadens für den Verbraucher [...] auf der Grundlage qualitativer und, wann immer möglich und zweckmässig, auch anhand quantitativer Beweismittel erfolgen kann“.⁵⁰⁷ Der aller Wahrscheinlichkeit nach eintretende Verbrauchernachteil ist aber – wie die Umschreibung der Kommission sogleich klarstellt („in der Folge“⁵⁰⁸) – lediglich Effekt der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung; regelmässig „wettbewerbswidrig“ ist letztere bereits, wenn sie *im Markt* aller Wahrscheinlichkeit nach die inkriminierten Wirkungen nach sich zieht.⁵⁰⁹

Die hier vertretene Auffassung erhellt einerseits, wenn man sich die in der Prioritätenmitteilung zur Bestimmung einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung angeführten allgemeinen Faktoren vergegenwärtigt, welche allesamt keinen direkten Bezug auf einen Verbrauchernachteil nehmen.⁵¹⁰ *Monti* konkludiert, dass „foreclosure is assumed to cause con-

506 Sie lautet: „Marktverschliessung zum Schaden des Verbrauchers („wettbewerbswidrige Marktverschliessung“ (Hervorh. d. Verf.); die Bezugnahme auf einen einzelnen resp. bestimmten Verbraucher ist kaum beabsichtigt und wohl ein Redaktionsfehler; schon besser die engl. Fassung: „Foreclosure leading to consumer harm („anti-competitive foreclosure“ (Hervorh. d. Verf.).

507 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 19.

508 S.a. *Peeperkorn/Viertio*, CPN 2009, 17 ff., 18: „determining whether the allegedly abusive conduct is likely to restrict competition and thereby harm consumers“.

509 Entsprechend *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 24 – *Post Danmark*; möglicherweise anders *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.280: „What distinguishes anti-competitive exclusion from competition on the merits is whether, as a result of the exclusion, consumers are likely to be harmed“; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Tz. 96 zu Art. 102 AEUV: „Ob eine Marktverschliessung wettbewerbswidrig ist, hängt nach den Durchsetzungsprioritäten also davon ab, ob sie wahrscheinlich nachteilige Auswirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt zur Folge hat“; relativierend indes *Bulst*, *RabelsZ* 2009, 703 ff., 719, 725; vgl. im Übrigen die Umschreibung einer „market distorting foreclosure“ in *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 1 u. Tz. 58, sowie *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 6: „Mit ihrem Vorgehen im Falle von Behinderungsmissbrauch will die Kommission in erster Linie den Wettbewerbsprozess schützen [...]“.

510 S. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20, weiterf. sogleich im Text; *gl.M. Monti*, *JECL&P* 2010, 2 ff., 3; *a.M. Lovdahl Gormsen*, *ECLR* 2010, 45 ff., 47, 49.

sumer harm“.⁵¹¹ Dem ist zuzustimmen, wenn – und wie von *Monti* wohl impliziert – ein gewisser Grad der Marktverschliessung erreicht worden ist, und letztere ferner von einer gewissen Beständigkeit ist.⁵¹² Unbefriedigend wäre es jedenfalls, die Vermutung eines Verbrauchernachteils bereits aus der Tatsache herzuleiten, dass die Wettbewerbsbehörde den Fall überhaupt aufgegriffen hat.⁵¹³ Andererseits ist bezeichnend (und insofern folgerichtig), dass die *Kommission* in der Entscheidung *Intel* den Nachweis eines Verbrauchernachteils lediglich qualitativ geführt hat und jener im Verhältnis zum Nachweis des marktverschliessenden Verhaltens äusserst kurz geraten ist.⁵¹⁴ Eine Quantifizierung von Effizienzschäden ist in der Prioritätenmitteilung im Übrigen in diesem Stadium ohnehin nicht vorgesehen.⁵¹⁵

Dieserart erscheint das allgemeine Eingreifkriterium bei abstrakter Betrachtung – im Gegensatz zum Aufgreifkriterium⁵¹⁶ – grundsätzlich schutzzielkonform und weitgehend mit der Rechtsprechung vereinbar.⁵¹⁷

511 *Monti, ibid.*, mit Verw. auf *Peeperkorn/Viertio*, zit. in Fn. 508; entsprechend *Renda*, CEPS SP 118 (2015), 37; *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 183: „Rather, most [of these general factors] seem to indicate a traditional market structure analysis, from which possible consumer harm could at best be indirectly inferred“.

512 S. schon bei Fn. 497.

513 Weiterf. zum Aufgreifkriterium s. oben 118 f., mit kritischen Anm.

514 *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1597-1616 – *Intel*; die Kommission führte auf sechs S. den Nachweis einer „significant reduction of consumer choice“ und „lower incentives to innovate“; der Marktverschliessungsnachweis anhand des AEC-Tests umfasste 596 Tz. auf 152 S.; *Zenger* und *Walker* sprechen darüber hinaus der Auswahlbeschränkung die Eigenschaft einer *theory of harm* (weiterf. zum Begriff s. 343) ab, s. *dies.*, Theories of harm in European competition law: A progress report, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 185 ff., 207; insgesamt sehr kritisch *Gerardin*, JECL&P 2010, 112 ff., 120; vgl. im Übrigen *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 80 ff., Tz. 102 ff. – *Intel*.

515 Ebenso *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 96 zu Art. 102 AEUV; damit erübrigen sich hier im Grundsatz auch beweismassrechtliche Überlegungen hinsichtlich des „aller Wahrscheinlichkeit nach“ eintretenden Verbrauchernachteils; zu den sich daraus indes ergebenden Implikationen betr. das rechtsgenügende Vorbringen einer Effizienzrechtfertigung s. 142 ff., insb. 143 f.

516 S. den Verw. oben in Fn. 513.

517 Dies ändert notabene nichts am Umstand, dass lediglich Verhaltensweisen einer Eingreifprüfung unterzogen werden, welche vorgängig aufgegriffen worden sind; zumal Aufgreif- und Eingreifkriterium nicht identisch sind, bleiben dementsprechend gewisse wettbewerbswidrige Marktverschliessungen ungesühnt; zu Abweichungen zwischen dem Eingreifkriterium der Kommission und der unionsgerichtl. Rspr. hinsichtl. die Anwendung des AEC-Tests s. 339 ff.

Die Umschreibung des Begriffs „Wettbewerbswidrige Marktverschließung“ lässt erkennen, dass dem Schutz des Restwettbewerbs gebührende Bedeutung zugemessen werden kann.⁵¹⁸ Der hohe Abstraktionsgrad⁵¹⁹ des allgemeinen Eingreifkriteriums wird in der Prioritätenmitteilung durch eine ungewichtete Liste von Faktoren konkretisiert, welche freilich einer weiteren Strukturierung bedarf:⁵²⁰ Nach Auffassung der *Kommission* sind bei der Prüfung die „Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens“, die „Bedingungen auf dem relevanten Markt“, die „Stellung der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens“, die „Stellung der Abnehmer bzw. der Anbieter von Inputs“, das „Ausmass des mutmasslichen missbräuchlichen Verhaltens“, „[m]ögliche Beweise für eine tatsächliche Marktverschließung“ sowie „[u]nmittelbare Beweise für eine Behinderungsstrategie“ zu berücksichtigen.⁵²¹ Darüber hinaus finden sich ergän-

518 Diese Möglichkeit zeigt sich im Übrigen auch daran, dass im Rahmen einer gegebenenfalls vorgebrachten Effizienzrechtfertigung (wiederum) geprüft wird, ob das fragliche Verhalten „einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt“, s. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 4. Lemma; weiterf. 147 f.

519 Vgl. *Wurmnest*, Marktmacht und Verdrängungsmisbrauch, 356; vgl. die kritische Beurteilung bei *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 80: „[T]he concept of anticompetitive foreclosure advanced in the Guidance Paper is both uninformative and potentially overinclusive“; zu Typ I-Fehlern s. 108 f.

520 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 20; für eine Darstellung s. auch *Bulst*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), N 101 ff. zu Art. 102 AEUV; für eine (nicht restlos korrespondierende) Auflistung von „relevant factors for finding abuse“ s. *Rose/Bailey* (Hrsg.), *Bellamy & Child*, *European Law of Competition*, Rn. 10.056; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 80 bemerken m.w.Hinw., dass diese „plus factors“ zwar Folge missbräuchlichen Verhaltens sein können, wohlgemerkt aber nicht müssen; den „structural, not behavioural“ Charakter dieser Faktoren betonend, „and so they are relevant to dominance rather than abuse“: *Temple Lang*, *Fondazione Eni Enrico Mattei WP* 2009, 12; nochmals *Temple Lang*, 39 *World Comp.* 5 (2016), 6, 19; s.a. *Temple Lang/Renda*, *Final Report of a CEPS Task Force*, 25 ff.; insgesamt unkritisch etwa *Whish*, *National competition law goals and the Commission's Guidance on Article 82 EC: the UK experience*, in: *Pace* (Hrsg.), 152 ff., 156.

521 Kritisch hinsichtlich letzteren Kriteriums: *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 80, mit Verw. auf *Temple Lang*, *Fondazione Eni Enrico Mattei WP* 2009, wonach dem Nachweis absichtlichen Verhaltens nach der Rspr. keine konstitutive Bedeutung zukomme; s. hierzu schon 102 f. mit Verw. auf die stark relativierenden Ausführungen auf 299 ff.

zende Ausführungen zu spezifischen Formen des Behinderungsmissbrauchs. Als besonderes Kriterium will die Kommission bei preisbezogenen Verhaltensweisen untersuchen, ob andere, genauso effiziente Wettbewerber (as efficient competitors) wie das marktbeherrschende Unternehmen daran gehindert werden beziehungsweise bereits gehindert worden sind, am Wettbewerb teilzunehmen.⁵²² Diese umfangreiche Begründung einer *prima facie* Missbräuchlichkeit erübrigt sich nach der Prioritätenmitteilung schliesslich lediglich bei Verhaltensweisen, welche als „by object“-Wettbewerbsbeschränkungen – wie etwa sogenannte reine Beschränkungen (naked restrictions) – qualifiziert werden.⁵²³

cc) Rechtsnatur und Erlasskompetenz

Die Erläuterung zu den Prioritäten der Kommission trägt die Bezeichnung „Mitteilung“. Derartige Massnahmen sind im AEUV nicht ausdrücklich vorgesehen.⁵²⁴ Im Allgemeinen kommt Mitteilungen die Funktion zu, nationale Stellen auf ihre unionsrechtlichen Rechte und Pflichten hinzuweisen oder sie formulieren durch Auslegung des Unionsrechts einheitliche Anwendungsregeln für die Kommission.⁵²⁵ Art. 288 AEUV enthält einen Katalog möglicher Rechtsakte der Union, welcher nach *h.L.* keine abschliessende Aufzählung zulässiger Handlungsformen der Unionsorgane

522 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 23-27; *de la Mano/Nazzini/Zenger*, Article 102, in: Faull/Nickpay (Hrsg.), Tz. 4.270 ff.; weiterf. 162 ff.

523 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 22; s. *Kommission*, Entscheidung v. 13.5.2009, COMP/37.990, Tz. 1641 ff. – *Intel*; *EuG*, Urt. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 198 ff. – *Intel*; ebenso *Schröter/Bartl*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 185 zu Art. 102; kritisch hinsichtlich dieser Kategorie, weil es sich um sehr seltene Fälle handeln soll: *Temple Lang/Renda*, Final Report of a CEPS Task Force, 24 f.; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 449 f.; dies legt im Übrigen nahe, dass für die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit einer Marktverschliessung der Rechtfertigungsschritt grundsätzlich bereits erfolglos durchlaufen sein sollte; in i.d.S. wohl *Peeperkorn/Viertio*, CPN 2009, 17 ff., 18; weiterf. *Roth*, *AJP* 2017, 1341 ff., 1345.

524 S. nur *Whish*, National competition law goals and the Commission's Guidance on Article 82 EC: the UK experience, in: *Pace* (Hrsg.), 152 ff., 156: Eine Mitteilung, die „Prioritäten“ enthalte, sei „a concept not recognised in any of the legislative acts as set out in the EU Treaties“.

525 S. nur *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), N 33 zu Art. 288 AEUV, m.w.Verw.

darstellt.⁵²⁶ Mitteilungen sind keine mit gesetzlicher Bindungswirkung ausgestatteten Rechtsakte im Sinne von Art. 288 Abs. 1 bis Abs. 4 AEUV (Verordnung, Richtlinie, Beschluss).⁵²⁷ Es erfolgt denn auch keine Publikation von Mitteilungen im Teil „L“ des Amtsblatts der Europäischen Union, sondern in dessen Teil „C“, in welchem keine rechtlich verbindlichen Akte veröffentlicht werden.⁵²⁸ Weiter sind Mitteilungen von den Empfehlungen und Stellungnahmen im Sinne von Art. 288 Abs. 5 AEUV zu unterscheiden, wobei sie jenen in Bedeutung und Wirkung regelmässig nahe kommen und sich die Abgrenzung folglich schwierig gestalten kann.⁵²⁹ Betreffend Empfehlungen und Stellungnahmen gilt indes – wie im Übrigen auch bei Verordnungen, Richtlinien und Beschlüssen – der Grundsatz der beschränkten Einzelermächtigung;⁵³⁰ jener gilt nicht für Mitteilungen. Im Ergebnis sind Mitteilungen somit einer eigenständigen Kategorie des EU-Rechts zuzuordnen (Unvertypete Rechtsakte *sui gene-*

526 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), N 98 zu Art. 288 AEUV; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 2 zu Art. 288 AEUV; *Brohm*, Die „Mitteilungen“ der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 65.

