

# Effizienz im Wettbewerb?

## Die kartellrechtliche Beurteilung des Preissetzungsverhaltens von Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung

DAVID ROTH\*

Die kartellrechtliche Beurteilung des Preissetzungsverhaltens von Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung ist durch anhaltende Kontroversen geprägt. Nicht zuletzt im Rahmen des *more economic approach* hat der Beurteilungsstab des «ebenso effizienten Wettbewerbers» grosse praktische Bedeutung erlangt. Dieser Beitrag behandelt den Stellenwert von quantitativen Kosten-Preis-Vergleichen im unionsrechtlichen und schweizerischen Behinderungsmissbrauchsverbot.

En droit des cartels, l'appréciation de la politique de fixation des prix des entreprises ayant une position dominante est marquée par des controverses persistantes. Dans le cadre de la *more economic approach* notamment, le critère d'appréciation du «concurrent aussi efficace» a pris une grande importance pratique. La contribution ci-dessous traite de l'importance des comparaisons quantitatives des coûts et des prix en matière d'interdiction de comportements déloyaux envers des concurrents, en droit suisse et en droit de l'Union européenne.

\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck. Besonderer Dank gilt der sic!-Redaktion für die freundliche Einladung zum vorliegenden Beitrag.

- I. Einleitung
  - II. «Wettbewerbswidrige Marktverschliessung» als fundiertes und praktikables Eingreifkriterium
    1. Reformbestrebungen mittels eines *more economic approach*
    2. Begriffsklärung
    3. Schutzzielkonformität
    4. Zulässigkeit und Zweckmässigkeit einer harmonisierten Auslegung
  - III. Der *as efficient competitor*-Test
    1. Testdefinition
    2. Parameter
  - IV. Funktionaler Anwendungsbereich
    1. Nachweis des *predatory pricing*
    2. Nachweis einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung
    3. Gerichtliche Anerkennung
  - V. Weitere Beschränkungen
    1. Marktbedingungen
    2. Annahme einer hohen Effizienz
- Zusammenfassung | Résumé

### I. Einleitung

Diesem Beitrag liegt die Zürcher Dissertation des Verfassers zugrunde, welche Ende des vorigen Jahres in den Münchener Schriften zum Europäischen und Internationalen Kartellrecht veröffentlicht wurde<sup>1</sup>. Nachfolgend sollen wichtige Erkenntnisse im Sinne einer Tour d'Horizon dargestellt werden. Das (illusionistische) «one size fits all framework within which the legality of all rival-impeding conduct can be as-

<sup>1</sup> D. ROTH, Der «ebenso effiziente Wettbewerber», Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmissbrauchs, Nomos/Stämpfli, Baden-Baden/Bern 2017 (als Open-Access-Veröffentlichung u. a. über die Nomos eLibrary unentgeltlich verfügbar).

sessed»<sup>2</sup>, hat sich dem Verfasser freilich nicht offenbart; vielmehr ist beabsichtigt, die graduelle Kapazität von Kosten-Preis-Vergleichen bei der Anwendung von Art. 7 KG bzw. Art. 102 AEUV zu umreissen. Auf eine rigorose Wiedergabe der berücksichtigten Lehre und Rechtsprechung wird verzichtet. Hingegen sollen die durchgängigen Verweise auf die Monografie die Grundlage für eine vertiefte Auseinandersetzung bieten.

Einleitend wird das von der Europäischen Kommission (nachfolgend: Kommission) propagierte allgemeine Eingreifkriterium der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung beleuchtet. Im Hinblick auf dessen Anwendungspotenzial im schweizerischen Missbrauchsverbot ist – neben der verfassungsrechtlichen Schutzzielkonformität – insbesondere die Zulässigkeit und Zweckmässigkeit einer harmonisierten Rechtsanwendung zu klären. Anschliessend wendet sich der Beitrag dem *as efficient competitor*-Test (nachfolgend: AEC-Test) zu. Inhalt und Parameter des Tests werden kritisch dargestellt; der funktionale Anwendungsbereich des Tests wird wie folgt bestimmt: Seine abstrakte Nachweiseignung für *predatory pricing* und das Eingreifkriterium der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung wird seiner gerichtlichen Anerkennung namentlich bei (Kampf-) Preisunterbietungen, Preisdiskriminierungen, Rabattsystemen, Bündel- oder

<sup>2</sup> Vgl. M. S. ПОПОВСКИЙ, Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principle Underlying Antitrust Rules, 73 Antitrust L.J. 435 (2006), 436.

Paketrabatten sowie Preis-Kosten-Scheren gegenübergestellt. Der Beitrag schliesst mit einer Besprechung von weiteren Beschränkungen, welche bei der Testanwendung bestehen bzw. sich aus impliziten Annahmen ergeben können.

## II. «Wettbewerbswidrige Marktverschliessung» als fundiertes und praktikables Eingreifkriterium

### 1. Reformbestrebungen mittels eines *more economic approach*

Art. 7 KG bzw. Art. 102 AEUV decken ein weites und vielseitiges Feld unternehmerischer Verhaltensweisen ab. Eine Hauptfallgruppe stellt der Behinderungsmissbrauch (oder marktverschliessende Missbrauch; *exclusionary abuse*) dar. Hierbei kann zwischen preisbezogenen und nicht preisbezogenen Verhaltensweisen unterschieden werden. Es ist verschiedentlich vorgebracht worden, dass die bisherige Rechtsprechung eines klaren normativen Konzepts ermangle, fehlerhaft sei und die Rechtssicherheit nicht hinreichend gewährleiste. Die Gründe lägen in den unterbestimmten Rechtsbegriffen: Die Grenze zwischen (wettbewerbs-)konformem Verhalten (sog. Leistungswettbewerb) und nicht konformem Verhalten (sog. Behinderungswettbewerb) lasse sich anhand der Anwendungspraxis und ihrer Beurteilungskriterien wie etwa «wirksamer und unverfälschter Wettbewerb», «Schutz des Restwettbewerbs» oder «besondere Verantwortung» nicht befriedigend ziehen. Linderung soll ein wirtschaftlicherer Ansatz (*more economic approach*) schaffen. Mit einer (stärkeren) Ausrichtung der Wettbewerbspolitik an der (Industrie-)Ökonomik ist der Anspruch verbunden, über eine *theory of harm* zu verfügen, welche die im jeweiligen Einzelfall eingetretenen bzw. wahrscheinlichen negativen wohlfahrtsökonomischen Effekte des inkri-

minierten Verhaltens zu belegen vermag<sup>3</sup>.

Als eine Reformtreiberin der *more economic approach* ist die Kommission zu benennen. Ende 2008 veröffentlichte sie den Entwurf ihrer Mitteilung «Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen» (nachfolgend: Prioritätenmitteilung) und kurz darauf deren endgültige Fassung<sup>4</sup>. Zuvor hatten die Entscheidungen des EuGH in Sachen «British Airways» und des EuG in Sachen «Microsoft» den *more economic approach* bzw. eine mit ihm einhergehende allzu einseitige Orientierung an der Wohlfahrtsökonomik in die (verfassungs-)rechtlichen Schranken verwiesen<sup>5</sup>. Das in der Prioritätenmitteilung propagierte Kriterium der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung spiegelt demnach die Notwendigkeit wider, ein Eingreifkriterium zu finden, welches *economically sound* und zugleich schutzzielkonform und justizabel ist.

### 2. Begriffsklärung

Eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung (*anti-competitive foreclosure*) bezeichnet nach der KOMMISSION «einen Sachverhalt, 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». «Preise [...] erhöhen» ist weit auszulegen<sup>6</sup>.

(*Market*) *foreclosure* ist ein aus der Industrieökonomik herzuleitender Begriff. Er verfügt in qualitativer Hinsicht über eine sachliche und eine räumliche Dimension: Sachlich kann zwischen einer Einschränkung des Zugangs zu Lieferquellen (*input foreclosure*) und zu Abnehmern (*customer foreclosure*) unterschieden werden; räumlich kann danach unterschieden werden, ob ein benachbarter, vor- oder nachgelagerter Markt beeinträchtigt wird (*vertical foreclosure*) oder ob es sich um ein Segment desselben Marktes handelt (*horizontal foreclosure*)<sup>7</sup>.

Marktverschliessendes Verhalten ist derweil keineswegs zwingenderweise (*prima facie*) behinderungsmissbräuchlich. Regelmässig nicht *anti-competitive* ist die Disziplinierung oder Verdrängung von Konkurrenten, welche weniger effizient als das marktbeherrschende Unternehmen sind<sup>8</sup>. Für eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung sind vielmehr einerseits gewisse marktstrukturelle Voraussetzungen erforderlich. Andererseits muss das unternehmerische (Preissetzungs-) Verhalten bei einer einzelfallweisen Gesamtbewertung als erheblich in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht qualifizieren. Darüber hinaus sind zusätzliche Anhaltspunkte beachtlich. Ein Verbrauchernachteil ist lediglich Folge der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung, nicht hingegen Tatbestandsvoraussetzung<sup>9</sup>.

