Basler Kommentar Kartellgesetz **Art. 7 KG**

MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in:
Marc Amstutz, Mani Reinert
Kartellgesetz
2. Auflage, 2022
Helbing Lichtenhahn Verlag, ISBN 978-3-7190-3384-2

Art. 7*

Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

[1] Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.

[2] Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:

a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre);

b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;

c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;

d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;

e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;

f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

[version française]

Pratiques illicites d' entreprises ayant une position dominante

[1] Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.

[2] Sont en particulier réputés illicites:

a. le refus d'entretenir des relations commerciales (p.ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises);

b. la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales;

c. le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables;

d. la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé;

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

[Seite 1008] e. la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique;

f. le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

[versione italiana]

Pratiche illecite di imprese che dominano il mercato

[1] Le pratiche di imprese che dominano il mercato sono considerate illecite se, abusando della loro posizione sul mercato, tali imprese ostacolano l'accesso o l'esercizio della concorrenza delle altre imprese o svantaggiano i partner commerciali.

[2] Costituiscono in particolare pratiche del genere:

a. il rifiuto di relazioni commerciali (p. es. il blocco della consegna o dell'acquisto);

b. la discriminazione di partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali;

c. l'imposizione di prezzi inadeguati o di altre condizioni commerciali inadeguate;

d. la vendita sotto prezzo o ad altre condizioni commerciali diretta contro determinati concorrenti;

e. la limitazione della produzione, dello smercio o dello sviluppo tecnico;

f. la subordinazione della conclusione di contratti all'assunzione o alla fornitura di ulteriori prestazioni da parte del partner.

INHALTSÜBERSICHT

	Note
I. Generalklausel (Art. 7 Abs. 1)	1
1. Allgemeines	1
2. Entstehungsgeschichte	9
3. Anwendungsbereich	12
a) Allgemeines	12
b) Intralegaler Anwendungsbereich	14
c) Interlegaler Anwendungsbereich	18
4. Tatbestand	22
a) Merkmale	22
b) Funktionalisierung der Missbrauchskontrolle	29
c) Ökonomisierung der Missbrauchskontrolle	31
d) Eurokompatibilisierung der Missbrauchskontrolle	40
5. Missbrauch	61
a) Allgemeines	61
b) Missbrauchsbegriff	62
c) Missbrauchstypologie	77

d) Missbrauchsanalysemethode 98
6. Kausalität 152
a) Allgemeines 152
b) Kausalitätstypologie 153
c) Kausalitätsfunktion 155
d) Spruchpraxis 163
e) Lehre 169
7. *Legitimate business reasons* 170
a) Allgemeines 170
b) Objektive Rechtfertigungsgründe 174
c) Effizienzgründe 176
d) Verhältnismässigkeit 178
[Seite 1009] II. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) 181
1. Allgemeines 181
2. Entstehungsgeschichte 185
3. Verhaltenstypologie 186
4. Fallgruppenrelationen 201
5. Industrieökonomik 206
a) Allgemeines 206
b) Geistiges Eigentum 209
c) Sacheigentum 213
d) Sozialkostentheoretische Differenzierung von (Un-)Körperlichkeit 214
6. Missbrauchsmerkmale 215
a) Allgemeines 215
b) Grundtatbestand: Verweigerung von Geschäftsbeziehungen 216
c) Einstellung oder Einschränkung bestehender Geschäftsbeziehungen 241
d) Verweigerung zusätzlicher Geschäftsbeziehungen 246
e) *Essential facilities doctrine* 248
f) Verweigerung von immaterialgüterrechtlich oder technologisch geschützten Gütern 261
g) Sonderfrage: Geschäftsverweigerung in Vertriebsnetzen 262
7. Rechtsfolgen 263
a) Allgemeines 263
b) Verwaltungsverfahren 264
c) Zivilverfahren 266
III. Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) 268
1. Allgemeines 268