527 *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 189 zu Art. 102; *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 21 zu Art. 1 VO 1/2003; *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 424; es handelt sich damit formell nicht um delegierte Rechtsakte oder Durchführungsrechtsakte nach Art. 290 f. AEUV, allein schon, da sie ohne Mitwirkung von Rat oder Parlament erlassen werden (vgl. Art. 103 Abs. 1 AEUV), weiterf. *Brohm*, Die „Mitteilungen“ der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 54 ff.; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 286 f.; zur Qualifikation als „Quasisekundärrecht“ resp. „Tertiärrecht“ infolge faktischer Bindungswirkungen s. 135.

528 *EuGH*, Urt. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, Tz. 30 – *Expedia*; *EuGH*, Urt. v. 12.5.2011, Rs. C-410/09, Tz. 35 – *Polska Telefonia Cyfrowa*; *Brohm*, Die „Mitteilungen“ der Kommission im Europäischen Verwaltungs- und Wirtschaftsraum, 59 f., mit Hinw. auf die weitere Unterscheidung des Teils in L (I) (Rechtsakte mit Gesetzescharakter) und L (II) (Rechtsakte ohne Gesetzescharakter) u.w.Hinw.; *Korah*, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in applying Article 82 to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings, in: Pace (Hrsg.), 8 ff., 19, mit dem Hinw., dass „Autorin“ die Kommission und nicht (bloss) das Sekretariat sei.

529 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 33 zu Art. 288 AEUV betr. Stellungnahmen; vgl. *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 77, Fn. 102 betr. Empfehlungen.

530 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 144 u. N 147 zu Art. 288 AEUV; *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), N 97 zu Art. 288 AEUV.

ris).⁵³¹ Sie zählen hierin zur Gruppe der europarechtlichen Verwaltungsvorschriften.⁵³²

Die Kommission hat nur punktuelle und im Bereich des Missbrauchsverbots nicht einschlägige originäre Rechtsetzungsbefugnisse.⁵³³ Der Erlass von Mitteilungen bedarf einer Zuständigkeit im fraglichen Sachgebiet.⁵³⁴ Der Kommission als Exekutivorgan der Union obliegt es nach Art. 105 Abs. 1 AEUV, auf die Verwirklichung der in Art. 101 und Art. 102 AEUV niedergelegten Grundsätze zu achten; sie hat die Wettbewerbspolitik der europäischen Union festzulegen und gemäss ihrer Ausrichtung durchzuführen. Damit ist die Befugnis der Kommission zum Erlass von Mitteilungen im Bereich des Missbrauchsverbots begründet.⁵³⁵

531 *Ruffert, ibid.*, N 98 u. N 102 zu Art. 288 AEUV; *Pampel*, EuZW 2005, 11 ff., 12; *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 423 f., welcher Mitteilungen als eine Subeinheit von „Leitlinien“ bezeichnet. Der Begriff „Leitlinien“ wird indes soweit ersichtlich mehrheitlich für Kommissionspapiere in der Form von Mitteilungen verwendet, welchen eine gewisse (auch nur faktische) materielle Verbindlichkeit zukommen (soll) (vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 16 zu Art. 102 AEUV; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 75 ff.); die Publikation von Leitlinien erfolgt aber offenbar in der Form von Bekanntmachungen der Kommission (z.B. Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, 2004/C 101/07); zur rechtlichen Bedeutung der Prioritätenmitteilung s. sogleich 132 ff.; ferner *Siegel*, NVwZ 2008, 620 ff., zum offenbar deckungsgleichen Begriff der „Auslegungsmitteilung“.

532 *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), N 100 u. N 102 zu Art. 288 AEUV; weiterf. *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 287 ff.; vgl. *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 286 f., welche die Prioritätenmitteilung der Kategorie der sog. „non regulatory documents“ zuordnen: „Formally, the Guidance Paper is, thus, merely a tool created by the Commission for the purpose of its own application of art.82 EC [...]“.

533 Vgl. nur *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, Rn. 365; *Kugelmann*, in: *Streinz* (Hrsg.), N 31 zu Art. 17 EUV; daneben kann die Kommission von Rat und Parlament ermächtigt werden, Ergänzungen oder Änderungen bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften eines Gesetzgebungsakts zu erlassen (Delegierte Rechtsakte; Art. 290 AEUV) oder Durchführungsrechtsakte zur Herstellung einheitlicher Bedingungen für die Durchführung verbindlicher Rechtsakte zu erlassen (Art. 291 AEUV), hierzu soeben Fn. 527.

534 *Thomas*, EuR 2009, 423 ff., 424.

535 Vgl. *Puffer-Mariette*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 5 zu Art. 4 VO 1/2003; *Puffer-Mariette, ibid.*, N 20 zu Art. 1 VO 1/2003; *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, § 13 N 22.

Während die grundsätzliche Befugnis zum Erlass einer Mitteilung im Bereich des Missbrauchsverbots wohl unstrittig ist, wird der konkrete Gehalt der Prioritätenmitteilung kritischer beurteilt.⁵³⁶ Es wird darüber hinaus grundsätzlich beanstandet, dass die Kommission ihre Wettbewerbspolitik zunehmend in allgemeinen Bekanntmachungen anstatt anhand von individuellen Entscheidungen entwickelt. Damit werde die Möglichkeit der Rechtsprechung stark eingeschränkt, zu neuen, regelmässig umstrittenen Fragen zeitnah Stellung beziehen zu können.⁵³⁷ Einleitend ist in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit hinzuweisen, innert zweimonatiger Frist eine Nichtigkeitsklage gegen Mitteilungen zu erheben. Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* ist die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV gegen alle Massnahmen der europäischen Organe unabhängig von ihrer Rechtsnatur oder Form gegeben, die Rechtswirkungen erzeugen.⁵³⁸ Insofern Mitteilungen keine eigenständigen Verpflichtungen enthalten, ist gegen sie auch kein Rechtsschutz möglich (vgl. die Analogie zu Empfehlungen und Stellungnahmen; Art. 263 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 288 Abs. 5 AEUV).⁵³⁹ Überschreitet die Kommission indes ihre Befugnisse und ordnet eigenständige Verpflichtungen an, kann eine Mitteilung mit Nichtigkeitsklage angefochten werden. Entscheidender Massstab sowohl für Zulässigkeit wie auch Begründetheit einer Nichtigkeitsklage ist alsdann, ob die Mitteilung sich tatsächlich auf die Darstellung des geltenden Rechts beschränkt. Nur eine exakte Nachzeichnung respektive „authentische Auslegung“ erscheint mithin als unbedenklich.⁵⁴⁰ Gegen die Prioritätenmitteilung wurde innert Frist keine Nichtigkeitsklage erhoben; jene ist unterdessen abgelaufen (vgl. Art. 263 Abs. 6 AEUV).⁵⁴¹

Auch ein Beschluss der Kommission im Sinne von Art. 288 Abs. 1 AEUV kann indes mittels Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 2 AEUV angefochten und dabei auf seine unionsrechtli-

536 S. soeben 115 ff.

537 *Schröter*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 38 zu Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV.

538 *EuGH*, Urt. v. 20.3.1997, Rs. C-57/95, Tz. 7 – *Frankreich/Kommission*; *EuGH*, Urt. v. 16.6.1993, Rs. C-325/91, Tz. 9 – *Frankreich/Kommission*; *EuGH*, Urt. v. 31.3.1971, Rs. 22/70, Tz. 42 – *Kommission/Rat*.

539 *Schroeder*, in: *Streinz* (Hrsg.), N 148 zu Art. 288 AEUV.

540 Weiterf. *Thomas*, *EuR* 2009, 423 ff., 425; *Härtel*, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, § 13 N 43 ff.; *Siegel*, *NVwZ* 2008, 620 ff., 620.

541 Weiterf. nur *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), N 75 zu Art. 263 AEUV.

che Rechtmässigkeit überprüft werden.⁵⁴² Dadurch kann die Prioritätenmitteilung, sofern die Entscheidung der Kommission sich inhaltlich auf jene abstützt, gegebenenfalls einer inzidenten Prüfung unterzogen werden. Es ist hierbei zu beachten, dass in den Rechtsmittelverfahren vor den Unionsgerichten grundsätzlich lediglich die vorgebrachten Klagegründe geprüft werden; eine umfassende Überprüfung der rechtlichen (sowie tatsächlichen) Erwägungen der Kommission findet nicht statt.⁵⁴³ Eine Verletzung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots infolge Anwendung der Prioritätenmitteilung müsste diesfalls also konkret gerügt werden.

dd) Rechtliche Wirkungen

Der *EuGH* hat betreffend die Innenwirkung einer Mitteilung festgehalten, dass Verwaltungsvorschriften die erlassende Behörde in ihrem Ermessen zu beschränken vermögen (Gleichbehandlungsgrundsatz); daneben ist bei Massnahmen mit Aussenwirkung überdies der Vertrauensgrundsatz zu be-

542 S. nur *Ehricke*, in: Streinz (Hrsg.), N 46 zu Art. 263 AEUV; weiterf. zur formal unbeschränkten Prüfung einer Geldbusse auch durch den *EuGH* (Art. 31 VO 1/2003 i.V.m. Art. 261 AEUV) s. nur *Kienapfel*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Art. 31 VO 1/2003.

543 *Schwarze/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 56 ff., m.w.Hinw.; fortwährende Rspr. auch unter Geltung von Art. 31 VO 1/2003, s. *EuGH*, Urt. v. 10.7.2014, Rs. C-295/12, insb. Tz. 55 – *Telefónica*, mit Verw.; vgl. *EuG*, Urt. v. 29.6.1995, Rs. T-30/91, Tz. 98 – *Solvay*; vgl. zur entsprechenden Rechtslage in der Schweiz: *BVGer*, Urt. v. 24.2.2010, Rs. B-2050/2007, Erw. 10.7.4 d) – *Swisscom*; kritisch *Heinemann*, The Setting of Fines - Efficiency and Due Process, in: Baudenbacher (Hrsg.), 138 ff., 149, gemäss welchem „[i]t seems preferable to develop a more active role of the courts when examining the legality of administrative decisions“, zumal „it seems not very satisfying that in a case brought by several applicants involved in the same anti-competitive behaviour the outcome may vary depending on the pleas of the parties“.

achten.⁵⁴⁴ Der Prioritätenmitteilung kommt Aussenwirkung zu.⁵⁴⁵ Die Innen- und Aussenwirkung erscheinen diesfalls gewissermassen als zwei Seiten derselben Medaille.

Inwieweit eine Mitteilung gleiche Behandlung der Adressaten gebietet und deren Vertrauen auf konsistente Anwendung schützt, darf indes nicht nur von der formellen Qualifikation als „Mitteilung“ abhängen, sondern vielmehr auch von deren tatsächlichen Inhalt.⁵⁴⁶ Betreffend eine Beschränkung ihres Aufgreifermessens relativiert die Kommission insofern ihren Selbstbindungswillen in der Prioritätenmitteilung, als sie sich ausdrücklich die Möglichkeit vorbehält, eine Beschwerde abzulehnen, wenn sie der Auffassung ist, dass der betreffende Fall trotz Erfassung durch den in der Prioritätenmitteilung ausgeführten allgemeinen Rahmen aus ande-

544 *EuGH*, UrT. v. 13.12.2012, Rs. C-226/11, Tz. 28 – *Expedia*; *EuGH*, UrT. v. 28.6.2005, verb. Rs. C-189/02, C-202/02, C-205/02 bis C-208/02, C-213/02, Tz. 209 ff. – *Dansk Rørindustri*: „[Der *EuGH*] hat in Bezug auf von der Verwaltung erlassene interne Massnahmen bereits entschieden, dass sie zwar nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden können, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat, dass sie jedoch eine Verhaltensnorm darstellen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind. [...] Diese Rechtsprechung ist erst recht auf Verhaltensnormen übertragbar, die Aussenwirkungen entfalten sollen, wie es bei den Leitlinien der Fall ist, die Wirtschaftsteilnehmer betreffen. [...] Das fragliche Organ hat dadurch, dass es derartige Verhaltensnormen erlassen und durch ihre Veröffentlichung angekündigt hat, dass es sie von nun an auf die von diesen Normen erfassten Fälle anwenden werde, die Ausübung seines Ermessens beschränkt und kann nicht von diesen Normen abweichen, ohne dass dies gegebenenfalls wegen eines Verstoßes gegen allgemeine Rechtsgrundsätze wie die der Gleichbehandlung oder des Vertrauensschutzes geahndet würde“; vgl. *Pampel*, *EuZW* 2005, 11 ff., 12, mit Verw. auf die gleichgelagerte ältere *Rspr.* des *EuG* in UrT. v. 3.4.2003, Rs. T-119/02, Tz. 242 – *Philips/Kommission*, UrT. v. 17.12.1991, Rs. 7/89, Tz. 53 – *Hercules Chemicals* u. UrT. v. 30.4.1998, T-214/95, Tz. 89 – *Vlaams Gewest*; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 148 zu Art. 288 AEUV; *Härtel*, *Handbuch Europäische Rechtsetzung*, § 13 N 32.

545 *S. Bulst*, *RabelsZ* 2009, 703 ff., 708; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 26 zu Art. 102 AEUV.

546 Vgl. die ständige *Rspr.* des *EuG*, wonach sich auf den Vertrauensschutz (nur) berufen kann, wem gegenüber die Unionsverwaltung durch bestimmte und unbedingte Zusicherungen begründetes Vertrauen geweckt hat (*EuG*, UrT. v. 19.3.2003, Rs. T-273/01, Tz. 26 – *Innova Privat-Akademie GmbH*; *EuG*, UrT. v. 21.7.1998, verb. Rs. T-66 u. T-221/97, Tz. 104 u. Tz. 107 – *Mellet*; *EuG*, UrT. v. 18.1.2000, Rs. T-290/97, Tz. 59 – *Mehibas Dordtselaan*).

ren Gründen (bspw. fehlendes Gemeinschaftsinteresse) nicht prioritär zu behandeln ist.⁵⁴⁷ Allgemein behält sich die Kommission vor, „den in dieser Mitteilung erläuterten Ansatz in dem Masse an[z]upassen, das im jeweiligen Fall vernünftig und zweckmässig erscheint“.⁵⁴⁸ Auch das Eingreifkriterium will die Kommission nicht zwingend unisono handhaben.⁵⁴⁹ Allein die Prioritätenmitteilung vermag deshalb wohl nur bedingt ein schutzwürdiges Vertrauen in eine konsistente und gleichmässige Anwendung der dargelegten Prinzipien zu begründen.⁵⁵⁰ Im Zusammenspiel mit einer entsprechenden Rechtsanwendung durch die Kommission wird sich dieses freilich erhärten können.

Die Prioritätenmitteilung entfaltet gegenüber den Unionsgerichten keine rechtlichen Bindungswirkungen.⁵⁵¹ Die Gerichte und Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind an Mitteilungen grundsätzlich nur dann gebunden, wenn sie ihnen zugestimmt haben (Begründung eines quasi-vertraglichen Charakters).⁵⁵² Daneben besteht die Möglichkeit, dass ein Mitgliedsstaat eine Ausrichtung seines Wettbewerbsrechts an jenem der

547 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 3; *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 33, geht von einer „gewissen Selbstbindung“ aus.

548 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 8; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 27 zu Art. 102 AEUV.

549 *Kommission*, *ibid.*, Tz. 20: „In der Regel“; s.a. die relativierenden Ausführungen zum von einem weniger leistungsfähigen Wettbewerber ausgehenden Wettbewerbsdruck in *ibid.*, Tz. 24, hierzu s.a. 186.

550 Ebenso *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 185, m.w.Hinw.; vgl. *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 15 zu Art. 102 AEUV, welche die Selbstbindungswirkung der Prioritätenmitteilung in der Tendenz u.U. als stärker beurteilen; ebenso *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 287; *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: *Pace* (Hrsg.), 103 ff., 117; s.a. GA in *Kokott*, Schlussanträge v. 21.5.2015, Rs. C-23/14, Tz. 59 – *Post Danmark II*: „Selbstverpflichtung [...], im Hinblick auf preisbezogene Behinderungsmissbräuche in der Regel einen AEC-Test durchzuführen“; weiterf. *Bulst*, *RabelsZ* 2009, 703 ff., 709, 716 ff.; vgl. *EuG*, Ur. v. 12.6.2014, Rs. T-286/09, Tz. 160 ff. – *Intel*.

551 S. schon 129; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 16 zu Art. 102 AEUV.

552 *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.), N 33 zu Art. 288 AEUV; *Thomas*, *EuR* 2009, 423 ff., 433; *Bulst*, *RabelsZ* 2009, 703 ff., 718; sehr deutlich *EuGH*, Ur. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 52 – *Post Danmark II*: „[D]ie Verwaltungspraxis der Kommission [entfaltet] für die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte keine Bindungswirkung“; dagegen sind die Mitgliedsstaaten bei der Ent-

EU festlegt, was unter Umständen eine Pflicht der nationalen Wettbewerbsbehörde zur Berücksichtigung der Prioritätenmitteilung zu begründen vermag.⁵⁵³

ee) Tatsächliche Wirkungen

Von den rechtlichen Wirkungen der Kommissionsmitteilungen können deren tatsächliche unterschieden werden. Die Lehre bedient sich für letztere teilweise der Begriffe „Quasisekundärrecht“ oder „Tertiärrecht“. So spricht *Jickeli* „trotz der rechtlichen Unverbindlichkeit der Leitlinien von ‚Quasisekundärrecht‘, da die Kommission notfalls die Verfahren an sich ziehen kann (Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003), sie dann an ihre eigene Verlautbarung gebunden ist (Selbstbindung der Verwaltung), und die Gerichte ihr einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Würdigung wirtschaftlicher Sachverhalte lassen, die Leitlinien also nicht antasten werden“⁵⁵⁴. Wie gesehen gilt die hier angeführte Selbstbindung der Kommission betreffend die Prioritätenmitteilung nicht absolut,⁵⁵⁵ soweit ersichtlich hat die Kommission vom Evokationsrecht nach Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 noch nie Gebrauch gemacht.⁵⁵⁶ Trotzdem sind die tatsächlichen Bindungswirkungen der Prioritätenmitteilung gegebenenfalls auch für Gerichte und Wett-

scheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten bspw. verpflichtet, Empfehlungen i.S.v. Art. 288 Abs. 5 AEUV zu berücksichtigen, s. *EuGH*, Urt. v. 13.12.1989, Rs. 322/88, Tz. 18 – *Grimaldi*.

553 *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 287, wonach dies u.U. auf Dänemark zutrefte; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 25 zu Art. 102 AEUV, wonach dies in Italien und ansatzweise in Grossbritannien der Fall sei; ebenso *Pace*, The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung, in: Pace (Hrsg.), 103 ff., 116, mit Verw. auf Art. 1 u. Art. 4.1 287/90 (Italien) sowie Sec. 60 Competition Act 1998 (UK).

554 *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: Bechtold/Jickeli/Rohe (Hrsg.), 303 ff., 311, Fn. 38.

555 Vgl. soeben 133 f.

556 Vgl. *Leupold*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 42 zu Art. 11 VO 1/2003; *Kellerbauer*, ECLR 2010, 175 ff., 186, wonach ein derartiges Vorgehen unwahrscheinlich sei, m.w.Hinw.; zum Ganzen s. *Divivier*, Die Reichweite der Befugnis mitgliedstaatlicher Gerichte und Wettbewerbsbehörden zur Anwendung des EU-Kartellrechts, 171 ff.

bewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nicht zu unterschätzen.⁵⁵⁷ Der *EuGH* hat die der Kommission zugewiesene Aufgabe betont, „die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft festzulegen und gemäß ihrer Ausrichtung durchzuführen“.⁵⁵⁸ Die kohärente Anwendung des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots bedingt mithin, dass die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte keine den Entscheidungen der Kommission und der Unionsgerichte widersprechende Rechtsprechung erlassen.⁵⁵⁹ Darüber hinaus dürfen nationale Wettbewerbsbehörden keine „negative Sachentscheidung“ treffen, womit nur die Kommission zuständig ist, die Zulässigkeit eines Verhaltens nach Art. 102 AEUV festzustellen.⁵⁶⁰ Sofern die Kommission das unionsrechtliche Missbrauchsverbotsrecht also entsprechend ihrer Prioritätenmitteilung anwendet und diese Auslegung durch die Unionsgerichte auch gestützt wird, werden tatsächlich auch die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und Gerichte die Prioritätenmitteilung anwenden (müssen).⁵⁶¹

557 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 24 f. zu Art. 102 AEUV; *Immenga/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 10 zu Einl EU D; vgl. *Siegel*, NVwZ 2008, 620 ff., 620, m.w.Verw.; *Gravengaard/Kjaersgaard*, ECLR 2010, 285 ff., 287; zur Bedeutung des Europäischen Netzwerks der Wettbewerbsbehörden (ECN) als Plattform für Prioritätenmitteilungs-„Werbung“ s. *Bulst*, RabelsZ 2009, 703 ff., 718.

558 *EuGH*, Urt. v. 14.12.2000, Rs. C-344/98, Tz. 46 – *Masterfoods*.

559 Vgl. Art. 16 VO 1/2003; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.11.2012, Rs. C-199/11, Tz. 50 ff. – *Otis*; weiterf. zu den Grenzen der Kohärenzpflicht s. nur *Becker/Vollrath*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 25 ff. zu Art. 16 VO 1/2003.

560 *EuGH*, Urt. v. 3.5.2011, Rs. C-375/09, Tz. 30 – *Tele2 Polska*.

561 Im Ergebnis ähnlich: *Rummel*, Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, 34; im Übrigen wird die Möglichkeit von „amicus curiae“ der Kommission an die staatlichen Gerichte (vgl. Art. 15 VO 1/2003) augenscheinlich kaum genutzt.

e) Rechtfertigung

aa) Zweischriftige Prüfung

Art. 102 AEUV enthält im Unterschied zu Art. 101 AEUV mit dessen Abs. 3 keinen Freistellungstatbestand.⁵⁶² (Auch) im Rahmen von Art. 102 AEUV kann ein Verhalten indes nicht missbräuchlich sein, wenn es „gerechtfertigt“ werden kann; ist das Verhalten hingegen missbräuchlich, ist es ausnahmslos („*per se*“) verboten.⁵⁶³ Die Prüfung der Rechtswidrigkeit hat hier mithin vollumfänglich „integral“ zu erfolgen: Im Sinne einer „tatbestandsimmanenten Interessenabwägung“ ist das Merkmal „missbräuchliche Ausnutzung“ danach auszulegen, ob eine Rechtfertigung für das *prima facie* missbräuchliche Verhalten vorliegt. Der *EuGH* bedient sich eines Prüfungsmusters in zwei Schritten, welches sich in jüngerer Zeit – simultan zu den Reformbestrebungen der Kommission – klarer herauszubilden begonnen hat.⁵⁶⁴ Zuerst stellt er fest, ob das Verhalten geeignet ist, den

562 *EuGH*, Urt. v. 16.03.2000; verb. Rs. C-395/96 u. C-396/96; Tz. 135 – *Compagnie maritime belge*: „[...] nach ständiger Rechtsprechung kann für den Missbrauch einer beherrschenden Stellung keine wie auch immer geartete Freistellung gewährt werden“; eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV beeinträchtigt im Übrigen nicht die Anwendung von Art. 102 AEUV s. *ibid.*, Tz. 130; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-310/93, Tz. 11 – *BPB Industries*.

563 *EuGH*, Urt. v. 21.02.1973, Rs. 6/72, Tz. 25 – *Continental Can*; *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 117; vgl. *Fuchs*, Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht?, in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), 69 ff., 87; *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 283: „in some ways a tautology“.

564 *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), N 152 f. zu Art. 102 AEUV, mit dem Hinw., dass sich „Andeutungen“ zu einem solchen Prüfungsmuster schon in der früheren Rspr. finden würden, m.w.Verw.; *Fuchs/Möschel* haben die noch in der Voraufl. v. *Möschel* vorgebrachte dezidierte Kritik an der Zweistufigkeit (s. *ders.*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), 4. Aufl., N 121 zu Art. 82) aufgegeben und sprechen sich nun im Grundsatz für das vom *EuGH* gewählte Vorgehen aus, m.w.Verw. (*ibid.*, N 162 f. zu Art. 102); vgl. *Osterud*, Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings Under EU Competition Law, 245 ff.; kritisch: *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 286 ff., mit Verw. auf die durch die Kommission und die gerichtliche Praxis regelmässig kursorische Prüfung des zweiten Schritts (*ibid.*, 287); vgl. *Fuchs/Möschel*, in: *ibid.*, N 163 zu Art. 102 AEUV, welche zumindest den nennenswerten praktischen Anwendungsbereich der Effizienzrechtfertigung ebenfalls in Frage stellen, hierzu sogleich insb. 147; *Akman*, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 118 f.

Wettbewerbsprozess zu behindern; bejaht der Gerichtshof dies, eröffnet er die Möglichkeit zur Rechtfertigung.⁵⁶⁵

bb) Systematisierung der Rechtfertigungsgründe

Eine allgemein konsentrierte Systematisierung der Rechtfertigungsgründe war bisher nicht möglich; die Rechtsprechung hat eher kasuistischen Charakter.⁵⁶⁶ Grundlegend erscheint, dass sich entsprechend der objektiven Natur des Merkmals „missbräuchliche Ausnutzung“⁵⁶⁷ auch die tatbestandsimmanente Rechtfertigung auf objektive Gründe stützen können muss. Anerkennung findet zum einen die Gruppe der ausserhalb des Unternehmens liegenden, das fragliche Verhalten als „objektiv notwendig“ erscheinenden Gründe.⁵⁶⁸ Grundsätzliche Anerkennung als objektiver Rechtfertigungsgrund finden zum anderen (nun) auch im Rahmen einer „Gesamtbewertung“ eintretende Effizienz-Kompensationen (Effizienzrechtfertigung; *efficiency defence*).⁵⁶⁹ Die Wahrung *eigener* berechtigter wirtschaftlicher Interessen (sog. *meeting competition defence*) ist wohl – jedenfalls im Rahmen des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsver-

565 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 47 – *Post Danmark II*; *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 68 f. – *British Airways*; vgl. *EuGH*, Urt. v. 6.12.2012, Rs. C-457/10, Tz. 134 – *AstraZeneca*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52/09, Tz. 31, 77, 88, 97 – *TeliaSonera*; s. auch *EuG*, Urt. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 696 f. – *Microsoft*; vgl. schon *EuGH*, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Tz. 184 – *United Brands*; *EuGH*, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94, Tz. 37 – *Tetra Pak*; *EuGH*, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, Tz. 52, 2. Lemma – *IMS Health*; zum Ganzen *Friederiszick/Gratz*, 11 JCLE 671 (2015).

566 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 136 zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 156 zu Art. 102 AEUV; *Schröter/Bartl*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 179 zu Art. 102: „Die Äusserungen der Unionsgerichte und der Kommission zum Problembereich der Rechtfertigung summieren sich zu einer bislang wenig systematisierten Kasuistik“; vgl. immerhin die Systematisierungsansätze bei *Jung*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), N 145 ff. zu Art. 102 AEUV.

567 S. 102 f.

568 *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 41 – *Post Danmark*; *EuGH*, Urt. v. 3.10.1985, Rs. 311/84, Tz. 27 – *CBEM*.

569 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 47 f. – *Post Danmark II*; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 41 f. – *Post Danmark*; *EuGH*, Urt. v. 17.2.2011, Rs. C-52-09, Tz. 76 – *TeliaSonera*; *EuGH*, Urt. v. 15.3.2007, Rs. C-95/04, Tz. 69 u. Tz. 86 – *British Airways*; weiterf. 142 ff.

bots – nicht als Rechtfertigungsgrund zu qualifizieren.⁵⁷⁰ Die Rechtfertigung von Preisnachlässen als „Mengenrabatte“ weist Besonderheiten dahingehend auf, dass sie bereits im Rahmen der Beurteilung der *prima facie* Missbräuchlichkeit zu erbringen ist.⁵⁷¹ *Akman* identifiziert daneben öffentliche Interessen als selbständigen Rechtfertigungsgrund.⁵⁷²

cc) Beweislast

Die dargestellte zweischrittige Prüfung ist namentlich auch von beweisrechtlicher Bedeutung. Die Kommission und die Gerichte weisen die Behauptungs- und Substanziierungslast für den zweiten Schritt (Rechtfertigung) dem sich *prima facie* missbräuchlich verhaltenden Unternehmen zu. Diesbezüglich hat das *EuG* ausgeführt, „dass die Kommission zwar die Beweislast für das Vorliegen der Umstände trägt, aus denen sich ein Verstoß gegen Art. [102 AEUV] ergibt; es ist jedoch Sache des betroffenen beherrschenden Unternehmens und nicht der Kommission, vor dem Ende des Verwaltungsverfahrens gegebenenfalls eine etwaige objektive Recht-

570 Weiterf. 273 ff.; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 136 ff. u. insb. N 139 f. zu Art. 102 AEUV; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 153 f. zu Art. 102 AEUV. jew. mit Verw. auf die einschlägige Rechtsprechung u.w.Verw.; die Prioritätsmitteilung sieht eine *meeting competition defence* nicht vor, anders noch *GD Wettbewerb*, Diskussionspapier, Tz. 78 u. Tz. 81 ff.; der *EuGH* hat die Wahrung *eigener* wirtschaftlicher Interessen nicht (ausdrücklich) als Rechtfertigungsgrund angeführt (*EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 41 – *Post Danmark*); in welchem Mass derartige Vorbringen als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden, stellt eine Austarierung des Spannungsfeldes „besondere Verantwortung“ vs. „(legitimate) loss minimizing reactions“ des marktbeherrschenden Unternehmens dar, welche beide im Grundsatz vom *EuGH* anerkannt wurden (*EuGH*, Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81, Tz. 57 – *Michelin*; *EuGH*, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Tz. 189 ff. – *United Brands*), weiterf. *Schröter/Bartl*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 180 f. zu Art. 102, deren Ausführungen insb. auch aufzeigen, wie unklar die Abgrenzung der *meeting competition defence* von einer *efficiency defence* ist; vgl. *Amstutz/Carron*, in: *Amstutz/Reinert* (Hrsg.), N 38 u. N 67 zu Art. 7, mit Verw. auf einen potenziell eigenständigen Anwendungsbereich im Ausbeutungsmisbrauchsverbot u.w.Verw.

571 Weiterf. 371 f.; zum Begriff Mengenrabatte s. 368 ff.

572 *Akman*, *The Concept of Abuse in EU Competition Law*, 261 ff., unter Verw. auf die Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV und das Gebot einer säulenübergreifend kohärenten Auslegung; die Bedeutung letzterer betonend *Peeperkorn*, *Concurrences* 2015, 43 ff., 45; *Gerardin*, 11 *JCLE* 579 ff. (2015), 602.

fertigung geltend zu machen und dafür Argumente und Beweise vorzubringen. Dann hat die Kommission, wenn sie einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung feststellen will, darzutun, dass die von dem Unternehmen vorgebrachten Argumente und Beweise nicht stichhaltig sind und dass folglich die geltend gemachte Rechtfertigung nicht durchgreifen kann⁵⁷³. Zitierte Rechtsprechung wurde in die Prioritätenmitteilung übernommen und vom *EuGH* bestätigt.⁵⁷⁴ Nach offenbar überwiegender Meinung ist diese „Aufgabenteilung“ sachgerecht; sie führe dazu, dass das Ermittlungsverfahren der Kommission nicht allzu leicht mit dem Hinweis auf die fehlende Berücksichtigung verschiedenster (nahe- oder fernerliegender) Rechtfertigungsgründe in die Länge gezogen werden könne.⁵⁷⁵

Aus dogmatischer Sicht ist die zitierte Rechtsprechung indes kritisch zu beurteilen.⁵⁷⁶ Der Wortlaut von Art. 102 AEUV enthält keine Anhaltspunkte betreffend eine Zweischrittigkeit. Nach Art. 2 VO 1/2003 obliegt die Beweislast für eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV der Partei oder der Behörde, die diesen Vorwurf erhebt (Art. 2 S. 1 VO 1/2003); die Beweislast für die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Bestimmung berufen (Art. 2 S. 2 VO 1/2003). Unzulässig scheint eine (direkte) Anwendung von Art. 2 S. 2 VO 1/2003 auf Verfahren nach Art. 102 AEUV⁵⁷⁷, weil erstere Norm die letztere gerade nicht erwähnt und überdies die „Eingreifkriterien“ der Freistellungsnorm und einer Rechtfertigung nach Art. 102 AEUV nicht übereinstimmen.⁵⁷⁸

573 *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 688 – *Microsoft*; *EuG*, Urt. v. 9.9.2009, Rs. T-301/04, Tz. 140 – *Clearstream*; vgl. *Bechtold*, Die Kontrolle von Sekundärmärkten, 63 f.

574 S. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 31; *Rousseva*, Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law, in: *Bourgeois/Waelbroeck* (Hrsg.), 239 ff., 288; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 40 f. – *Post Danmark*.

575 *Bulst*, in: *Langen/Bunte* (Hrsg.), N 150 zu Art. 102 AEUV, jedenfalls betr. eine Effizienzrechtfertigung; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), N 160 zu Art. 102 AEUV; zustimmend auch *Schröter/Bartl*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 182 zu Art. 102.

576 Ebenso *O'Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 289 f.; *Dreher/Adam*, ZWeR 2006, 259, 269 f.; *Jung*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), N 160 zu Art. 102 AEUV; *Bulst*, *ibid.*, N 150 zu Art. 102 AEUV.

577 Ebenso *O'Donoghue/Padilla*, *ibid.*, 290.

578 Vgl. *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), N 163 zu Art. 102 AEUV: „[...] die höhere Eingriffsschwelle bei Art. 102 AEUV [...] beginnt [dort],

Art. 2 VO 1/2003 umfasst für sowohl unionsrechtliche als auch mitgliedstaatliche Verfahren lediglich die materielle Beweislast oder das Beweisrisiko (Risiko der tatsächlichen Nichtaufklärbarkeit).⁵⁷⁹ Er betrifft indes nicht die Beweisführungslast (formelle Beweislast).⁵⁸⁰ Die Beweisführungslast ist dem jeweilig anwendbaren Verfahrensrecht zu entnehmen. Selbst wenn man Art. 2 S. 2 VO 1/2003 auf Fälle von Art. 102 AEUV anwenden möchte, stellt jener mithin keine rechtliche Grundlage dar, die Beweisführungslast auf das inkriminierte Unternehmen zu übertragen. Folglich müsste das besagte Unternehmen also lediglich das Beweisrisiko im zweiten Schritt – nach dem Nachweis einer *prima facie* Missbräuchlichkeit – tragen, wenn die Behördenermittlung (noch) nicht zum Nachweis von rechtfertigenden Tatsachen geführt hat.⁵⁸¹ Fraglich ist schon diesfalls, ob damit der in einem bussgeldrechtlichen Verfahren geltenden Unschuldsumutung (Art. 48 Abs. 1 Grundrechtecharta; vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK) entsprochen wird.⁵⁸² Die Rechtsprechung geht indes wie dargestellt offenbar noch weiter, indem sie auch die Beweisführungslast dem

wo die Freistellungsfähigkeit von Verhaltenskoordinationen nach Art. 101 AEUV regelmässig endet⁴⁶; *a.M. Rousseva*, Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law, in: Bourgeois/Waelbroeck (Hrsg.), 239 ff., 289; *Rousseva/Marquis*, JECL&P 2013, 32 ff., 49; weiterf. *Bryde*, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, 183 ff.

579 S. S. 4 des 5. Erwägungsgrundes; *Bechtold/Bosch/Brinker*, N 16 zu Art. 2 VO 1/2003.

580 Er enthält auch keine Aussagen über das erforderliche Beweismass: *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 1 u. N 8 zu 3. Artikel 2; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 3 zu Art. 2 VO 1/2003; hierzu s. sogleich: 145 ff.

581 Vgl. *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 57.

582 Zur Auslegung von Art. 6 EMRK nach der Rspr. des EGMR und deren Verbindlichkeit aufgrund von Art. 52 Abs. 3 Grundrechtecharta (Transferklausel) auch für die Auslegung von Art. 48 Grundrechtecharta s. nur *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, 14 ff.; für eine Nichtanwendung von Art. 2 S. 2 VO 1/2003 in Bussgeldverfahren plädieren: *Puffer-Mariette*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 15 zu 3. Artikel 2; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 15 zu Art. 2 VO 1/2003.

Unternehmen überträgt.⁵⁸³ Soweit ersichtlich enthält das unionsrechtliche Verfahrensrecht hierfür keine genügende Grundlage.⁵⁸⁴

Wenigstens in tatsächlicher Hinsicht erscheint das ominöse Vorgehen etwas weniger bedenklich, wenn sich das inkriminierte Unternehmen mit ausserhalb des Unternehmens liegenden, das fragliche Verhalten als objektiv notwendig erscheinend lassenden Gründen rechtfertigen kann. Entsprechende Argumente sollten gegebenenfalls vorgebracht werden können.⁵⁸⁵ Problematischer, weil mit vielerlei Unsicherheiten verbunden, erweist sich indes das rechtsgenügende Vorbringen einer Effizienzrechtfertigung.⁵⁸⁶

dd) Effizienzrechtfertigung

(1) Voraussetzungskatalog

Die Möglichkeit einer Effizienzrechtfertigung ist in der jüngeren Rechtsprechung des *EuGH* nun weitgehend anerkannt worden;⁵⁸⁷ danach hat „das Unternehmen in beherrschender Stellung nachzuweisen, dass die durch das betreffende [*prima facie* missbräuchliche] Verhalten möglicherweise eintretenden Effizienzvorteile wahrscheinlich negative Auswirkun-

583 S. die Nachweise in Fn. 573 f.

584 Weiterf. die Darstellung der *m.E.* im Ergebnis nicht durchdringenden Argumente insb. bei *Paulis*, *The Burden of Proof in Article 82 cases*; *Rousseva*, *Reflections on the relevance and proof of efficiency defences in modern EU antitrust law*, in: *Bourgeois/Waelbroeck* (Hrsg.), 239 ff., 289; *Bryde*, *Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV*, 342 ff.

585 Ähnlich *Grätz*, *Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände*, 269, mit Verw. auf den diesbezüglich regelmässigen Wissensvorsprung des inkriminierten Unternehmens gegenüber der Kommission; vgl. *Volpin*, 51 CMLR 1159 (2014), 1173, welche in der Rspr. der Unionsgerichte ein „proof-proximity principle“ erkennt, welches „[allocates] the evidential burden of proof [...] upon the party in whose hands evidence is more likely to be available“.

586 S. sogleich 142 ff.

587 S. die Nachweise in Fn. 569; *Fuchs/Möschel*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), N 156 zu Art. 102 AEUV; in der Tendenz zurückhaltender *Schröter/Bartl*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 181 zu Art. 102; ablehnend *Schröter*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 36 zu B. *Allgemeine Grundsätze - Vorbemerkungen zu den Art. 101-109 AEUV*; *Pace*, *The Italian way of tackling the abuse of a dominant position and the inconsistencies of the Commission's Guidance: not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung*, in: *Pace* (Hrsg.), 112 ff.

gen auf den Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher auf den betroffenen Märkten ausgleichen, dass diese Effizienzvorteile durch das genannte Verhalten erzielt worden sind oder erzielt werden können und dass dieses Verhalten für das Erreichen der Effizienzvorteile notwendig ist und einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt⁵⁸⁸. Die zitierte Rechtsprechung entspricht inhaltlich sehr weitgehend dem Voraussetzungskatalog, welchen die Kommission gemäss ihrer Prioritätenmitteilung anzuwenden gedenkt; jener ähnelt demjenigen des Art. 101 Abs. 3 AEUV.⁵⁸⁹ Allem Anschein nach werden die Behauptungs- und Beweisführungslast für die kumulative Erfüllung der (positiven) Voraussetzungen vollumfänglich dem inkriminierten Unternehmen übertragen.⁵⁹⁰

(2) Effizienzvorteile, negative Auswirkungen sowie Bilanzierung

Beweisgegenstand sind einerseits „Effizienzvorteile“, welche sich nach Ansicht der *Kommission* „unter anderem [aus] technische[n] Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb“ ergeben können.⁵⁹¹ Während „technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung“ wohl als Produktinnovationen und damit eine Komponente der dynamischen Effizienz bei gesamtgesellschaftlicher Betrachtung

588 *EuGH*, Urt. v. 6.10.2015, Rs. C-23/14, Tz. 49 – *Post Danmark II*; *EuGH*, Urt. v. 27.3.2012, Rs. C-209/10, Tz. 42 – *Post Danmark*.

589 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, mit Verw. auf die Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV (ABl. C 101 v. 27.4.2004, 97 ff.); *Eilmansberger/Bien*, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), N 515 zu Art. 102 AEUV: "Die Parallelität der vier Voraussetzungen mit dem Tatbestand von Art. 101 Abs. 3 ist unverkennbar"; *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 142 u. N 149 zu Art. 102 AEUV, m.w.Hinw.; *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 155 u. N 160 zu Art. 102 AEUV; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 285; vgl. *Posner*, *Antitrust Law*, 195: „The defendant can rebut by proving that although it is a monopolist and the challenged practice exclusionary, the practice is, on balance, efficient“.

590 Zur dogmatischen Kritik s. soeben 140 ff.

591 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 1. Lemma; weiterf. die konkretisierenden Hinw. in *ibid.*, Tz. 46, Tz. 62, Tz. 74 u. Tz. 89; unklar *EuG*, Urt. v. 30.1.2007, Rs. T-340/03, Tz. 217 – *France Télécom*, wonach Effizienzvorteile offenbar nur selektiv berücksichtigungsfähig sein sollen, weiterf. 225 f.

tung zu qualifizieren sind,⁵⁹² dürften „Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb“ neben den gleichgelagerten Prozessinnovationen⁵⁹³ auch technische Effizienz und damit eine Komponente der produktiven Effizienz bei unternehmensinterner, statischer Betrachtung (ökonomische Effizienz i.e.S.)⁵⁹⁴ umfassen. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass dynamische Effizienzen sich schwerlich und jedenfalls nicht entsprechend statischen Effizienzen „berechnen“ lassen.⁵⁹⁵ Statische und dynamische Effizienzen sind darüber hinaus wohl (vielfältig) interdependent.⁵⁹⁶ Eine Quantifizierung der Effizienzvorteile wäre – selbst wenn dynamische Effizienzen genügend substanzierbar wären – mittels einer „simplen Addition“ augenscheinlich unzulässig.⁵⁹⁷ Grundsätzlich positiv zu beurteilen ist indes, dass mit der Berücksichtigung von dynamischen Effizienzwirkungen eine langfristige Betrachtungsweise erfolgt (Wohlfahrtstheoretischer Ansatz i.w.S.),⁵⁹⁸ welche insofern mit dem europäischen Missbrauchsverbot als (zumindest bedingt) schutzzielkompatibel erscheint.⁵⁹⁹

Besagte Effizienzvorteile sind alsdann „mit [den] negative[n] Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher auf den betroffenen Märkten“ ins Verhältnis zu setzen. Sinnvollerweise sind die „negative[n] Auswirkungen auf den Wettbewerb“ in diesem Zusammenhang dahingehend zu beurteilen, inwiefern jene im Sinne eines wohlfahrtstheoretischen Ansatzes i.w.S. zu statischen und dynamischen Ineffizienzen führen. Der Hinweis auf die „negative[n] Auswirkungen auf [...] die Interessen der Verbraucher“ – die Kommission spricht in diesem Zusammenhang von „negative[n] Auswirkungen auf [...] das Verbraucherwohl auf den betroffenen Märkten“⁶⁰⁰ – ist dahingehend zu deuten, dass

592 S. 57 f.

593 S. 57.

594 S. 53 f.

595 S. 58 f.

596 S. 59 f.

597 Ähnlich *Bryde*, Rechtfertigungsprüfung in der Anwendung von Art. 102 AEUV, 225; *O'Donoghue/Padilla*, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 287 f., mit dem Hinw., dass ein derartig detailliertes Wissen über die eintretenden Effizienzeffekte *ex ante* (im Zeitpunkt der Entscheidung über das fragliche Verhalten) umso weniger vorhanden sei, vgl. hierzu 110 ff.

598 S. 68 f.

599 Weiterf. 71 ff., 78 u. 82 ff.

600 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 3. Lemma.

ein *consumer welfare*-Standard⁶⁰¹ zur Anwendung gelangen soll respektive Konsumenteninteressen zumindest überproportional berücksichtigt werden sollen.⁶⁰²

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern die Kommission insofern „vorleistungspflichtig“ ist respektive sein sollte, die wahrscheinlichen negativen Effizienzwirkungen – soweit und sofern dies zumindest möglich ist – vorgängig zu quantifizieren. Andernfalls erscheint es für das inkriminierte Unternehmen als regelmässig unklar, welche Form von Effizienzen und welches nötige Ausmass zu substantzieren sind.⁶⁰³

(3) Tatsachen- und Prognosenbeweise sowie Beweismass

Die zitierte Rechtsprechung will in die Beurteilung „möglicherweise eintretende Effizienzvorteile“ sowie „wahrscheinlich negative Auswirkungen“ einbeziehen; Effizienzvorteile sind insoweit berücksichtigungsfähig, als sie „durch das [*prima facie* missbräuchliche] Verhalten erzielt worden sind oder erzielt werden können“.⁶⁰⁴ Berücksichtigt werden mithin Geschehnisse aus der Vergangenheit und (mögliche) Wirkungen in der Zukunft, womit prozessuale Beweise einerseits über tatsächliche Umstände (Tatsachenbeweise), andererseits über wettbewerbliche Prognosen (Pro-

601 S. 73 ff.

602 Eine unbedingte Orientierung am *consumer welfare*-Standard wäre indes einermassen widersprüchlich, weil im Rahmen der Effizienzvorteile zuvor ökonomische Effizienzen i.e.S. und damit Produzenteninteressen berücksichtigt wurden; eine derartige Auslegung erschiene im Übrigen auch mit den primärrechtlichen Schutzziele als nicht kompatibel, vgl. 78; kritisch hierzu *Eilmansberger*, in: Streinz (Hrsg.), N 64 zu Art. 102 AEUV.

603 *Bulst*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), N 128 zu Art. 102 AEUV, mit Verw. auf die wenig ergiebige Rspr., insb. *EuG*, Urt. v. 17.9.2007, Rs. T-201/04, Tz. 561 – *Micro-soft*; s. auch *Fuchs/Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), N 205, Fn. 789 zu Art. 102 AEUV, gemäss welchen eine Quantifizierung spätestens dann erforderlich werde, „wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen [...] auf Effizienzgewinne beruft“.

604 Vgl. auch *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 31: Es obliege der Kommission, zwischen den etwaigen offensichtlichen wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen und den vorgebrachten und substantzierten Effizienzen abzuwägen, ob jene „unter dem Strich“ (*ibid.*, Tz. 30) *wahrscheinlich* zum Schaden der Verbraucher sind.

gnosebeweise) zu führen sind.⁶⁰⁵ Die Berücksichtigung zukünftiger Wirkungen ist grundsätzlich ohne Weiteres folgerichtig mit einem wohlfahrts-theoretischen Ansatz i.w.S., zumal bei einer langfristigen Betrachtungsweise auch dynamische Effizienzwirkungen berücksichtigt werden müssen.⁶⁰⁶ Akman kritisiert indes, dass eine derartige *ex ante*-Berücksichtigung von Effizienzvorteilen analog fusionsrechtlichen Kriterien (vgl. Art. 2 FKVO) im Missbrauchsverbot systemwidrig erscheine. Im Rahmen von Art. 102 AEUV sei „*past conduct*“ zu beurteilen; die Norm biete keine Grundlage, „to control all actions of a dominant undertaking to ensure that they benefit consumers“.⁶⁰⁷ Dem ist einerseits entgegenzuhalten, dass zwischen dem Verhalten und dessen Wirkung zu unterscheiden ist: (Zukünftige) Effizienzwirkungen können sehr wohl durch ein vergangenes (oder gegebenenfalls weiterhin andauerndes) *prima facie* missbräuchliches Verhalten ausgelöst worden sein. Andererseits führt deren Berücksichtigung bei der Rechtfertigung (zweiter Prüfungsschritt) grundsätzlich nicht dazu, dass jedes Verhalten danach beurteilt würde, sondern eben gerade nur *prima facie* missbräuchliches Verhalten (Bejahung des ersten Prüfungsschrittes als notwendige Bedingung).⁶⁰⁸

Die prozessuale Beweisführung über wettbewerbliche Prognosen ist nun aber auch aus wissenschaftstheoretischen Gründen nur beschränkt möglich: Strikte Prognosebeweise sind unmöglich, weswegen das Beweismass notwendigerweise gesenkt werden muss.⁶⁰⁹ Diesfalls scheint das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit („51 %“; „Es spricht mehr für als gegen das Vorliegen eines behaupteten Umstandes“; entspre-

605 Vgl. Holterhus, Beweisführung in der Europäischen Fusionskontrolle, 25 ff., m.w.Hinw.

606 S. 69.

607 Akman, 73 Mod. L. Rev. 605 (2010), 621; Akman, The Concept of Abuse in EU Competition Law, 281.

608 Wenigstens zur Begründung einer *prima facie* Missbräuchlichkeit eignet sich das (schwergewichtige) Abstellen auf dynamische Effekte indes tatsächlich kaum, s. schon 119 ff., sowie die kritischen Bem. zur Berücksichtigung insb. von Lerneffekten bei der Verwendung des AEC als Beurteilungsmassstab, mit Verw. auf problematische Tendenzen der *ex ante*-Regulierung beim Missbrauchsverbot: 195 ff.

609 Weiterf. vgl. nur Holterhus, Beweisführung in der Europäischen Fusionskontrolle, 36 ff.

chend den Anforderungen im Fusionskontrollrecht⁶¹⁰ sowie bei Art. 101 Abs. 3 AEUV⁶¹¹) grundsätzlich als angemessen.⁶¹² Fraglich ist indes, ob diese Beweismassenkung bei der Effizienzrechtfertigung im Rahmen von Art. 102 AEUV generell und insbesondere auch für Tatsachenbeweise gelten soll. Es spricht hier *m.E.* einiges dafür, das erforderliche Beweismass flexibel zu handhaben, je nachdem wie komplex sich die ökonomische Beweisführung darstellt. So kann zum Beispiel wohl gerade beim Nachweis von ökonomischen Effizienzen i.e.S.⁶¹³ regelmässig die Erfüllung eines höheren Beweismasses gefordert werden als etwa für den Nachweis von dynamischen Effizienzen.

(4) Keine Ausschaltung des wirksamen Wettbewerbs

Schliesslich ist nach zitierter Rechtsprechung Beweisgegenstand, dass das *prima facie* missbräuchliche Verhalten „einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt“. Die Kommission anerkennt Rivalitäten zwischen Unternehmen als wichtigen Anreizfaktor für wirtschaftliche Effizienz; dem „Schutz der Rivalität und des Wettbewerbsprozesses“ werde immer dann Vorrang vor möglichen

610 S. Holterhus, *ibid.*, welcher zum überzeugenden Schluss gelangt, dass betr. Prognosebeweise im Fusionskontrollrecht das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit angemessen und (nun) auch von der Rspr. anerkannt sei (*ibid.*, 203 ff., mit Verw. auf *EuGH*, Urt. v. 31.3.1998, verb. Rs. C-68/94, C/30/95, Tz. 228 – *Kali & Salz*; *EuG*, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Tz. 63 – *Airtours*; *EuG*, Urt. v. 25.10.2002, Rs. T-5/02, Tz. 155, 162, 212, 223, 227, 256, 281, 312 – *Tetra Laval*; *EuGH*, Urt. v. 15.2.2005, Rs. C-12/03, Tz. 41 – *Tetra Laval*; *EuG*, Urt. v. 14.12.2005, Rs. T-210/01, Tz. 69, 76, 295, 297, 327, 332 f., 340, 405, 429, 433, 464, 469, 577 – *General Electric*; *EuGH*, Urt. v. 10.7.2008, Rs. C-413/06, Tz. 52 – *Impala II*).

611 *Vilsmeier*, Tatsachenkontrolle und Beweisführung im EU-Kartellrecht auf dem Prüfstand der EMRK, 232; *Kirchhoff*, WuW 2004, 745, 746; *Schröter/Voet van Vormizeele*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 270 zu Artikel 101 AEUV.

612 Ebenso *Grünberger*, Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen, in: *Möschel/Bien* (Hrsg.), 134 ff., 147; *a.M.* offenbar *WEKO-Sekretariat*, RPW 2003/1, 62 ff., 70 f. (Tz. 42 ff., insb. Tz. 45) – *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*.

613 S. 53.

„[„Netto’-]Effizienzvorteilen“ eingeräumt, wenn es keinen Restwettbewerb gebe und in absehbarer Zeit kein Markteintritt drohe.⁶¹⁴ Während diese Forderung aus der Perspektive der Schutzzielkonformität zuzustimmen ist,⁶¹⁵ verweisen *O’Donoghue* und *Padilla* wohl zutreffend auf eine „logical contradiction between the the substantive test for abuse [erster Prüfungsschritt] and the availability of an efficiency defence [zweiter Prüfungsschritt]“: Die Bejahung von Marktbeherrschung und einer erheblichen Marktverschliessung⁶¹⁶ verhindere regelmässig die erfolgreiche Geltendmachung dieser letzten Voraussetzung und damit die Effizienzrechtfertigung an sich, zumal dann kein wirksamer Wettbewerb mehr vorhanden sei.⁶¹⁷

B. Schweiz

aa) Ausgangslage

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG in der gültigen Fassung vom 6. Okt. 1995 (in Kraft getreten am 1. Feb. 1996) verhalten sich Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer marktbeherrschende Stellung⁶¹⁸ auf

614 *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 30, 4. Lemma; ähnlich schon die Forderung von *Fuchs*, Effizienzorientierung im Wettbewerbs- und Kartellrecht?: in: *Fleischer/Zimmer* (Hrsg.), 69 ff., 88: „Das Programm des Art. [102 AEUV], den Restwettbewerb auf einem durch die Präsenz des marktbeherrschenden Unternehmens bereits geschwächten Markt zu schützen, verlangt jedenfalls, dass die Effizienzeinrede nicht so gehandhabt werden darf, dass sie zu einer den Restwettbewerb vollends erstickenden Effizienzspirale wird. In Zweifelsfällen sollte man auf die vom Marktbeherrscher angebotenen konkreten statischen Effizienzgewinne verzichten und auf die, wenngleich ungewissen, dynamischen Effizienzen durch wirksamen Wettbewerb setzen.“; ebenso *Jickeli*, Das Missbrauchsverbot und der Missbrauchsgedanke im Kartellrecht, in: *Bechtold/Jickeli/Rohe* (Hrsg.), 303 ff., 316.

615 Weiterf. 63 ff.

616 Vgl. schon 119 ff.

617 *O’Donoghue/Padilla*, The Law and Economics of Article 102 TFEU, 288; ebenso *Renda*, CEPS SP 118 (2015), 37; sinngemässe Überlegungen hinsichtlich des (Un-)Sinns zweier Prüfungsschritte mit identischen Beurteilungskriterien finden sich schon bei: *Bishop/Marsden*, ECJ 2006, 6.

618 Zur Marktbeherrschung im schweizerischen Recht s. nur *Reinert/Bloch*, in: *Amstutz/Reinert* (Hrsg.), Art. 4 Abs. 2; *Clerc/Källezi*, in: *Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), Art. 4 II LCart; *Heizmann*, Der Begriff des marktbeherrschenden Unter-

dem relevanten Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfasst sämtliche denkbaren Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.⁶¹⁹ Entsprechend der unionsrechtlichen Regelung in Art. 102 S. 1 AEUV ist Marktbeherrschung alleine keineswegs missbräuchlich.⁶²⁰ Art. 7 Abs. 2 enthält wie Art. 102 AEUV eine exemplarische, nicht abschliessende Liste potenziell missbräuchlicher Verhaltensweisen;⁶²¹ sie entspricht inhaltlich weitgehend des-

nehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 159 ff.; der Begriff der Marktbeherrschung ersetzte jenen der kartellähnlichen Organisationen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG 1985; dessen Einführung geschah auf Druck der Industrie, welche sich für eine möglichst weitgehende Übernahme des unionsrechtlichen Marktbeherrschungsbegriffs einsetzte, s. nur *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 110 f., m.w.Verw., hierzu vorne Fn. 97; zur Frage der Kausalität zwischen beherrschender Stellung und ihrer missbräuchlichen Ausnutzung s. ausführlich *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 66 f. zu Art. 7 I LCart; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 19 ff. zu Art. 7; BGE 137 II 199 E. 4.3.4.

619 *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 8 zu Art. 7.

620 S. BGE 137 II 199 E. 4.3.4 mit Verw. auf *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 1 zu Art. 7 I LCart; *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: Amstutz/Stoffel/Ducrey (Hrsg.), 43 ff., 45, m.w.Verw.; vgl. *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: Weber/Heinemann/Vogt (Hrsg.), 43 ff., 46 ff., zur (ungünstigen) vom Ausland abweichenden Verwendung des Begriffs „Missbrauchsprinzip“; es gilt auch in der Schweiz das Verbotprinzip betr. Art. 5 u. 7 KG mit folgerichtig deklaratorischer Wirkung behördlicher resp. gerichtlicher Entscheide; s.a. *BGer*, Urte. v. 28.6.2016, Rs. C-180/2014, Erw. 5.3.4 – *Gaba*.

621 BGE 139 I 72 E. 8.2.2; vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3.2; *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 282 – *Swatch Group Lieferstopp*, mit Verw. auf die Praxis der WEKO; *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 25 zu Art. 7; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 4 zu Art. 7; Berichterstattung Simmen Rosmarie zu Art. 7 KG, SR 1995, Amtl. Bulletin, 858: „In den Literae a bis f von Absatz 2 werden Beispiele solch unzulässiger Verhaltensweisen aufgezählt. Die Aufzählung entspricht dem europäischen Recht, wie es sich seit Abschluss der Römer Verträge weiterentwickelt hat.“; vgl. 99.

sen Abs. 2⁶²² und ist bei der Bestimmung der Missbräuchlichkeit wettbewerblichen Verhaltens von geringer Hilfe.⁶²³

Das *BGer* hat offengelassen, ob Art. 7 Abs. 1 KG hinreichend bestimmt für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG ist.⁶²⁴ *M.E.* lässt zumindest der Wortlaut von E. 8.2.2 der zitierten Rechtsprechung nicht erkennen, dass das *BGer* eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG „alleine“ gestützt auf Art. 7 Abs. 1 KG *a priori* als unzulässig erachten würde.⁶²⁵ In *Swisscom ADSL II* hat das *BVGer* eine Preis-Kosten-Schere als „eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG“ zugeordnet, jene vorliegend als ausreichend bestimmte Sanktionsgrundlage erachtet sowie die Verhängung einer Geldbusse im Umfang von CHF 186 Mio. be-

-
- 622 Keine ausdrückliche Erwähnung in Art. 102 S. 2 AEUV finden die Fallgruppen der missbräuchlichen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) sowie die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (lit. d); materiell sind jene auch im Unionsrecht indes anerkannt, weiterf. 361); s. *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 111 f.; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 111 ff. zu Art. 7 I LCart, je m.w.Hinw.
- 623 Vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), N 24 ff. zu Art. 7 mit Verw. auf die *a.M.* von *Heizmann*, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 5: „[D]ie Beurteilung einer Verhaltensweise dahingehend, ob Wettbewerber behindert werden oder ob die Marktgegenseite benachteiligt wird, stellt in der Regel kein besonderes Anwendungsproblem dar, da Art. 7 Abs. 2 KG einen Beispielskatalog von behindernden oder benachteiligenden Verhaltensweisen enthält. Diese Verhaltensweisen sind gesetzlich hinreichend bestimmt“; vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.2.
- 624 BGE 139 I 72 E. 8.2 mit Verw. auf die Anforderungen nach Art. 7 EMRK sowie Art. 15 UNO-Pakt II, vgl. Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 1 StGB; jedenfalls i.V.m. einem Katalogtatbestand (*i.c.* Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) war die gesetzliche Grundlage zur Sanktionierung rechtsgenüßlich.
- 625 Die Rechtsgenüßlichkeit alleine des Grundtatbestands (*m.E.* zutreffenderweise) bejahend *Heinemann*, Jusletter 21.6.2010, Rz. 24; *Heinemann*, Missbrauch von Marktmacht: Artikel 7 Kartellgesetz in der Krise?, in: Hochreutner/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 45 ff., 47 ff., mit Verw. auf eine hinlängliche Konturierung gerade bei einer Orientierung an der EU-Praxis; ähnlich *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 49 zu Art. 7 I LCart; hierzu sogleich 157; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 298 – *SIX*; *a.M.* *BVGer*, Ur. v. 24.2.2010, Rs. B-2050/2007, E. 4.5.1 – *Swisscom*; *BVGer*, Ur. v. 27.4.2010, E. 8.1.5.1 – *Publigroupe*; *Wildhaber*, Jusletter 4.7.2011, Rz. 87; kryptisch *Borer*, Wettbewerbsrecht I, N 5 ff. zu Art. 7 sowie insb. N 8 zu Art. 49a; vgl. die Beweisführung der *WEKO* mit Eventualbegründungs-Charakter in *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 115 ff., insb. 127 f. – *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

stätigt.⁶²⁶ Das inkriminierte Unternehmen hat angekündigt, das Urteil ans *BGer* weiterzuziehen.⁶²⁷

Die Konkretisierung missbräuchlichen Verhaltens erweist sich im schweizerischen Recht als ebenso anspruchsvoll wie im Unionsrecht.⁶²⁸ Die Lehre und Rechtsprechung orientiert sich zur Strukturierung an den internationalen Systematisierungsansätzen.⁶²⁹ Es wird zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch unterschieden.⁶³⁰ Gemäss der *WEKO* bezeichnet ersterer Sachverhalte, in welchen marktbeherrschende Unternehmen die aktuellen Konkurrenten schwächen oder vom Markt verdrängen oder den Markteintritt von potenziellen Konkurrenten be- oder gar verhindern; „[e]s kommt zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung ([*anticompetitive*] *foreclosure*). Der Behinderungsmisbrauch führt dazu, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Konkurrenten durch andere Mittel als die Wettbewerbsfähigkeit ihrer Produkte oder Dienstleistungen ausschliessen. Es kommt daher nicht nur zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerber, sondern zu einer Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs an sich“.⁶³¹ Beachtenswert scheint darüber hinaus, dass die *WEKO* wahrscheinliche negative Effekte auf die (Konsumenten-)Wohlfahrt offen-

626 *BVGer*, Urte. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 436 ff., Tz. 591 ff. u. Tz. 788 – *Swisscom ADSL II*.

627 *Swisscom AG*, Medienmitteilung v. 6.10.2015.

628 Vgl. *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: *Amstutz/Stoffel/Ducrey* (Hrsg.), 43 ff., 51: „Inhaltsreiche Kriterien der Unzulässigkeit marktmach[t]gestützten Verhaltens sind in Art. 7 KG nicht enthalten“, m.w.Verw.

629 *Clerc*, in: *Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), N 91 zu Art. 7 I LCart; *Amstutz/Carron*, in: *Amstutz/Reinert* (Hrsg.), N 41 ff. zu Art. 7; die Fallgruppenbildung wird von der Rspr. grundsätzlich anerkannt, s. *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 282 ff. – *Swatch Group Lieferstopp*; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 298 – *SIX*, je m.w.Verw.; vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3; weiterf. 97 ff.

630 Zur Unterteilung in Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch s. BGE 139 I 72 E. 10.1.1, m.w.Verw.; entsprechend *BVGer*, Urte. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 388 – *Swisscom ADSL II*.

631 *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 284 f. – *Swatch Group Lieferstopp*; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 300 f. – *SIX*, jew. mit Verw. auf *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 5 f. u. Tz. 19 und dem Hinw. auf die Subkategorien der horizontalen resp. vertikalen Marktverschliessung; der Nachweis einer *wahrscheinlichen* wettbewerbswidrigen Marktverschliessung sollte auch in der Schweiz genügen, vgl. weiterf. 160 sowie *ibid.* insb. Fn. 673.

bar ebenso wenig als eigentliche Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung betrachtet.⁶³²

Die Möglichkeit einer Rechtfertigung findet in der Schweiz allgemeine Anerkennung.⁶³³ In ständiger Praxis wenden auch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden eine zweiseitige Prüfung an.⁶³⁴ Dem Wortlaut von Art. 7 KG kann indes genauso wenig entnommen werden, welche Rechtfertigungsgründe bestehen. Als umfassende Bezeichnung wird hierfür der (aus dem angelsächsischen Rechtsraum entlehnte) Begriff der *legitimate business reasons* verwendet,⁶³⁵ danach bezeichnen jene „[s]achliche Gründe, welche ein strategisches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens als zulässig erscheinen lassen“.⁶³⁶ Die Lehre spricht sich dafür aus, in Anlehnung an die unionsrechtliche Dogmatik⁶³⁷ die Kategorien der objektiven Rechtfertigung sowie der Effizienzrechtfertigung

632 Vgl. die Ausführungen zur Definition der Kommission schon auf 119 ff.

633 *Amstutz/Carron*, in: *Amstutz/Reinert* (Hrsg.), N 8 u. N 63 zu Art. 7, m.w.Verw.; zum Ganzen *Sievers*, *Legitimate business reasons* beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG; *Krauskopf/Kaufmann*, sic! 2013, 499 ff.