<sup>3</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 97 ff.

<sup>4</sup> KOMMISSION, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fällen von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, 2009/C 45/02, Abl. EU vom 24. Februar 2009.

<sup>5</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 104 f., 114 ff.; siehe EuGH vom 15. März 2007, Rs. C-95/04, «British Airways», EuG vom 17. September 2007, Rs. T-201/04, «Microsoft».

<sup>6</sup> KOMMISSION (Fn. 4), Tz. 19 f. und Tz. 11, m.H.

<sup>7</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 119 ff.

<sup>8</sup> Siehe EuGH vom 6. September 2017, Rs. C-413/14 P, Tz. 133, «Intel», mit Verw.; zu möglichen Ausnahmen siehe V.1.

<sup>9</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 122 ff., 174 ff. und 348 ff. sowie die Ausführungen zur diesbezüglichen Nachweiseignung des AEC-Tests hiernach unter IV.2.

### 3. Schutzzielkonformität

Das Eingreifkriterium der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung erweist sich im Weiteren als grundsätzlich schutzzielkonform: Eine Untersuchung der Schutzziele aus primärrechtlicher Perspektive lässt nämlich erkennen, dass sowohl der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit (systemtheoretischer Ansatz) als auch die Förderung der langfristigen Wohlfahrt durch eine Steigerung der dynamischen Effizienz (wohlfahrtstheoretischer Ansatz im weiteren Sinne) über Legitimation verfügen. Diese Erkenntnis gilt gleichermaßen für das Unionsrecht wie das schweizerische Recht. Folglich ist auf ökonomische Erkenntnisse über die Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen zurückzugreifen<sup>10</sup>. Die Wettbewerbsfreiheit alleine wäre denn auch ein unterdefiniertes Beurteilungskriterium. Das Eingreifkriterium der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung stellt insofern die notwendige Synthese zwischen den begründeten Schutzziele dar. Es ermöglicht die Verwertung ökonomischen Sachverstands im Hinblick auf die Förderung der allokativen Effizienz und zugleich den Schutz des Restwettbewerbs<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> BGE 143 II 297 ff. E. 6.2.1 f. besagen in zutreffender Weise denn auch lediglich, dass ökonomischen Theorien *contra legem* die Anwendung zu versagen ist, siehe A. HEINEMANN, Das «Gaba»-Urteil des BGER: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018, 103 ff., 115 f.

<sup>11</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 61 ff. und 126 f.; siehe auch KOMMISSION (Fn. 4), Tz. 20, 2. Lemma; die Bedeutung des Restwettbewerbs zeigt sich im Übrigen auch daran, dass anlässlich der Prüfung einer Effizienzrechtfertigung wiederum zu untersuchen ist, ob das fragliche Verhalten «einen wirksamen Wettbewerb nicht ausschaltet, indem es alle oder die meisten bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen bringt» (KOMMISSION [Fn. 4], Tz. 30, 4. Lemma).

### 4. Zulässigkeit und Zweckmässigkeit einer harmonisierten Auslegung

Das schweizerische Missbrauchsverbot wurde im Zeitpunkt seiner Rechtsetzung – ohne staatsvertragliche Verpflichtung – durch unilaterale Konvergenzschaffung dem Unionsrecht angeglichen<sup>12</sup>. Die verfassungsrechtlich begründeten Schutzziele sind wie erwähnt mit den unionsrechtlichen weitgehend identisch<sup>13</sup>. Eine harmonisierte Auslegung ist infolgedessen zulässig; darüber hinaus ist sie auch insoweit angezeigt, als der materielle Minimalstandard von Art. 102 AEUV aus Gründen der Gleichbehandlung und der Rechtssicherheit nicht unterschritten werden sollte. Legitim kann derweil eine punktuell strengere Auslegung sein, insbesondere aufgrund einer (relativen) Besonderheit des schweizerischen Binnenmarkts<sup>14</sup>. Entsprechendes gilt notabene im Unionsraum: Anders als in der Schweiz, wo das Missbrauchsverbot im Sinne eines Einebenensystems ausschliesslich dem Bund zugewiesen ist (Art. 96 BV), existieren dort neben dem unionsrechtlichen grundsätzlich weiterhin die verschiedenen einzelstaatlichen Missbrauchsverbote. Deren möglicherweise strengeren Vorschriften bzw. Auslegungen dürfen auf einseitige Handlungen von Unternehmen angewendet werden (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO 1/2003)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Siehe BGE 139 I 72 ff. E. 8.2.3, mit Verw.; vgl. Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (Bundesbeschluss vom 20. Juni 2014, BBl 2014, 5205), Einl. E. Abs. 3; BGE 137 II 199 ff. E. 4.3.1.

<sup>13</sup> Siehe II.3. hiervor, mit Verw.

<sup>14</sup> Siehe betreffend Art. 5 Abs. 4 KG: BGE 143 II 297 ff. E. 6.2.3.

<sup>15</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 154 ff.

### III. Der *as efficient competitor*-Test

#### 1. Testdefinition

In Lehre und Rechtsprechung sind zur Beurteilung des Preissetzungsverhaltens marktbeherrschender Unternehmen verschiedenartige AEC-Tests propagiert und angewendet worden. Vorzugswürdig erscheint die Formulierung eines funktionsoffenen Tests in Anlehnung an die Definition der KOMMISSION<sup>16</sup>: Bei einem AEC-Test wird der von einem Unternehmen gesetzte Preis mit den Kosten eines AEC verglichen; es wird hierbei geprüft, in welchem Mass der Preis des Unternehmens die Kosten des AEC deckt.

Einem solchen AEC-Test ist weder ein Rechtfertigungsschritt inhärent noch erfolgt eine integrale Berücksichtigung der strategischen Intention des Unternehmens. Er ist insofern von einer prominenten Darstellung bei POSNER abzugrenzen, welcher quasi Test-inklusive die Möglichkeit zur Effizienzrechtfertigung eröffnet («The defendant can rebut by proving that although it is a monopolist and the challenged practice exclusionary, the practice is, on balance, efficient»)<sup>17</sup>. Kosten-Preis-Vergleiche sind aber nicht derart eng mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz verbunden, als mit ihnen notwendigerweise eine Bilanzierung der Wohlfahrts-effekte einhergehen müsste. Der AEC-Test ist kein (*welfare*) *balancing test*; er schliesst eine allfällige *efficiency defence*<sup>18</sup> aber wohlgermerkt keinesfalls aus.

Diese Definition unterscheidet sich des Weiteren von derjenigen des

<sup>16</sup> KOMMISSION (Fn. 4), Tz. 25; zutreffend ist insofern auch die Bezeichnung «Eigenwirtschaftlichkeitstest», siehe BGER vom 14. September 2015, B-7633/2009, Tz. 447, «Swisscom ADSL II».

<sup>17</sup> R. POSNER, *Antitrust Law*, 2. Aufl., Chicago 2001, 195.

<sup>18</sup> Weiterführend zur Effizienzrechtfertigung ROTH (Fn. 1), 142 ff.; siehe auch V.2. hier-nach.

EuGH. Im Vorabentscheidungsverfahren «Post Danmark II» bemerkte der GERICHTSHOF: «D[as] Kriterium [des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers] beruht auf einem Vergleich der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandten Preise mit bestimmten Kosten, die diesem Unternehmen entstanden sind, und einer Analyse der Strategie dieses Unternehmens» (hiernach: AEC plus-Test)<sup>19</sup>. Der EuGH lehnt damit sein «Kriterium des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers» weiterhin an die AKZO-Formel an, wonach (je nach Ausmass der Kostenunterbietung) entweder ein «Plan [...] [erforderlich ist], der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat», oder aber eine unternehmerische Intention vermutet werden kann<sup>20</sup>. Der Verdrängungsabsicht kommt indes beim Nachweis missbräuchlichen Verhaltens eine ambivalente Stellung zu («Objektivität» des Missbrauchsbegriffs); der AEC-Test eignet sich gegebenenfalls vielmehr als Intentionsindikator<sup>21</sup>. Es erscheint so gesehen vorzuzugswürdig, Inhalt und Funktion nicht zu vermengen.

Ferner findet der AEC-Test nach hier verwendeter Terminologie grundsätzlich auf jedes vom persönlichen Geltungsbereich des Art. 102 AEUV bzw. Art. 7 KG erfasste Unternehmen Anwendung. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ist keine eigentliche Anwendungsvoraussetzung des Tests<sup>22</sup>.

## 2. Parameter

### a) Referenzperson

Referenzperson dieses Kosten-Preis-Vergleichs ist ein ebenso effizienter

Wettbewerber (*as efficient competitor*, AEC). Ein AEC ist eine hypothetische Person, welche über dieselbe unternehmensinterne produktive Effizienz (ökonomische Effizienz im engeren Sinne) wie das inkriminierte Unternehmen verfügt: Sie besitzt die gleichen Produktions- und Kostenstrukturen und produziert mithin bei statischer Betrachtung ein bestimmtes Outputniveau zu denselben Kosten.

Dies macht das Abstellen auf die Kosten eines realen Konkurrenten jedenfalls im Grundsatz entbehrlich<sup>23</sup>. Auf zusätzliche Annahmen, wonach der AEC «would not have as broad a sales base as [the dominant firm]<sup>24</sup>» bzw. «jedoch keine beherrschende Stellung innehat»<sup>25</sup>, sollte verzichtet werden<sup>26</sup>.

### b) Kostenbestimmung

Die mikroökonomische Kostentheorie identifiziert vielfältige Kostenarten<sup>27</sup>, welche bei der Prüfung, inwieweit der von einem Unternehmen gesetzte Preis die Kosten eines AEC deckt, verwendet werden können. Bedeutsam sind für die Zwecke des AEC-Tests insbesondere die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (*average avoidable cost*, AAC), die durchschnittlichen langfristigen inkrementellen Kosten (*long run average incremental cost*, LAIC), aber weiterhin auch die durchschnittlichen variablen Kosten (*average variable cost*, AVC) und die Vollkosten (*average total cost*, ATC). Während die AAC bzw. die AVC als Ersatz für die kaum bestimmbaren kurzfristigen Grenzkosten (*short run marginal cost*, SMC) propagiert worden sind, stellen die LAIC den praktikableren

Masstab als die ATC bzw. die langfristigen Grenzkosten (*long run marginal cost*, LMC) dar<sup>28</sup>.

Für die quantitative Bestimmung der Kostenarten müssen jeweils zuallererst die notwendigen Kostendaten generiert werden können. Diese sind bei den Unternehmen in aller Regel nach den Grundsätzen der buchhalterischen Rechnungslegung erfasst. Deren Kategorisierung entspricht aber – selbst bei übereinstimmender Bezeichnung – bloss leidlich den hier interessierenden Kostenarten, welche im Einklang mit dem mikroökonomischen Kostenbegriff die Opportunitätskosten mitenthalten. Des Weiteren stimmen die Rechnungslegungsperioden generell nicht mit den Test-Untersuchungszeiträumen überein, welche die Höhe der Kostenarten beeinflussen<sup>29</sup>. Die Verwertung ist dementsprechend eine Herausforderung. Bei der Anwendung der *imputation rule* anlässlich von Preis-Kosten-Scheren konnte denn etwa festgestellt werden, dass dem vertikal integrierten Marktbeherrscher übermässige Opportunitätskosten «in Rechnung gestellt» werden, wenn keine Ausklammerung der *additional upstream cost* erfolgt<sup>30</sup>. Ergebnisweise werden demnach höhere Kosten als die eines AEC berechnet.

<sup>28</sup> Vgl. P. AREEDA/D.F. TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, 88 Har. L. Re. 697 (1975); W. BAUMOL, *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test*, 39 J. Law Econ. 49 (1996); P. BOLTON/J.F. BRODLEY/M.H. RIORDAN, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 Geo. L.J. 2239 (2000), mit Verw. auf P.L. JOSKOW/A.K. KLEVORICK, *A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy*, 89 Yale L.J. 213 (1979); R. POSNER, *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*, 41 U. Chi. L. Re. 506 (1973–1974); DERS., *Antitrust Law*, Chicago 1976, 188 ff.; DERS. (Fn. 17), 194 ff. und 215 f.; weiterführend ROTH (Fn. 1), 165 ff.

<sup>29</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 312 ff., mit einem Exkurs zur selbstauferlegten Kognitionsbeschränkung der Gerichte bei «ökonomischer Komplexität» (*ibid.*, 325 ff.).

<sup>30</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 212 ff.

<sup>23</sup> Zu möglichen Ausnahmen siehe V. hiernach.

<sup>24</sup> KOMMISSION, Entscheidung vom 13. Mai 2009, COMP/37.990, Tz. 1004, «Intel».

<sup>25</sup> KOMMISSION, Zusammenfassung Entscheidung, Tz. 28, «Intel»; EuG vom 12. Juni 2014, Rs. T-286/09, Tz. 30, «Intel».

<sup>26</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 179 f. und 192 ff.

<sup>27</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 32 ff.

<sup>19</sup> EuGH vom 6. Oktober 2015, Rs. C-23/14, Tz. 54, «Post Danmark II».

<sup>20</sup> EuGH vom 3. Juli 1991, Rs. C-62/86, Tz. 71 f., «AKZO».

<sup>21</sup> Siehe IV.1.b) und IV.2.c) hiernach.

<sup>22</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 299 ff. und 334 ff.

## c) Preisbestimmung

Im Gegensatz zur Kostenbestimmung erfährt die Preisbestimmung in der wettbewerbsrechtlichen Lehre im Allgemeinen und beim AEC-Test im Besonderen geringere Beachtung. Dies ist einigermaßen erstaunlich, zumal es sich beim Preis um die direkte Vergleichsgrösse zu den Kosten und demzufolge um einen absolut zentralen Parameter handelt. Eine mögliche Erklärung kann darin liegen, dass der Preis bereits in der älteren Wirtschaftslehre als eine vermeintlich «eindimensionale Grösse» oftmals übergangen wurde. Der Preisbegriff des preisbezogenen Behinderungsmissbrauchsverbots ist daher anhand funktionaler Gesichtspunkte näher zu bestimmen. Hierbei bietet sich ein Rückgriff auf die betriebswirtschaftliche Preistheorie an, welche sich mit der Preissetzung von Unternehmen mit Preissetzungsspielräumen beschäftigt. Sie unterscheidet zwischen einer statischen und einer dynamischen Betrachtungsweise, wobei sich eine Vielzahl von möglichen Preiselementen identifizieren lassen. Infolge deren nahezu beliebigen Kombinierbarkeit resultiert eine eigentliche Multidimensionalität des Preises. Dies legt für den AEC-Test (in Anlehnung an die traditionelle mikroökonomische Terminologie) folgenden Preisbegriff nahe: Der Preis ist die Summe der mit der Produktion einer Outputmenge erzielten Erlöse.

Grundsätzlich sollte die Bestimmung des Preisparameters demzufolge – analog der umfassenden Kostenerfassung einschliesslich der Opportunitätskosten im Sinne des ökonomischen Kostenbegriffs – anhand einer vollständigen Erfassung sämtlicher relevanter Preiselemente erfolgen. Bei Folgeeinnahmen (d.h. strategischen Preiselementen) ergeben sich derweil zwei bedeutende Schwierigkeiten hinsichtlich deren Zurechenbarkeit: Einerseits sollte die Realisierung, sofern

noch nicht nachweislich eingetreten, aus einer *ex ante*-Perspektive zumindest überwiegend wahrscheinlich und jedenfalls nicht augenscheinlich spekulativ erscheinen. Dies eröffnet einen Ermessensspielraum. Andererseits sollten lediglich «leistungswettbewerbliche» Erlöse berücksichtigt werden dürfen, nicht aber solche «*follow on*» *revenues*, welchen *recoupment*-Qualität zukommt. Letzteren ist die Relevanz abzuspochen, weil sie ein Ergebnis der *predatory pricing*-Strategie sind<sup>31</sup>. Die strategischen Preiselemente erscheinen nun aber ambivalent und ohne intrinsische Unterscheidungsmerkmale. Wie können sie also berücksichtigt werden? Nicht vollends befriedigend ist, wenn sie bloss im Rahmen der Effizienzrechtfertigung bedeutsam werden – sofern ihnen nicht selbst dies verwehrt wird<sup>32</sup>. Eine gewisse Linderung schafft auch ihre derweil schemenhafte Berücksichtigung bei der Festlegung des Endwerts im Rahmen der Ertragswertmethode<sup>33</sup>. Es ist immerhin in genereller Weise festzuhalten, dass eine jede unvollständige Preisbestimmung (gleich einer überhöhten Kostenbestimmung<sup>34</sup>) im Ergebnis die Anwendung eines REC-Beurteilungsmassstabs bedeutet. Hingegen würde die Bestimmung eines zu hohen Preises bzw. eine unvollständige Kostenbestimmung zur Anwendung eines eigentlichen «*more efficient competitor*»-Beurteilungsmassstabs führen<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Weiterführend zu den Begriffen *predatory pricing* und *recoupment* siehe IV.1.a) und IV.1.c) hiernach.

<sup>32</sup> Siehe EuG vom 30. Januar 2007, Rs. T-340/03, Tz. 217, «France Télécom»; siehe aber EuGH vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Tz. 42, «Post Danmark».

<sup>33</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 318 ff.

<sup>34</sup> Siehe III.2.b) hiervor.

<sup>35</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 218 ff. und 276 ff.; zur Bestimmung des effektiven Preises bei bedingten Einzelprodukte-Rabatten siehe *ibid.*, 230 ff., mit Darlegung der vorzugswürdigen Verrechnung der auf dem nicht bestreitbaren Teil der Nachfrage gewährten Rabatte nicht über den gesamten bestreitbaren Teil der Nachfrage, sondern lediglich bis zur konkreten Rabattschwelle.

## IV. Funktionaler Anwendungsbereich

### 1. Nachweis des *predatory pricing*

#### a) Begriffsklärung

Bei der industrieökonomischen Beurteilung kompetitiver Preissetzungsstrategien unter dem Gesichtspunkt des *predatory pricing* wird auf einen AEC als Referenzperson mit einer gewissen Beständigkeit Bezug genommen. *Predatory pricing* bezeichnet jedes preisstrategische Behinderungsverhalten, mit welchem die Verdrängung oder Schwächung bestehender Konkurrenten, die Verhinderung des Markteintritts potenzieller Konkurrenten bzw. die (damit einhergehende) Schwächung des Wettbewerbs zum Zweck der Gewinnmaximierung erreicht wird oder zumindest beabsichtigt ist. Von diesem weiten Begriff werden grundsätzlich sämtliche Verhaltensweisen erfasst, welche möglicherweise einen preisbezogenen Behinderungsmissbrauch darstellen können. Wohlgermerkt übt nun jede Preissetzung einen relativen Wettbewerbsdruck aus, welcher auf die Mitbewerber – abhängig von deren Produktionskosten – potenziell verdrängend wirken kann. Selbst Preise über den eigenen Kosten können sich als Teil einer *predatory pricing*-Strategie entpuppen (sog. «*above-cost predatory pricing*»): Das marktmächtige Unternehmen generiert zwar keine buchhalterischen Verluste; derweil fallen Opportunitätskosten an, zumal es zeitweilig auf höhere Erlöse verzichtet. Generell kann mithin jede unterhalb der kurzfristig gewinnmaximierenden Höhe angesetzte Preissetzung gegebenenfalls *predatory* sein, sofern das hiermit eingegangene Gewinnopfer (*profit sacrifice*) aufgrund einer definitionsgemässen strategischen Intention erfolgt. Besagte Intention ist dadurch charakterisiert, dass mit der Preissetzung die Verdrängung der Konkurrenz bzw. die Verhinderung von Markteintritt beabsichtigt ist, wobei Erstere ohne

Letzteres (langfristig) nicht gewinnmaximierend wäre<sup>36</sup>.

## b) Intentionsfiktion

Nun sind aber oftmals weder der kurzfristig gewinnmaximierende Preis noch die strategische Intention (umso weniger *ex post*) zweifelsfrei eruiert. Die industrieökonomische Doktrin war infolgedessen bestrebt, ein hilfswises Kriterium zwecks «disambiguating [the] ambiguous» zu ermitteln. Hierbei wird das konkrete Preissetzungsverhalten als Indikator für die unternehmerischen Absichten herangezogen. Eine strategische Intention wird fingiert, wenn der gesetzte Preis mit einer kurzfristigen Gewinnmaximierung *per se* unvereinbar erscheint. Es kommt demnach ein AEC-Test im Sinne eines «(intention due to) profit sacrifice»-Tests zur Anwendung<sup>37</sup>. Bei einer Preissetzung «above cost» (oberhalb der durchschnittlichen Vollkosten) ist eine *predatory pricing*-Intentionsfiktion freilich unmöglich. Doch selbst bei der Höhe der kurzfristigen Kostenarten AVC bzw. AAC unterschreitenden Preisen könnte eine strategische Intention lediglich zweifelsfrei fingiert werden, wenn eine vollständige Preisbestimmung<sup>38</sup> erfolgt ist. Hingegen können bei unvollständig bestimmten Preisen im

konkreten Einzelfall legitim-wirtschaftliche Gründe bestehen, um bei dieser Preishöhe die kurzfristigen Kosten zu unterlaufen. Zu nennen sind hier insbesondere die Interaktion mit komplementären Gütern, obsoletere Produkte oder der Einstieg in die niedrigeren Preise der Konkurrenz. Eine Preissetzung zu den (höher zu liegenden) langfristigen Kostenarten wie namentlich den LAIC vermag *predatory pricing* wiederum nicht mit Gewissheit zu fingieren<sup>39</sup>.

## c) Exkurs: *recoupment*

Bei der Beurteilung von *predatory pricing*-Strategien ist zu klären, welche Bedeutung dem *recoupment*-Kriterium zusteht. Es bezeichnet die Möglichkeit des marktbeherrschenden Unternehmens, das anfänglich (in «Phase I») erlittene Gewinnopfer im Anschluss an die Verdrängung der Konkurrenz bzw. die Verhinderung von Markteintritt durch Extragewinne (in «Phase II») wieder decken zu können. Ein Gewinnopfer bedingt keine eigentlichen buchhalterischen Verluste, sondern beschreibt zweckmäßigerweise jegliche Opportunitätskosten infolge zeitweiligen Verzichts auf höhere Erlöse. Demzufolge ist nicht jeder Gewinnopferausgleich (*profit sacrifice recoupment*) ein Verlustausgleich (*loss recoupment*). Namentlich der U.S. SUPREME COURT hat dem *recoupment*-Nachweis nach verbreiteter Ansicht eine konstitutive Bedeutung für die Missbräuchlichkeit von *predatory pricing* beschieden<sup>40</sup>. Nach zutreffender und vom EuGH bestätigter Auffassung ist die (oftmals prognostische) Phase II derweil bloss im Rahmen einer

Plausibilisierung zu berücksichtigen<sup>41</sup>. Dies sollte gleichfalls bei der Anwendung von Art. 7 KG gelten und darüber hinaus für sämtliche Formen des *predatory pricing*, weil generell *per definitionem* Gewinnopfer (wenn auch nicht zwingend Verluste) anfallen<sup>42</sup>.

## 2. Nachweis einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung

### a) Prüfungsstruktur

Damit eine Marktverschliessung als wettbewerbswidrig qualifiziert, muss sie als relevant gelten, d.h. aller Wahrscheinlichkeit nach einen gewissen Grad und eine gewisse Beständigkeit erreichen. Gleichzeitig sind die von der KOMMISSION benannten allgemeinen Faktoren zu berücksichtigen<sup>43</sup>. Wie sogleich ersichtlich wird, verfügt der AEC-Test sowohl beim Relevanznachweis als auch bezüglich der zusätzlichen Anhaltspunkte streckenweise über gewichtige Bedeutung, derweil er freilich nicht durchgängig eingesetzt werden kann<sup>44</sup>.

### b) Relevanz

Den marktinhärenten Strukturen, insbesondere dem Vorliegen von Informationsasymmetrien sowie einer imperfekten Marktbestreitbarkeit, kommt

<sup>36</sup> Siehe I. SCHMIDT/J. HAUCAP, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 10. Aufl., München 2013, 167; vgl. POSNER (Fn. 17), 216: «[Intent] is a method of disambiguating an ambiguous practice»; weiterführend ROTH (Fn. 1), 163 ff. und 254 ff.

<sup>37</sup> Zur Abgrenzung vom eigentlichen (*profit sacrifice*-Test bzw. *but for*- oder *no economic sense*-Test (siehe J.A. ORDOVER/R.D. WILLIG, An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation, 91 Yale L.J. 8 [1981]; A.D. MELAMED, Exclusive dealing agreements and other exclusionary conduct – are there unifying principles?, 73 Antitrust L.J. 375 [2006]; G.J. WERDEN, The «No Economic Sense» Test for Exclusionary Conduct, 31 J. Corp. L. 293 [2006]); weiterführend ROTH (Fn. 1), 341.

<sup>38</sup> Siehe II.2.c) hiervor.

<sup>39</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 272 ff.; siehe auch die Hinweise unter IV.2.c) hiernach.

<sup>40</sup> Brooke Group Ltd. v Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 225 f.; in überzeugender Weise relativierend C.S. HEMPHILL/P.J. WEISER, Beyond Brooke Group: Bringing Reality to the Law of Predatory Pricing, 127 Yale L.J. 2048 (2018).

<sup>41</sup> EuGH vom 2. April 2009, Rs. C-202/07, Tz. 110 f., «France Télécom», mit Verw. auf EuGH vom 14. November 1996, Rs. C-333/94, Tz. 44, «Tetra Pak»; siehe auch KOMMISSION, Entscheidung vom 16. Juli 2003, COMP/38.233, Tz. 332 ff., «Wanadoo Interactive»; (zu) apodiktisch aber in Bezug auf Preis-Kosten-Scheren: EuGH vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, Tz. 103, «TeliaSonera»: «keine Rolle».

<sup>42</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 304 ff.; anders das *obiter dictum* in BVGer vom 14. September 2015, B-7633/2009, Tz. 406, «Swisscom ADSL II»; eine Ausnahme stellen gegebenenfalls Bündel- oder Paketrabatte dar, weiterführend IV.3.e) hiernach.

<sup>43</sup> Siehe KOMMISSION (Fn. 4), Tz. 20 f.; siehe bereits II.2. hiervor.

<sup>44</sup> Hiernach weiterführend ROTH (Fn. 1), 348 ff.

eine zentrale Rolle bei der Evaluation zu, inwieweit ein unternehmerisches Preissetzungsverhalten den Markt in aller Wahrscheinlichkeit nach relevanter Weise zu verschliessen vermag. Bei deren Offenlegung ist der AEC-Test allerdings von sehr beschränktem Nutzen: Ein Kosten-Preis-Vergleich vermag kaum Auskunft darüber zu geben, welche Marktzutritts- oder Marktaustrittsschranken bestehen. Der AEC-Test eruiert namentlich nicht, inwieweit tatsächliche oder rechtliche Marktzutrittschranken in der Form von Grössenvorteilen respektive Schutzrechten oder polizeilichen Bewilligungen bestehen. Er identifiziert ebenso wenig Marktaustrittsschranken, indem er keine Feststellung dahingehend trifft, inwieweit das Verlassen eines Marktes mit verlorenen Kosten verbunden ist. Schwierigkeiten bestehen mit Bezug auf die Frage, ob und inwieweit der AEC-Test für den Nachweis von strategischen Marktzutrittschranken Verwendung finden sollte. Vertikale Informationsasymmetrien (zwischen den aktuellen oder potenziellen Konkurrenten und den Kapitalgebern) können durch einen AEC-Test wiederum nicht aufgedeckt werden. Eine Reputation wäre durch vorgängige Preissenkungen auf anderen Märkten nachzuweisen, und deren Identifikation erfordert bloss Kosten-Preis-Vergleiche, insoweit sich die Produktionskosten im Untersuchungszeitraum geändert haben. Nutzlos erweist sich hierbei aber jedenfalls der AEC-Test, welcher auf dem hinsichtlich einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung zu untersuchenden Markt durchgeführt wird. Beim Nachweis von Signalstrategien kommt dem AEC-Test ebenso wenig eine eigenständige Bedeutung zu.

Um einiges hilfreicher wird der AEC-Test bei der Beurteilung des unternehmerischen Preissetzungsverhaltens: In sachlicher Hinsicht erheblich ist im Grundsatz die Preissetzung auf einer Höhe, welche es dem Marktbeherrscher

bzw. dem AEC nicht erlauben würde, seine LAIC zu decken. Der AEC-Test eignet sich damit geradezu prototypisch, die sachliche Erheblichkeit einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden Marktverschliessung zu bestimmen, zumal er den vom Marktbeherrscher gesetzten Preis mit den Kosten eines AEC vergleicht, wobei der AEC über dieselben Produktions- und Kostenstrukturen wie das marktbeherrschende Unternehmen verfügt. Bei der Bestimmung der räumlichen Erheblichkeit ist zu untersuchen, in welchem Umfang eine Einschränkung von Konkurrenten beim Zugang zu Abnehmern oder Lieferquellen erfolgt. Hierbei ist der AEC-Test insofern bedeutsam, als seine Durchführung diejenigen Abnehmer bzw. Lieferquellen zu identifizieren vermag, hinsichtlich welcher das Preissetzungsverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens den Zugang für die Konkurrenz einschränkt. Der AEC-Test stellt infolgedessen ein geeignetes Instrument dar, um diejenigen Marktteile zu eruieren, welche aller Wahrscheinlichkeit nach von marktverschliessenden Wirkungen erfasst werden. Determinanten der zeitlichen Erheblichkeit einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung stellen schliesslich einerseits der (Gesamt-) Untersuchungszeitraum und andererseits der Anteil der periodenweisen Kosten-Unterschreitungen dar. AEC-Tests mit entsprechenden Untersuchungszeiträumen enthalten folglich eine Aussage hinsichtlich der zeitlichen Erheblichkeit des unternehmerischen Preissetzungsverhaltens.

#### c) Zusätzliche Anhaltspunkte

Derweil der AEC-Test untauglich ist, eine direkte Verdrängungsabsicht nachzuweisen, kann er bei einer qualifizierten Kostenunterbietung Beleg für ein *sacrifice* sein<sup>45</sup>. Hierbei ist im Grundsatz

<sup>45</sup> Siehe bereits IV.1.b) hiervor.

auf die Unterschreitung der AAC-Kostenhöhe abzustellen. Darüber hinaus kann es zulässig sein, eine strategische Intention vermutungsweise anzunehmen, wenn die LAIC längerfristig und durchgängig unterschritten worden sind. Hingegen ist der AEC-Test ohne Nutzen, um die Marktanteile der Konkurrenten oder Markteintritte zu identifizieren. Der AEC-Test könnte sich allerdings als sinnvoll erweisen, um das Preissetzungsverhalten der Mitbewerber im Hinblick auf den Grad ihrer Kostendeckung zu untersuchen. Dies liesse Rückschlüsse dahingehend zu, ob und wie weit eine Preissenkung für die Konkurrenten als Gegenstrategie tragfähig und demzufolge auch realistisch erscheint. Ungeeignet ist der AEC-Test andererseits, um jene Abnehmer oder Lieferquellen zu bestimmen, welche sich für selektive bzw. diskriminierende Verhaltensweisen im Hinblick auf eine Marktverschliessung besonders eignen.

### 3. Gerichtliche Anerkennung

#### a) Divergierendes Nachweis-erfordernis und Desintegration

Während das Eingreifkriterium der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung einen fundierten und praktikablen Ansatz bietet, um in schutzzielkonformer Weise die Behinderungsmisbräuchlichkeit nachzuweisen, hat sich die Rechtsprechung traditionellerweise mit dem Nachweis einer potenziellen wettbewerbschädigenden Wirkung begnügt. Die Dichotomie im Hinblick auf die Rolle des AEC-Tests betrifft mitunter die Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad. Die jüngeren Urteile des EuGH – insbesondere «Post Danmark» und auch «Intel»<sup>46</sup> – lassen allerdings die Forderung nach einem regelmäs-

<sup>46</sup> EuGH vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, «Post Danmark»; vom 6. September 2017, Rs. C-413/14 P, «Intel»; weiterführend IV.3.c) und IV.3.d) hiernach.

sigen Nachweis erkennen, dass das inkriminierte Verhalten eine voraussetzliche Eignung zur Verdrängung von ebenso effizienten Wettbewerbern besitzt – wofür eine formbasierte Rechtsprechung oftmals zu kurz greift<sup>47</sup>.

Die typischen Erscheinungsformen des *predatory pricing* können für die gegenständlichen Zwecke dahingehend kategorisiert werden, ob eine Verschliessung desjenigen Marktes betroffen ist, auf welchem das inkriminierte Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, oder eines neben- respektive nachgelagerten Marktes<sup>48</sup>. Erstere Kategorie umfasst demnach die Subkategorien (Kampf-) Preisunterbietungen, Preisdiskriminierungen und Rabattsysteme. Letztere Kategorie beinhaltet Bündelungen sowie Preis-Kosten-Scheren. Während in letzterer Kategorie die marktbeherrschende Stellung auf dem Ausgangsmarkt zur Erlangung von Marktmarkt auf dem benachbarten Markt eingesetzt wird, erfolgt in ersterer Kategorie ein (*monopoly*) *leveraging* insofern, als der nicht bestreitbare Teil der Nachfrage zur Erlangung von Marktanteilen auf dem bestreitbaren Teil eingesetzt wird. Freilich ist unternehmerisches (Preissetzungs-)Verhalten nicht formgebunden, sodass kombinierte Erscheinungsformen möglich sind und die nachfolgenden Subkategorien auch fließend ineinander übergehen können<sup>49</sup>.