2. Entstehungsgeschichte 271
3. Verhaltenstypologie 272
4. Fallgruppenrelationen 277
5. Industrieökonomik 283
6. Missbrauchsmerkmale 291
a) Allgemeines 291
b) Anwendungsbereich: von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG 293
c) Diskriminierung von Handelspartnern 299
d) Exkurs: Rabatte 339
e) Quersubvention 346
7. Rechtsfolgen 347
a) Allgemeines 347
b) Verwaltungsverfahren 348
c) Zivilverfahren 350
IV. Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG) 351
1. Allgemeines 351
2. Entstehungsgeschichte 355
3. Verhaltenstypologie 356
4. Fallgruppenrelationen 363
5. Industrieökonomik 370
6. Missbrauchsmerkmale 374
a) Allgemeines 374
[Seite 1010] b) Merkmal I: Preis oder sonstige Geschäftsbedingungen 375
c) Merkmal II: Erzwingung 377
d) Merkmal III: Unangemessenheit von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen 389
e) Merkmal IV: Wettbewerbsversagen 412
f) Merkmal V: Kausalität 413
g) Merkmal VI: *Legitimate business reasons* 414
h) Exkurs: Qualifizierte Unangemessenheit? 415
7. Rechtsfolgen 416
V. Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG) 417
1. Allgemeines 417
2. Preisunterbietung *(predatory pricing)* 419
a) Allgemeines 419
b) Entstehungsgeschichte 424
c) Verhaltenstypologie 425

d) Fallgruppenrelationen 431
e) Industrieökonomik 436
f) Missbrauchsmerkmale 478
3. Kosten-Preis-Schere *(margin squeeze)* 517
a) Allgemeines 517
b) Verhaltenstypologie 521
c) Industrieökonomik 524
d) Missbrauchsmerkmale 534
4. Rabatte 560
a) Allgemeines 560
b) Verhaltenstypologie 566
c) Industrieökonomik 577
d) Missbrauchsmerkmale 595
5. Rechtsfolgen 623
VI. Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) 624
1. Allgemeines 624
2. Entstehungsgeschichte 633
3. Verhaltenstypologie 634
4. Fallgruppenrelationen 644
5. Industrieökonomik 649
6. Missbrauchsmerkmale 652
a) Allgemeines 652
b) Merkmal I: Produktionseinschränkung 654
c) Merkmal II: Wettbewerbsbeeinträchtigung 669
d) Merkmal III: Kausalität 672
e) Merkmal IV: Legitimate business reasons 673
7. Rechtsfolgen 674
VII. Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG) 675
1. Allgemeines 675
2. Entstehungsgeschichte 677
3. Verhaltenstypologie 678
4. Fallgruppenrelationen 692
[Seite 1011] 5. Industrieökonomik 697
a) Allgemeines 697
b) Wettbewerbsintensivierungseffekte 698
c) Wettbewerbsschädigungseffekte 704
6. Missbrauchsmerkmale 718
a) Allgemeines 718

b) Merkmal I: Getrennte Güter 721
c) Merkmal II: Koppelung 732
d) Merkmal III: Wettbewerbsbeeinträchtigung 746
e) Merkmal IV: Kausalität 774
f) Merkmal V: *Legitimate business reasons* 775
7. Rechtsfolgen 780