634 Vgl. 137; s. nur *Amstutz*, Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: *Amstutz/Stoffel/Ducrey* (Hrsg.), 43 ff., 59, mit Verw. sowie die zit. Entscheide sogleich in Fn. 636.

635 *Clerc*, in: *Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), N 99 zu Art. 7 I LCart; *Amstutz/Carron*, in: *Amstutz/Reinert* (Hrsg.), N 63 zu Art. 7; es finden sich dort auch entsprechende Umschreibungen wie „adequate“ oder „valid business justification“ resp. „reasons“, vgl. etwa *Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing*, 472 U.S. 585 (1985); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992); *Baker*, 7 Geo. Mason L. Rev. 495 (1999).

636 Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 569, mit dem Hinw., dass jene insb. vorliegen würden, „wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann“; BGE 139 I 72 E. 10.1.2: „Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe“; entsprechend *WEKO*, Verf. v. 14.7.2014, Untersuchung 32-0226, Tz. 124 – *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; *WEKO*, Verf. v. 21.10.2013, Untersuchung 32-0224, Tz. 375 u. Tz. 377 – *Swatch Group Lieferstopp*; *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 305 u. Tz. 407 ff. – *SIX*, jew. mit Verw. auf das dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz entsprechende Gebot der Unerlässlichkeit, vgl. *Kommission*, Prioritätenmitteilung, Tz. 28 ff.; *Clerc*, in: *Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), N 102 ff. zu Art. 7 I LCart.

637 S. 137 ff.

zu unterscheiden.⁶³⁸ Inwieweit dieselben Rechtfertigungsgründe wie im Unionsrecht anerkannt werden (sollen), ist im Übrigen auch eine Frage nach dem Mass an Rechtsanwendungsharmonisierung.⁶³⁹ *Clerc* erachtet es als angemessen, die Beweislast entsprechend der unionsrechtlichen Rechtsprechung zu verteilen.⁶⁴⁰ Das *BVGer* hat in *Swisscom ADSL II* unter Verweis auf Art. 30 Abs. 2 KG ein öffentliches Interesse an einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung im Rahmen von Kartellverfahren bejaht, weswegen das inkriminierte Unternehmen „nach Treu und Glauben eine Mitwirkungspflicht im Hinblick auf die Darstellung von Rechtfertigungsgründen“ treffe, „die sich für die Wettbewerbsbehörden nicht aufgrund des massgeblichen Sachverhalts offensichtlich ergeben und im Rahmen des Verfügungsantrags des Weko-Sekretariats abgehandelt werden“. Dies gelte „unabhängig davon, dass einem Kartell[...]sanktionsverfahren gemäss Art. 49a KG ein strafrechtsähnlicher Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK beizumessen ist“.⁶⁴¹ Durch die Anerkennung einer „Mitwirkungspflicht“ – welche notabene eine prozessrechtliche Obliegenheit darstellt⁶⁴² – geht das *BVGer* (immerhin) nicht so weit, dem inkriminierten Unternehmen die Beweisführungslast für den Rechtfertigungsschritt übertragen zu wollen;⁶⁴³ an den gravierenden Substanziierungsschwierigkeiten infolge der unscharfen Voraussetzungen ändert dies freilich nichts.⁶⁴⁴

638 *Amstutz/Carron*, in: *Amstutz/Reinert* (Hrsg.), N 63 ff. zu Art. 7; *Clerc*, in: *Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), N 99 ff. zu Art. 7 I LCart; zur Anerkennung von Effizienzgründen als Rechtfertigung durch die *WEKO*, Verf. v. 29.11.2010, Untersuchung 32-0205, Tz. 408 i.f., m.w.Verw. – *SIX*; *Sturny*, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht*, 115, Fn. 607, zur grundsätzlichen Anerkennung von öffentlichen Interessen als weiterem Rechtfertigungsgrund, vgl. Art. 8 KG (vgl. *Akman*, bei Fn. 572).

639 S. sogleich 154 ff.

640 S. 139 ff.; *Clerc*, in: *Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), N 108 zu Art. 7 I LCart; zu Fragen des Beweismasses s. *Tschudin*, *AJP* 2014, 1333 ff.; vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.2, zum (reduzierten) Beweismass bei der Beurteilung der Marktstellung.

641 *BVGer*, Urt. v. 14.9.2015, Rs. B-7633-2009, Tz. 570 – *Swisscom ADSL II*.

642 Vgl. *Krauskopf/Emmenegger*, in: *Waldmann/Weissenberger* (Hrsg.), N 55 zu Art. 12.

643 Vgl. die diesbezüglichen „Ambitionen“ in der Rspr. des *EuG* auf 141 f.

644 Vgl. zum Ganzen soeben 137 ff.

bb) Harmonisierung der Rechtsanwendung

(1) Implikationen der Konvergenzschaffung

Das geltende schweizerische Missbrauchsverbot wurde im Zeitpunkt seiner Rechtsetzung dem Unionsrecht angeglichen (Unilaterale Konvergenzschaffung).⁶⁴⁵ Hierzu bestand damals ebenso wenig eine staatsvertragliche Pflicht wie aktuell.⁶⁴⁶ Fraglich ist, ob eine mit dem Unionsrecht harmonisierte Auslegung des schweizerischen Rechts aufgrund der strukturellen und inhaltlichen Ähnlichkeit zulässig ist respektive ob die Konvergenzschaffung allenfalls gar eine Angleichung in der Rechtsanwendung gebietet.

Eine harmonisierte Auslegung des schweizerischen mit dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot würde voraussetzen, dass die primärrechtli-

645 Entsprechend *WEKO*, Verf. v. 21.9.2015, Untersuchung 32-0244, Tz. 502 i.i. – *Swisscom WAN-Anbindung*; vgl. auch *BGer*, Urte. v. 28.6.2016, Rs. C-180/2014, Erw. 5.3.4 – *Gaba*; zum tatsächlichen Ausmass s. soeben 148 ff.; in Anlehnung an *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, 18 f., werden die Begriffe (Rechts-)Angleichung und Harmonisierung synonym verwendet; die Terminologie Konvergenz(-schaffung) findet sich bei *Borer*, Schnittstellen der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl (Hrsg.), 217 ff., 219 f.; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 49 zu Art. 7 I LCart; *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 545 ff., 547 f.; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 109 f.; weiterf. *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 71 ff., 110 ff.

646 Zu Art. 23 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22.07.1972, Stand am 29.05.2005, SR 0.632.401 s. nur *Drexl*, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 11 ff., 13 ff.; das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (Bundesbeschluss v. 20.6.2014, BBl. 2014, 5205; AS 2014 3711) enthält keine materiellrechtlichen Bestimmungen, wohl aber weiterreichende Möglichkeiten zum Informationsaustausch, weiterf. *Brei/Hoffet*, NZKart 2013, 393 ff.; *Ducrey*, JECL&P 2013, 437 ff.; differenzierend *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 126, mit Verw. auf die Botschaft zur Änderung KG 2012, S. 3919 f., wonach das Kooperationsabkommen von einem „vergleichbaren Rechtsbestand“ im Bereich des Wettbewerbs in der Schweiz und der EU ausgehe (s. Einl. Erw. Abs. 3; hierzu auch unter Fn. 657) u.w.Hinw.; BGE 137 II 199 E. 4.3.1.

chen Schutzziele übernommen wurden respektive bereits dieselben waren; lediglich eine Nahezu-Identität bei rein grammatikalischer Auslegung der Normen dürfte nicht genügen. Diesbezüglich wurde nachgewiesen, dass die verfassungsrechtlich begründeten Schutzziele der untersuchten system- und wohlfahrtstheoretischen Ansätze sowohl im geltenden Unionsrecht wie auch schweizerischen Missbrauchsverbot weitgehend identisch sind.⁶⁴⁷ Das in der Europäischen Union überdies immer schon verfolgte Ziel der Binnenmarktintegration⁶⁴⁸ findet in der Schweiz ebenfalls weitgehend parallele Entsprechung, indem nicht lediglich die „interne“ Integrationsfunktion des schweizerischen Wettbewerbsrecht (Abschaffung interkantonalen Grenzen), sondern auch deren „internationale“ (Abschaffung privater Abschottungen ausländischer Märkte) betont wird.⁶⁴⁹ Mithin stehen einer einheitlichen Auslegung keine divergierende Schutzziele entgegen.

Die Übernahme fremder Regelungsinhalte kann im Allgemeinen freilich graduell erfolgen. So kann sie am Anfang der Intensitätsskala nach der hier verwendeten Terminologie bloss eklektisch geschehen („allgemeine Inspiration“), wohingegen „autonomer Nachvollzug“ eine nahezu unveränderte Übernahme europarechtlicher Regelungsmodelle und damit das gegensätzliche Extrem darstellen soll.⁶⁵⁰

Es ist in der Literatur höchst strittig, ob das schweizerische Kartellgesetz als autonomer Nachvollzug zu qualifizieren ist.⁶⁵¹ Die konkrete Bedeutung der Einordnung erscheint bei näherer Betrachtung indes fraglich.

647 S. 61 ff., insb. 82 ff.

648 S. Fn. 178.

649 *Stoffel*, Das Wettbewerbsrecht der EU und der Schweiz, in: Europa Forum Luzern (Hrsg.), 52 ff., 55 f.; weiterf. *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: *Weber/Heinemann/Vogt* (Hrsg.), 43 ff., 62 ff.

650 S. *Heinemann*, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: *Fahländer/Heizmann* (Hrsg.), 3 ff., 21, 33 f.; *Kunz*, ZVglRWiss 2009, 31 ff., 44 ff.

651 Pro: *Sturny*, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht, 76 f.; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: *Cottier* (Hrsg.), 107 ff., 112 ff.; contra: *Cottier/Dzambo/Evtimov*, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: *Epiney/Theuerkauf/Rivière* (Hrsg.), 357 ff., 389: "Anlehnung an bewährte Grundsätze [...], ohne dass dabei von autonomem Nachvollzug oder von einer Verpflichtung gesprochen werden kann"; *Kunz*, recht 2012, 37 ff., 48, mit Verw. auf BGE 137 II 208 E. 3, jedoch ohne inhaltliche Stellungnahme.

Das *BGer* bedient sich der Rechtsvergleichung als „fünfter Auslegungsmethode“⁶⁵². Namentlich im Falle eines autonomen Nachvollzugs sei auch die Rechtsprechung des *EuGH* beachtlich, welche nach Inkrafttreten des fraglichen Erlasses ergangen ist.⁶⁵³ Auch eine vorbehaltlose Qualifikation unter das Extrem „autonomer Nachvollzug“ würde aber keinen Zwang begründen, der europäischen Rechtsprechung unbesehen und „absolut“ zu folgen: (Begründete) Abweichungen blieben auch diesfalls möglich.⁶⁵⁴ Einen autonomen Nachvollzug zu verneinen, impliziert dagegen mitnichten, dass eine unbedingt bezugslose Auslegung geboten erschiene. Grundsätzlich verhindert eine Bejahung insofern weder eine abweichende Auslegung noch vermöchte eine Verneinung die „Auslegungssouveränität“ zweckmässig zu stärken.

Das *BGer* hat sich erst in jüngerer Zeit und überdies wenig eindeutig zum Verhältnis zwischen dem schweizerischen und dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot geäußert. In BGE 137 II 199 hat es den Tatbestand der Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG enger als im Unionsrecht ausgelegt.⁶⁵⁵ Das *BGer* führte zur Begründung aus, die Kartellgesetznovelle von 1995 habe „keinen besonderen europapolitischen Hintergrund“ gehabt. Auch aus der Verwendung derselben Terminologie wie in Art. 102 S. 2 lit. a AEUV lasse sich „nicht ableiten, dass

652 *Tschentscher*, JZ 2007, 807 ff., 812 f.; grundlegend *Häberle*, JZ 1989, 913 ff., 916 ff.; vgl. *Amstutz*, Interpretatio multiplex, in: Honsell/Zäch/Hasenböhler/Harrer/Rhinow (Hrsg.), 67 ff., zur Anwendung im schweizerischen Privatrecht.

653 BGE 129 III 335 E. 5.1 u. 6; vgl. BGE 130 III 182 E. 5.5.1; BGE 137 II 199 E. 4.3.1; *Seiler*, Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder („de facto Mitgliedschaft“ der Schweiz und Liechtensteins?), 12 f.

654 BGE 136 II 4 E. 4.3; unklar BGE 137 II 199 E. 4.3; weiterf. *Heinemann*, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 3 ff., 35 f.: „Der Autonomie der legislatorischen Anpassung entspricht die Autonomie in der Auslegung“; *ders.*, *ibid.*, 34, spricht sich *m.E.* überzeugend dafür aus, den tatsächlichen Grad „autonomer Anpassung“ festzustellen; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 125 f.

655 BGE 137 II 199 E. 4.3.2; kritisch zur Auslegung des *BGer* s. nur die Verw. bei *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 545 ff., 556; *Vahrenholt*, SZW 2011, 497 ff., 505 f.; ausführlich *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelde-recht - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Rz. 358 ff., 450 ff.

zwingend eine identische Regelung angestrebt [gewesen sei]“.⁶⁵⁶ In BGE 139 I 72 hielt es alsdann fest, dass „das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert“. Folglich sei „auch die Praxis zu Art. 102 [AEUV zwecks Gewinnung von Erkenntnissen über den Normsinn] zu berücksichtigen“.⁶⁵⁷

(2) Zweckmässigkeit der Harmonisierung

Eine harmonisierte Auslegung des schweizerischen mit dem unionsrechtlichen Missbrauchsverbot erscheint aufgrund weitgehender Identität der einschlägigen Normen in Bezug auf Struktur und Inhalt sowie weitgehend identischer Schutzziele als zulässig; trotz hohem Grad an autonomer Anpassung besteht hierzu indes keine Pflicht. Es bleibt zu untersuchen, inwieweit eine harmonisierte Rechtsanwendung tatsächlich angezeigt erscheint.

Unternehmen, welche sowohl auf dem europäischen wie auch dem schweizerischen Markt tätig sind, werden grundsätzlich von beiden Wettbewerbsrechten erfasst.⁶⁵⁸ In Abwesenheit einer harmonisierten Rechtsan-

656 BGE 137 II 199 E. 4.3.2, mit Verw. auf Botschaft 1994, BBl. 1995, 468 ff., 484, 497 ff., 518 ff.: Das Ziel einer EU-Kompatibilität werde nicht genannt; vgl. die fundierte Kritik bei *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), N 50 zu Art. 7 I LCart; *Vlcek*, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelde-recht - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Rz. 419 ff.; *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: Fahrländer/Heizmann (Hrsg.), 554 f.

657 BGE 139 I 72 E. 8.2.3, m.w.Verw.; wohl auch *WEKO*, Verf. v. 21.9.2015, Untersuchung 32-0244, Tz. 502 – *Swisscom WAN-Anbindung*: „Zwar hat Art. 7 KG keinen EU-politischen Hintergrund, dennoch kann sich die Praxis in der Schweiz an die in der EU gelebte Praxis anlehnen“; vgl. das Kooperationsabkommen, SR 0.251.268.1, welches in den einleitenden Erwägungen die „Tatsache [berücksichtigt], dass die Systeme der Union und der Schweiz für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten“; vgl. *Ducrey*, JECL&P 2013, 437 ff., 439 f.: „Accordingly, the principle of equivalence between the two legal systems is recognised by the EU, both in terms of procedural and substantive law“; Letzteres ist nicht unumstritten.

658 Weiterf. 89 ff. u. 94 ff.; vgl. *Rab/Stempler/Brei*, SZW 2012, 136 ff., 136; *Sturny*, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Cottier (Hrsg.), 107 ff., 124, mit Verw. auf die engen wirtschaftlichen Verflechtungen der EU und der Schweiz.

wendung sind besagte Unternehmen mit unterschiedlichen Wettbewerbsregeln konfrontiert. Die Teilnahme auf beiden Märkten verursacht höhere Transaktionskosten⁶⁵⁹, zumal sich die Unternehmen über zwei unterschiedliche Rechte und die sich jeweils daraus ergebenden Verhaltensoptionen informieren müssen; Produkte und Marketingstrategien müssen an zwei unterschiedliche Rechte angepasst werden.⁶⁶⁰ Dies kann gerade bei kleineren oder mittleren ausländischen Unternehmen dazu führen, dass sie sich gegen eine Teilnahme auf dem schweizerischen Markt entscheiden. Folglich kann eine divergente Rechtsanwendung eine abschottende und protektionistische Wirkung auf dem Inlandmarkt entfalten, insbesondere wenn sie strenger ausfällt.⁶⁶¹

Es wird weiter darauf hingewiesen, dass die schweizerische Wettbewerbskommission zu wenige Einzelfälle habe und insbesondere eine grössere Fallpraxis zu mehr Rechtssicherheit⁶⁶² führen würde.⁶⁶³ Eine harmonisierte Rechtsanwendung würde es vermehrt ermöglichen, auf die Fallpraxis zum europäischen Missbrauchsverbot abzustellen, was der Rechtssicherheit zuträglich wäre.⁶⁶⁴

Die beiden vorgängig angeführten Argumente sprechen für eine grundsätzliche Harmonisierung der Missbrauchsverbotsauslegung mit derjenigen der Europäischen Union. Indes ist zu beachten, dass zwischen dem Wettbewerbsschutz in der Schweiz und in der europäischen Union ein bedeutender konzeptioneller Unterschied besteht: Das Missbrauchsverbot der Schweiz ist im Sinne eines Einebenensystems ausschliesslich dem

659 S. 31.

660 Vgl. *Franck*, Rechtsetzung für den Binnenmarkt: Zwischen Rechtsharmonisierung und Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: *Riesenhuber/Takayama* (Hrsg.), 47 ff., 50.

661 Vgl. *Drexl*, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: *Zäch/Weber/Heinemann* (Hrsg.), 11 ff., 23 f., mit dem Hinw., dass aber gerade kleinere Staaten auf den Wettbewerbsdruck von aussen angewiesen seien, um die Wettbewerbsordnung im Inland zu erhalten, diese vor Monopolisierung zu schützen und schliesslich die eigenen Unternehmen wettbewerbsfähig zu halten.

662 Weiterf. 110 ff.

663 Vgl. Stellungnahme *Borer (Rizvi)*, Résumé der Diskussion, in: *Weber/Heinemann/Vogt* (Hrsg.), 159 ff., 161).

664 Vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3: „[Die Berücksichtigung der Praxis zu Art. 102 AEUV lässt] Erkenntnisse über den Normsinn und damit auch Rechtssicherheit gewinnen“; *Hager*, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Kartellrecht, in: *Fahrländer/Heizmann* (Hrsg.), 545 ff., 563.

Bund zugewiesen (vgl. Art. 96 BV).⁶⁶⁵ Hingegen existieren neben dem unionsrechtlichen weiter die verschiedenen einzelstaatlichen Missbrauchsverbote. Auf rein nationale Sachverhalte ist nicht Unionsrecht, sondern das jeweilige nationale Recht anwendbar.⁶⁶⁶ Weiter können die Mitgliedsstaaten gemäss Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 auf einseitige Handlungen von Unternehmen strengere Vorschriften des nationalen Wettbewerbsrechts anwenden; dies unabhängig davon, ob das fragliche Verhalten zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels geeignet ist.⁶⁶⁷ Im europäischen Binnenmarkt herrscht damit im Bereich des Missbrauchsverbots kein restlos vereinheitlichtes Recht. Zur Begründung wurde unter anderem vorgebracht, dass die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsgesetze zum Teil in einem jahrzehntelangen Prozess konkretisiert und an nationale Besonderheiten angepasst worden seien; in der behördlichen und gerichtlichen Praxis hätten sich Auslegungs- und Anwendungsgrundsätze über einen langen Zeitraum hinweg entwickelt und geformt.⁶⁶⁸

Art. 102 AEUV stellt immerhin einen verbindlichen Minimalstandard in seinem Anwendungsbereich dar (vgl. Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003). Im Rahmen des gerade auch durch Art. 3 VO 1/2003 ausgelösten Harmonisierungsprozesses haben denn sämtliche Mitgliedstaaten Inhalt und Struktur von Art. 102 AEUV in ihr nationales Wettbewerbsrecht übernommen.⁶⁶⁹ Selbst eine wörtliche Übernahme des Normtextes führt indes nicht dazu, dass das einzelstaatliche Missbrauchsverbot mit dem Unionsrecht voll-

665 *Heinemann*, Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: *Weber/Heinemann/Vogt* (Hrsg.), 43 ff., 59.

666 Zur Abgrenzung des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs vom ausschliesslichen Anwendungsbereich der einzelnen mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechte s. 92 f.

667 *Puffer-Mariette*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 15 zu Art. 3 VO 1/2003, m.w.Hinw.; zur Auslegung des (unklaren) Begriffs „einseitige Handlungen“ s. nur *Rehbinder*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Band 1: EU/Teil 2, N 34 ff. zu Art. 3 VO 1/2003; für eine Darstellung strengerer Vorschriften in einzelnen Mitgliedstaaten s. bspw. die Länderberichte in *Koeck/Karollus* (Hrsg.), *The Modernisation of European Competition Law, Initial Experiences with Regulation 1/2003*.

668 *Monopolkommission*, Sondergutachten 32, Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, 22 f.

669 S. nur *Schröter/Bartl*, in: *Schröter/Jakob/Klotz/Mederer* (Hrsg.), N 3 f. zu Art. 102, m.w.Hinw.

ständig identisch ausgelegt werden müsste;⁶⁷⁰ namentlich eine strengere Auslegung durch den einzelnen Mitgliedstaat ist wie gesehen zulässig.⁶⁷¹

Aus Gründen der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit erscheint es infolgedessen – zumindest sofern keine anderslautende ständige Rechtsprechung besteht – angebracht, dass das schweizerische Missbrauchsverbot den Mindeststandard von Art. 102 AEUV ebenfalls nicht unterschreitet.⁶⁷² Damit wird eine einheitliche Behandlung betreffend die Beurteilung von Unternehmen mit beherrschender Stellung auf dem europäischen Binnenmarkt respektive dem schweizerischen Markt gewährleistet. Hingegen erscheint eine strengere Auslegung des schweizerischen Kartellrechts analog Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 nicht als inopportun, wenn jene mit einer (relativen) Besonderheit des schweizerischen Binnenmarktes begründet werden kann; es erscheint in diesem Zusammenhang sowie zur Gewährleistung einer erhöhten Rechtssicherheit insbesondere behelflich, wenn diese strengere Auslegung sich alsdann auch auf eine EU-mitgliedstaatliche Rechtsanwendungspraxis stützen kann.⁶⁷³ Zu berücksichtigen ist – wie bereits erwähnt – immer die Gefahr einer dadurch ausgelösten marktabschottenden Wirkung.

670 Vgl. *Schröter*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), N 159 zu A. Vorbem. zu Art. 101 bis 105 AEUV; nicht unterschätzt werden darf im Übrigen der „tatsächliche“ Einfluss der innerstaatlichen Verfahrensvorschriften auf die resultierenden (potenziell voneinander abweichenden) materiellen Entscheidungen, vgl. *Monopolkommission, ibid.*, 18.

671 Beachte immerhin das Evokationsrecht der Kommission nach Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 mit *ex nunc*-Entfall der einzelstaatlichen Zuständigkeit.

672 Problematisch also BGE 137 II 199 E. 4.3, wo dem Tatbestandsmerkmal des „Erzwingens“ im Gegensatz zur unionsrechtlichen Auslegung eine selbständige und einschränkende Bedeutung zuerkannt und damit der unionsrechtliche Mindeststandard unterschritten wurde; vgl. die Überlegungen zur Tatbestandskonstitutivität des *recoupment*-Kriteriums, weiterf. hierzu 304 ff.

673 Vgl. *Drexl*, Rechtsharmonisierung mit punktuell eigenständigen Lösungen als Weg zur optimalen Wettbewerbspolitik, in: Zäch/Weber/Heinemann (Hrsg.), 11 ff., 37 f., zur Statuierung strengerer Wettbewerbsregeln *de lege ferenda*; für eine entsprechende Bspr. der Motion Birrer-Heimo s. *ibid.*, 33 ff.; nicht angezeigt erschiene unter diesen Gesichtspunkten aber bspw., wenn in der Schweiz für behinderungsmisbräuchliches Verhalten der Nachweis einer *tatsächlichen* wettbewerbswidrigen Marktverschliessung erforderlich wäre, während im Unionsrecht ein (leidlich bestimmter) Grad an Wahrscheinlichkeit genügt (weiterf. schon 101 u. 119 ff. sowie alsdann 348 ff.); im Ergebnis entsprechend *Heinemann*, Jusletter 29.6.2015, Rz. 56, m.w.Verw.

(3) Konsequenzen für das weitere Vorgehen

Der vergleichbare Rechtsbestand sowie die generelle Wünschbarkeit einer harmonisierten Auslegung lassen nachfolgend eine integrale Untersuchung des unionsrechtlichen und schweizerischen preisbezogenen Behinderungsmisbrauchsverbots im Hinblick auf den Beurteilungsmassstab eines *as efficient competitor* als sachgerecht erscheinen. Darstellungen, Empfehlungen und Kritik gelten im Grundsatz für beide Rechtsordnungen; lediglich konkrete Abweichungen finden eine gesonderte Auseinandersetzung.⁶⁷⁴

674 Die aktuellen schweizerischen Kommentierungen stellen bei der Auslegung von Art. 7 KG gleichfalls schwergewichtig auf die unionsrechtliche Lehre und Rspr. ab, vgl. *Amstutz/Carron*, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 7; *Clerc*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Art. 7 I LCart; *Clerc/Këllezzi*, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Art. 7 II LCart; *Borer*, Wettbewerbsrecht I, Art. 7.