#### b) (Kampf-)Preisunterbietungen

In seiner grundlegenden *AKZO*-Entscheidung hat der EuGH zur Beurteilung von Preisunterbietungen als Grundform des *predatory pricing* einen AEC plus-Test zur Anwendung gebracht<sup>50</sup>. Das EuG hat hieran namentlich an «France Télécom» festgehalten<sup>51</sup>. In der Schweiz existiert keine eigentliche gerichtliche Praxis mit Bezug auf nicht diskriminierende Preisunterbietungen; die WEKO hat sich in «Cornè Banca SA/Telekurs AG» an die *AKZO*-Formel des EuGH angelehnt<sup>52</sup>.

Als Handlungsempfehlung an marktbeherrschende Unternehmen ist zwecks Verhinderung einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung demnach festzuhalten, dass *predatory pricing*-Intentionen und nicht selektive Vollkosten-Preisunterschreitungen nach Möglichkeit grundsätzlich zu vermeiden sind. Letzteres mag als zu vorsichtig erscheinen, liegt derweil in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren «Post Danmark» begründet sowie in der Tatsache, dass die marktverschliessenden Wirkungen von nicht diskriminierenden Preissetzungen alleweil denjenigen von selektiven Preisen derselben Höhe entsprechen<sup>53</sup>.

#### c) Preisdiskriminierungen

Diskriminierende bzw. selektive oder auch differenzierende Preise können Konkurrenten behindern (sog. *primary-line injury*) oder Abnehmer ausbeuten (sog. *pure discrimination*; *secondary-line injury*). *Primary-line injuries* sollten unter Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. d KG

subsumiert werden<sup>54</sup>. Unbeachtlich dessen ist gegenständlich das vorerwähnte Urteil «Post Danmark» hervorzuheben, in welchem sich der EuGH klarerweise für die Anwendung des AEC-Tests bei der Beurteilung von Preisdiskriminierungen ausgesprochen hat. Während selektive Preise oberhalb der Vollkosten grundsätzlich keine «wettbewerbswidrige[n] Auswirkungen haben»<sup>55</sup>, ist deren Unterbietung bis zu einer auslegungsweisen Höhe der LAIC<sup>56</sup> einzelfallweise zu beurteilen<sup>57</sup>. Dies hat augenscheinlich anhand der Kriterien zu erfolgen, welche gleichfalls beim Nachweis einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung Berücksichtigung finden, weshalb hinsichtlich der Eignung des AEC-Tests die dortigen Ausführungen zu berücksichtigen sind<sup>58</sup>. Diskriminierende Preise unterhalb der LAIC wirken potenziell wettbewerbsschädigend.

Die Handlungsempfehlung an marktbeherrschende Unternehmen muss deshalb lauten, bei selektiven Preisunterbietungen der ATC speziell vorsichtig zu sein: Die strukturellen Bedingungen des Marktes sind zu berücksichtigen. Die Preisdiskriminierungen sollten in sachlicher Hinsicht die LAIC nicht unterschreiten, in räumlicher Hinsicht im Falle einer eingeschränkten Marktbestreitbarkeit die kritischen Teile nicht systematisch abdecken und in zeitlicher Hinsicht nicht fortwährend gewährt werden.

<sup>47</sup> Für eine Annäherung an die enge Kategorie der «Art. 102-by object restrictions» siehe D. ROTH, Ausschliesslichkeitsrabatte, Kategorie, Rechtsfolge und Intel, AJP 2017, 1341 ff., 1345; vgl. EuGH vom 11. September 2014, Rs. C-67/13 P, Tz. 58, «Cartes Bancaires».

<sup>48</sup> Siehe V. ROSE/D. BAILEY, Bellamy & Child, European Law of Competition, 7. Aufl., Oxford 2013, Rn. 10.065 ff. und 10.112 ff.

<sup>49</sup> Hiernach weiterführend ROTH (Fn. 1), 345 f. und 360 ff.

<sup>50</sup> EuGH vom 3. Juli 1991, Rs. C-62/86, Tz. 70, «AKZO»; siehe bereits III.1. hiervor.

<sup>51</sup> EuG vom 30. Januar 2007, Rs. T-340/03, Tz. 195 ff., «France Télécom».

<sup>52</sup> WEKO, RPW 2004, 1002 ff., insb. Tz. 50, «Cornè Banca SA/Telekurs AG».

<sup>53</sup> Weiterführend sogleich IV.3.c) hiernach.

<sup>54</sup> Anders BGE 139 I 72 ff. E. 10.2.2; dies gilt im Übrigen gleichermaßen bei Diskriminierungen mittels Rabattsystemen (weiterführend sogleich IV.3.d) hiernach).

<sup>55</sup> EuGH vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Tz. 36, «Post Danmark».

<sup>56</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 278 ff.

<sup>57</sup> EuGH vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Tz. 39 f., «Post Danmark».

<sup>58</sup> Siehe IV.2. hiervor.

## d) Rabattsysteme

Rabatte bezeichnen Nachlässe auf den Nominalpreis und sind demzufolge in erster Linie ein Element der Preisbestimmung. Bedingte Rabatte sind von einem bestimmten Kaufverhalten der Abnehmer abhängig. Sie werden nach der unionsgerichtlichen Kasuistik in Mengen- und Treuerabatte unterschieden. Treuerabatte, welche unter der Bedingung gewährt werden, dass ein Abnehmer seinen Bedarf gesamthaft oder zu einem wesentlichen bzw. beträchtlichen Teil beim Marktbeherrscher deckt, sind vom EuG als «Ausschliesslichkeitsrabatte» bezeichnet worden, während die übrigen Treuerabatte «Rabatte der dritten Kategorie» darstellen würden<sup>59</sup>. Der EuGH hat letztere Unterscheidung zumindest in terminologischer Hinsicht in «Post Danmark II» und «Intel» nicht übernommen. In der Sache hält er mit Verweis auf «Hofmann-La Roche» wohl aber daran fest<sup>60</sup>. Demnach qualifizieren «Ausschliesslichkeitsrabatte» – immerhin nur mehr – als *prima facie* behinderungsmissbräuchlich, sofern es «das betroffene Unternehmen im Verwaltungsverfahren [unterlässt], gestützt auf Beweise, geltend [zu machen], dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu erzeugen»<sup>61</sup>. Wenn Treuerabatte als «Ausschliesslichkeitsrabatte» qualifiziert sind, trägt demnach das inkrimierte Unternehmen gegenüber der KOMMISSION die Behauptungs- und Substanziierungslast hinsichtlich ihrer

<sup>59</sup> EuG vom 14. Juni 2014, Rs. T-286/09, Tz. 76 ff., «Intel»; zum Ganzen schon ROTH (Fn. 47).

<sup>60</sup> EuGH vom 6. Oktober 2015, Rs. C-23/14, Tz. 27 f., «Post Danmark II»; vom 6. September 2017, Rs. C-413/14 P, Tz. 137, «Intel»; vom 13. Februar 1979, Rs. 85/76, Tz. 89, «Hofmann-La Roche».

<sup>61</sup> EuGH vom 6. September 2017, Rs. C-413/14 P, Tz. 138, «Intel».

Wettbewerbsunschädlichkeit. Ein AEC-Test stellt «keine notwendige Voraussetzung dar [...], um den missbräuchlichen Charakter eines Rabattsystems im Hinblick auf Art. [102 AEUV] festzustellen», sondern ist bloss «ein Instrument unter anderen»<sup>62</sup>.

Mit Blick auf die Verlautbarung der KOMMISSION in der Prioritätenmitteilung sowie ihr tatsächliches Vorgehen namentlich in «Intel»<sup>63</sup> sollte weiterhin davon ausgegangen werden dürfen, dass der GERICHTSHOF an eine derartige «objektive Rechtfertigung» keine allzu hohen Anforderungen stellen möchte. Vielmehr hat sich der EuGH mit der vorgenommenen «Konkretisierung» von «Hofmann-La Roche» augenscheinlich materiell bzw. implizit von der apodiktisch lautenden Rechtsprechung bezüglich «Ausschliesslichkeitsrabatte» qualifizierenden Treuerabatten abkehren wollen<sup>64</sup>. Die blosser Qualifikation sollte die Wettbewerbsbehörde demnach nicht von weitergehenden Abklärungen befreien<sup>65</sup>; einer allfälligen Nichtkooperation des inkriminierten Unternehmens wäre jedenfalls primär mit den Mitteln von Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 bzw. Art. 52 KG zu begegnen.

Marktbeherrschenden Unternehmen ist demnach abzuraten, bei Rabattsystemen bloss auf das Verhältnis des

<sup>62</sup> EuGH vom 6. Oktober 2015, Rs. C-23/14, Tz. 61 f., «Post Danmark II».

<sup>63</sup> KOMMISSION (Fn. 4), Tz. 32 ff. i.V.m. Tz. 21 f.; Entscheidung vom 13. Mai 2009, COMP/37.990, «Intel».

<sup>64</sup> Siehe bereits ROTH (Fn. 47), 1349; vgl. Generalanwältin J. KOKOTT, Schlussanträge vom 21. Mai 2015, Rs. C-23/14, Tz. 58 f., «Post Danmark II»; weiterführend zu den Bindungswirkungen der Prioritätenmitteilung siehe ROTH (Fn. 1), 132 ff.

<sup>65</sup> Im Vergleich zur Prioritätenmitteilung derweil eher ernüchternd J. LAITENBERGER, Accuracy and administrability go hand in hand, Manuskript zum Vortrag anlässlich der CRA Conference, Brüssel, 12. Dezember 2017, 9 f. (verfügbar unter: <ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017\_24\_en.pdf>, zuletzt besucht am 31. August 2018).

(effektiven) Preises zu den Kosten abzustellen. Grundsätzlich unbedenklich ist die schmale Kategorie der Mengenrabatte. Die dortige Einordnung bedingt, dass die infolge der Rabattgewährung eingetretene graduelle Steigerung der ökonomischen Effizienz im engeren Sinne einem konkreten Abnehmer *zurechenbar* ist, oder aber die durch eine Erhöhung des Outputniveaus erreichten Kostensenkungen zumindest *proportional* den Abnehmern weitergegeben werden. Darüber hinaus gilt die einschränkende Voraussetzung der *Unmittelbarkeit*. Mengenrabatte dürfen folglich nicht rückwirkend ausgestaltet sein<sup>66</sup>. Weitergehende Preisnachlässe sind Treuerabatte und sollten derart gewährt werden, dass sie in qualitativer Hinsicht keine potenzielle wettbewerbsschädigende Wirkung entfalten<sup>67</sup>. «Ausschliesslichkeitsrabatte» bleiben heikel und sollten nach Möglichkeit vermieden werden. Andernfalls sollten sie in einer Weise ausgestaltet werden, dass der (effektive) Preis oberhalb der Vollkosten zu liegen kommt. Dies schafft infolge des «Unsicherheitsspielraums» bei der Preisbestimmung einen Schutzpuffer zur LAIC-Kostenhöhe und bedeutet bei Preisdiskriminierungen gemäss «Post Danmark» eine sichere Preishöhe.

## e) Bündelungen

Über einen preisbezogenen Charakter verfügen namentlich Bündel- oder Paketgestaltungen, bei welchen der Erwerb mehrerer Marktgüter ökonomisch vorzugswürdig ist, während die gebün-

<sup>66</sup> Siehe EuGH vom 6. Oktober 2015, Rs. C-23/14, Tz. 28, «Post Danmark II»; ebenso J.S. VENIT, Case T-286/09 Intel v Commission – the Judgment of the General Court: All Steps Backward and no Steps Forward, ECJ 2013, 203 ff., 210.

<sup>67</sup> Ausführlich T. EILMANSBERGER/F. BIEN, in: J. Bornkamm/F. Montag/F.J. Säcker (Hg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 2015, AEUV 102 N 572 ff.

delten Marktgüter zugleich einzeln zu Listenpreisen angeboten werden, welche aber in der Summe den Paketpreis übersteigen (sog. *mixed bundling*). Hierdurch wird ein Anreiz für den gleichzeitigen Bezug mehrerer Güter geschaffen. Von marktbeherrschenden Unternehmen gewährte Bündel- oder Paketrabatte wurden in der bisherigen unionsgerichtlichen Rechtsprechung augenscheinlich *per se* als *prima facie* missbräuchlich eingestuft<sup>68</sup>.

Freilich können Bündel- oder Paketrabatte – im Gegensatz zu anderen Formen des *predatory pricing* – marktverschliessende Wirkungen entfalten, ohne dass beim Marktbeherrscher Opportunitätskosten aufgrund einer Preissetzung unterhalb der kurzfristig gewinnmaximierenden Höhe anfallen: Die infolge gesteigerter Nachfrage erwirtschafteten zusätzlichen Erlöse können die gewährten Rabatte zumindest ausgleichen, weswegen die Preissetzung insgesamt auch kurzfristig gewinnmaximierend ist. Hingegen vermag – in Abwesenheit von Bündelwettbewerb – die in der Prioritätenmitteilung propagierte umfassende «discount attribution» auf jedes einzelne Marktgut im Bündel<sup>69</sup> in zweckmässiger Weise zu eruieren, ob und inwieweit die allgegenwärtigen Bündel- oder Paketrabatte zu Kostenunterschreitungen führen; darüber hinaus sollte eruiert werden, in welchem Masse die Rabatte sich räumlich und zeitlich auswirken.

#### f) Preis-Kosten-Scheren

Nachgelagerte Märkte können mittels einer Preis-Kosten-Schere oder auch Margenbeschneidung (*price squeeze*, *margin squeeze*) verschlossen werden. Ein vertikal integrierter Marktbeherr-

scher kann die Profite seiner nicht vertikal integrierten Konkurrenten auf dem nachgelagerten Markt beschneiden, indem er den Lieferpreis für seine Vorleistung auf dem vorgelagerten Markt erhöht, den Verkaufspreis seines Endprodukts auf dem nachgelagerten Markt verringert oder gar beides tut. Für den Nachweis einer Preis-Kosten-Schere wird sowohl im Unionsrecht wie auch im schweizerischen Recht ein adaptierter AEC-Test zur Anwendung gebracht, wobei grundsätzlich auf die Kostenart LAIC abgestellt wird<sup>70</sup>. Hierbei sollte nicht vergessen gehen, dass die *additional upstream cost* auszuklammern sind<sup>71</sup>. Das Nichtbestehen des AEC-Tests hat derweil noch nicht die Missbräuchlichkeit der Preisgestaltung zur Folge. Es ist weiter «der funktionelle Zusammenhang zwischen Vorleistungs- und Endkundenprodukten zu prüfen» und insbesondere festzustellen, ob das Vorleistungsprodukt für die Herstellung des Endprodukts unentbehrlich ist. Wird dies bejaht, ist die Preis-Kosten-Schere gemäss EuGH «wahrscheinlich» – und nach der Rechtsprechung wohl auch in aller Regel<sup>72</sup> – potenziell wettbewerbsschädigend. Andernfalls ist nachzuweisen, dass der Endprodukt-Verkaufspreis unter dem Vorleistungslieferpreis zu liegen kommt. Bei einer positiven Spanne müssten hingegen noch weitere Anhaltspunkte vorliegen, um auf eine Missbräuchlichkeit zu schliessen<sup>73</sup>. Hierbei sollte die räumliche und zeitliche Erheblichkeit des unternehmerischen Preissetzungsverhaltens berücksichtigt werden.

<sup>70</sup> EuGH vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, Tz. 41 ff., «TeliaSonera»; BVGer vom 14. September 2015, Rs. B-7633/2009, Tz. 451 ff., «Swisscom ADSL II».

<sup>71</sup> Andernfalls kommt tatsächlich ein REC-Beurteilungsmassstab zur Anwendung, siehe bereits III.2.b) hiervor.

<sup>72</sup> Ebenso EILMANSBERGER/BIEN (Fn. 67), ABUV 102 N 550.

<sup>73</sup> EuGH vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, Tz. 69 ff., «TeliaSonera».

## V. Weitere Beschränkungen

### 1. Marktbedingungen

Die Durchführung des AEC-Tests bedingt ein ausreichendes Mass an verfügbar und verwertbaren Daten, und es stellen sich oftmals komplexe Zuordnungs- und Bestimmungsfragen<sup>74</sup>. Während die grundsätzliche Eignung des AEC-Tests zum Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung in der Rechtsprechung für verschiedenen Formen des *predatory pricing* nun anerkannt ist, wird ihm hingegen keine (durchgängige) Notwendigkeit beschieden<sup>75</sup>. Dies erweist sich in gewissen Wettbewerbssituationen als sachgerecht: Neben den möglichen faktischen Unwegsamkeiten verunmöglichen zum einen ausgenutzte Grössenvorteile jedenfalls regelmässig das Abstellen auf einen AEC, wenn die minimale effiziente Grösse die Hälfte der Marktnachfrage übersteigt<sup>76</sup>; bedeutende Verbundvorteile können unter Umständen denselben Schluss nahelegen. Die statische Betrachtungsweise lässt weiter mögliche Marktentwicklungen ausser Acht: Die Bezugnahme auf einen AEC-Test ist fraglich, wenn bestehende oder neu eintretende Konkurrenten bedeutenden Lerneffekten unterliegen werden. Schliesslich kann ein verhältnismässig hoher Differenzierungsgrad der Marktgüter infolge unvollkommener Substituierbarkeit deren Vergleichbarkeit beeinträchtigen<sup>77</sup>.

Es ist für solche Situationen prüfungswert, ob anstelle einer Beurteilung schlicht anhand von qualitativen Kriterien nicht eher der quantitative AEC hin zu einem REC-Beurteilungsmassstab adaptiert werden sollte. Der AEC-Test grenzt sich insofern vom REC-Test ab, als bei letzterem der von einem

<sup>74</sup> Siehe bereits III.2.b) und III.2.c) hiervor.

<sup>75</sup> Siehe bereits IV.3. hiervor.

<sup>76</sup> Sinn gemäss entsprechend EuGH vom 6. Oktober 2015, Rs. C-23/14, Tz. 59, «Post Danmark II».

<sup>77</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 192 ff.

<sup>68</sup> Siehe EuGH vom 13. Februar 1979, Rs. 85/76, Tz. 110 f., «Hofmann-La Roche»; EuG vom 30. September 2003, Rs. T-203/01, Tz. 161 ff., «Michelin II».

<sup>69</sup> KOMMISSION (Fn. 4), Tz. 60.

Unternehmen gesetzte Preis mit den Kosten eines «hinreichend», «angemessen» oder «durchschnittlich» effizienten Wettbewerbers (*reasonably efficient competitor*, REC) verglichen wird; es wird derweil ebenfalls geprüft, in welchem Mass der Preis des Unternehmens die Kosten eines REC deckt<sup>78</sup>. Die Kosten eines REC liegen demnach generell höher als die eines AEC. Das Abstellen auf einen REC ist im Missbrauchsverbot als *ex post*-Aufsicht allerdings mit gewichtigen Vorbehalten behaftet. Im Gegensatz zum AEC widerspiegelt sich im REC nämlich nicht lediglich das marktbeherrschende Unternehmen, sondern vielmehr stellt er eine normative Vermessung des konkreten Marktes sowie seiner erwartungsgemässen Entwicklung dar, sofern der Marktbeherrscher eine Preissetzung entsprechend jener eines REC vorgenommen hätte. Hierbei eröffnet sich für die Wettbewerbsbehörden ein weiter diskretionärer Spielraum; es besteht die Gefahr, dass der REC fehlerhaft festgelegt wird. Weiter lässt sich die einzelfallweise Festlegung auch schwierig mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit vereinbaren. Wenn marktbeherrschende Unternehmen ernstlich Gefahr laufen, anhand eines REC beurteilt zu werden, werden sie ihre Preise sinnvollerweise mit einer grossen Sicherheitsmarge setzen. Die resultierenden (zu) hohen Preise wären derweil zumindest kurzfristig der Konsumentenwohlfrucht abträglich. Der Einsatzbereich des REC-Tests ist damit eher in seinem angestammten Umfeld des klassischen Regulierungsrechts zu verorten, wo die Kostenstrukturen des REC und die mithin zulässige Preissetzung *ex ante* definiert werden können. Eine Verhaltensorientierung an einem REC ist schliesslich auch im quasi-regulatori-

schen Rahmen von Verpflichtungszusagen nach Art. 9 VO 1/2003 denkbar<sup>79</sup>.

## 2. Annahme einer hohen Effizienz

Der Anwendung des AEC-Tests liegt die implizite Annahme zugrunde, dass das marktbeherrschende Unternehmen über eine verhältnismässig hohe ökonomische Effizienz im engeren Sinne verfügt<sup>80</sup>. Derweil ist denkbar, dass ein Marktbeherrscher – beispielsweise aufgrund von «managerial slack» – ineffizient (geworden) ist. Eine die eigenen Produktionskosten unterschreitende Preissetzung erscheint infolgedessen zumindest soweit unbedenklich, als dadurch keine Verdrängungswirkungen auf effizientere Konkurrenten ausgeübt werden; die Konsumenten profitieren von den tieferen Preisen. Grundsätzlich könnte in solchen, augenscheinlich seltenen Fällen gleichfalls ein Kosten-Preis-Vergleich zur Beurteilung herangezogen werden, wobei die Referenzperson alsdann «more efficient» als das marktbeherrschende Unternehmen auszugestalten wäre. Es erweist sich indes (aus überwiegend analogen Gründen<sup>81</sup>) als zweckmässiger, dem Marktbeherrscher gegebenenfalls eine «Ineffizienzrechtfertigung» zuzugestehen. Hierbei handelt es sich bei genauerer Betrachtung um eine «klassische» *efficiency defence*: Das inkriminierte Unternehmen führt den Nachweis, dass seine *prima facie* missbräuchliche Unterkosten-Preissetzung aus Sicht der allokativen Effizienz positiv zu beurteilen ist sowie keine marktverschliessenden Wirkungen zeitigt, weil der Marktpreis weiterhin einer genügenden Anzahl effizienteren Unternehmen erlaubt, zumindest zu

den eigenen Grenzkosten zu produzieren<sup>82</sup>.

## Zusammenfassung

*Dem Beurteilungsmassstab des «ebenso effizienten Wettbewerbers» liegt die eingängige Überlegung zugrunde, dass eine Verhaltensweise im Rahmen von Art. 102 AEUV und Art. 7 KG zulässig sein sollte, welche ebenso produktive Unternehmen nicht behindert. Der Grundsatz erweist sich insbesondere bei Preissetzungspraktiken als justiziabel, welche andernfalls als (below-cost) predatory pricing im Sinne der dargelegten Begriffsbestimmung qualifizieren: Es ist ein Kosten-Preis-Vergleich beim inkriminierten Unternehmen durchzuführen («as efficient competitor»-Test). Diese mögliche Vorgehensweise hat namentlich der EuGH nun weitgehend anerkannt. Der Gerichtshof folgt damit einem bedachtsamen Auswirkungsansatz respektive stützt die Reformbestrebungen der Europäischen Kommission, welche sich das strengere Nachweiserfordernis einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung auferlegt hat. Entsprechendes sollte in der Schweiz gelten. Anwendungsschwierigkeiten bei der Durchführung des Tests können sich derweil bei der Parameterbestimmung ergeben, und gewisse Wettbewerbssituationen lassen das Abstellen auf den Referenzmassstab als unzuweckmässig erscheinen. Der «as efficient competitor»-Test ist folgerichtig ein bedeutsames Kontrollinstrument, wohingegen er keinen durchgängigen bzw. unbedingten Missbrauchsindikator darstellt.*

## Résumé

*Le critère d'appréciation du «concurrent aussi efficace» se fonde sur la simple réflexion selon laquelle une pratique qui n'entrave pas les entreprises aussi produc-*

<sup>78</sup> Zutreffend ist insofern auch die Bezeichnung «Fremdwirtschaftlichkeitstest».

<sup>79</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 206 ff.

<sup>80</sup> Entsprechend E. CLERC/P. KËLLEZI, in: V. Martenet/C. Bovet/P. Tercier (Hg.), *Droit de la concurrence*, Commentaire romand, 2. Aufl., Basel 2013, LCart 7 II N 220.

<sup>81</sup> Siehe V.1. hiervor.

<sup>82</sup> Weiterführend ROTH (Fn. 1), 186 ff.

tives devrait être admissible dans le cadre des art. 102 TFUE et 7 LCart. Le principe s'avère justiciable en particulier en matière de politiques de fixation des prix qui, sinon, devraient être qualifiées de «(below-cost) predatory pricing» dans le sens de la définition présentée: il ya lieu de procéder à une comparaison des coûts et des prix des entreprises incriminées (test «as efficient competitor»). La CJUE no-

tamment, a désormais largement reconnu que cette approche était possible. La Cour suit une approche prudente fondée sur l'effet, respectivement soutient les efforts de réforme de la Commission européenne qui s'est imposée la preuve plus sévère d'une éviction anticoncurrentielle. Une approche correspondante devrait s'appliquer en Suisse. Des difficultés d'application lors de l'exécution du test peuvent

survenir au moment de la détermination des paramètres et certaines situations de concurrence font apparaître comme inapproprié le fait de se fonder sur le critère de référence. Ainsi, le test «as efficient competitor» est un instrument de contrôle significatif. En revanche, il ne représente pas un indicateur d'abus systématique ou inconditionnel.