LITERATUR

P. AGHION/P. BOLTON, Contracts as a Barrier to Entry, American Economic Review 1987, 388 ff.; C. AHLBORN/D. BAILEY, Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison, European Competition Journal 2006, 101 ff.; C. AHLBORN/D. S. EVANS/A. J. PADILLA, The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to *Per Se* Illegality, Antitrust Bulletin 2004, 287 ff.; P. AKMAN, Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC, Oxford Journal of Legal Studies 2009, 267 ff. (zit. Lost soul); DERS., The Concept of Abuse in EU Competition Law, Oxford/Portland, Oregon 2012 (zit. Concept); DERS., The Reform of the Application of Article 102 TFEU, Antitrust Law Journal 2016, 145 ff. (zit. Reform); DERS., The Theory of Abuse in Google Search: Positive and Normative Assessment under EU Competition Law, University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy 2017, 301 ff. (zit. Google Search); A. ALBORS-LLORENS, The Role of Objective Justification and Efficiencies in the Application of Article 82 EC, CMLR 2007, 1727 ff.; A. A. ALCHIAN, Some economics of property rights, Il Politico 1965, 816 ff.; M. AMSTUTZ, Dateneigentum: Funktion und Form, AcP 2018, 438 ff. (zit. AcP 2018); DERS., Globale Unternehmensgruppen: Geschichte und Zukunft des europäischen Konzernrechts, Tübingen 2017 (zit. Globale Unternehmensgruppen); DERS., Konzernorganisationsrecht 2.0, SZW 2016, 2 ff. (zit. SZW 2016); DERS., Planwirtschaftlicher Eingriff der Wettbewerbsbehörden, NZZ 13.3.2013, 54 (zit. NZZ 13.3.2013); DERS., Die Paradoxie des Missbrauchsbegriffs im Wettbewerbsbeschränkungsrecht, in: W. Stoffel/M. Amstutz/P. Ducrey (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich 2011, 43 ff. (zit. Paradoxie); DERS., Urteilsanmerkung: Bundesgericht vom 11. April 2011, *Terminierungspreise im Mobilfunk*: Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Erzwingung unangemessener Preise im Anwendungsbereich von KG und aFMG, sic! 2011, 530 ff. (zit. sic! 2011); DERS., Wirtschaftsregulierung durch Kartellrecht? Anmerkungen zum *margin squeeze* im Lichte des Entscheids *Preispolitik Swisscom ADSL*, in: M. Amstutz/I. Hochreutener/W. Stoffel (Hrsg.), Die Praxis des Kartellrechts im Spannungsfeld zwischen Recht und Ökonomie, Zürich/Basel/Genf 2011, 151 ff. (zit. Wirtschaftsregulierung); DERS., Ouroboros: Nachbemerkungen zum pragmatischen Methodenpluralismus, in: P. Gauch/F. Werro/P. Pichonnaz (Hrsg.), Festschrift für Pierre Tercier, Zürich /Basel/Genf 2008, 19 ff. (zit. Ouroboros); DERS., Rechtsgenesis: Ursprungsparadox und *supplément*, ZfRSoz 2008, 125 ff. (zit. ZfRSoz 2008); DERS., Der Text des Gesetzes: Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB, ZSR 2007 II, 233 ff. (zit. ZSR 2007); DERS., Menschenrechte und freier Wettbewerb: Eine Skizze, SZIER 2007, 507 ff. (zit SZIER 2007); DERS., In-Between Worlds: *Marleasing* and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning, European Law Journal 2005, 766 ff. (zit. Interlegality); DERS., Normative Kompatibilitäten: Zum Begriff der Eurokompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht, in: A. Epiney et al. (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern 2005, 235 ff. (zit. Normative Kompatibilitäten); DERS., Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht: Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz, in: F. Werro/T. Probst (Hrsg.), Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2004, 105 ff. (zit. Evolutorische Rechtsmethodik); DERS., *Interpretatio multiplex*: Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: H. Honsell et. al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel et. **[Seite 1012]** al. 2004, 67 ff. (zit. Interpretatio multiplex); DERS., *Hic sunt leones*: Von kollektiver Marktbeherrschung und symbolischer Gesetzgebung im *Coop/Waro*-Entscheid der WEKO, sic! 2003, 673 ff. (zit. sic! 2003); DERS., Form und Funktion im Wettbewerbsbeschränkungsrecht: Bemerkungen zu BGE 127 II 32, SZW 2001, 248 ff. (zit. SZW 2001); DERS., Historizismus im Wirtschaftsrecht: Überlegungen zu einer evolutorischen Rechtsmethodik, in: R.J. Schweizer/R. Burkert/U. Gasser (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 9 ff. (zit. Wirtschaftsrecht); DERS., Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft, Baden-Baden 2001 (zit. Marktgesellschaft); DERS., Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht: Eine evolutorische Perspektive, Tübingen 1999 (zit. Marktbeherrschung); DERS., Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik: Eine wirtschaftsrechtliche Kritik der Lehre von der kollektiven Marktbeherrschung, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 193 ff. (zit. Oligopole); DERS., EuGH: Urteil vom 26.11.1998, Rs. C-7/97, Oscar Bronner Gesellschaft mbH & Co KG/Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag Gesellschaft mbH & Co KG et al., AJP 1999, 1494 ff. (zit. AJP 1999); DERS., Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Bern 1993 (zit. Konzernorganisationsrecht); M. AMSTUTZ/V. KARAVAS, Rechtsmutationen: Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum, Rechtsgeschichte Rg 2006, 14 ff.; M. AMSTUTZ/A. ABEGG/V. KARAVAS, Soziales Vertragsrecht: Eine rechtsevolutorische Studie, mit einem Vorwort von P. Gauch, Basel et al. 2006; M. AMSTUTZ/S. KELLER/M. REINERT, «*Si unus cum una*

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

…»: Vom Beweismass im Kartellrecht, Baurecht 2005, 114 ff.; M. AMSTUTZ/M. REINERT, