

Münchener Schriften zum Europäischen und
Internationalen Kartellrecht

37

David Roth

Der „ebenso effiziente Wettbewerber“

Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht
am Beispiel des Behinderungsmissbrauchs



Nomos



Stämpfli Verlag

Münchener Schriften zum Europäischen und
Internationalen Kartellrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Josef Drexl LL.M. (UC Berkeley)

Direktor Max-Planck-Institut für Innovation und
Wettbewerb, München

Band 37

David Roth

Der „ebenso effiziente Wettbewerber“

Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht
am Beispiel des Behinderungsmisbrauchs



Nomos



Stämpfli Verlag

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

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

Zugl.: Zürich, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4292-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8555-9 (ePDF)

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

1. Auflage 2017

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

Vorwort

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

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

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

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

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

Zürich, im Sommer 2017

David Roth

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
Erster Teil: Grundlagen	25
I. Einleitung	25
II. Industrieökonomische Grundlagen	26
1. Begriffsklärung	26
2. Das Unternehmen und seine Kosten	27
A. Theorie der Firma	27
a) Deskriptive Erklärungsansätze	27
b) Technische Sicht des Unternehmens	28
c) Weitere Ansätze	29
aa) Prinzipal-Agent-Ansatz	30
bb) Transaktionskosten-Ansatz	31
cc) Theorie residualer Verfügungsrechte	32
B. Kostentheorie	32
a) Ökonomischer Kostenbegriff	32
b) Variable und fixe sowie totale Kosten	33
c) Verlorene und vermeidbare Kosten sowie Gemeinkosten	33
d) Durchschnittliche Kosten	34
e) Grenzkosten und inkrementelle Kosten	35
f) Kurzfristige und langfristige Kosten	36
3. Marktstrukturen und statische Preistheorie	38
A. Mikroökonomisches Grundmodell	38
a) Markt begriff	38
b) Nachfrage und Angebot	38
c) Konsumenten- und Produzentenrente	39
d) Perfekter Wettbewerb	41
e) Monopol	42
aa) Begriffsklärung	42
bb) Ursachen von Monopolen	43
cc) Dominantes Unternehmen mit wettbewerblichem Rand	44

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

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

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

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

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

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

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

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

bb) Rabattsysteme	367
(1) Ausgangslage	367
(2) Mengenrabatte	368
(3) Zum Nachweis von Mengenrabatten	371
(4) Treue- oder Ausschliesslichkeitsrabatte	373
(5) Würdigung	376
(6) Rabatte der dritten Kategorie	380
c) Verschiessung benachbarter Märkte	382
aa) Koppelungen und Bündelungen	382
(1) Gegenstand	382
(2) Bündel- oder Paketrabatte	383
bb) Preis-Kosten-Scheren	386
(1) Zur Anwendbarkeit von Kosten-Preis- Vergleichen	386
(2) „Stand-alone abuse“	388
(3) Missbräuchlichkeitsnachweis	389
D. Der AEC-Test als „safe harbour“?	391
Ergebnisse	394
Literaturverzeichnis	399

Abbildungsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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/Trüeb (Hrsg.), N 7 f. zu OR 944; in der Folge wird der neutrale Begriff „Unternehmen“ verwendet; die zulässigen rechtlichen Ausgestaltungsformen von Unternehmen regelt im Übrigen das jeweilig anwendbare Gesellschaftsrecht.

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

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

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; *Beh-*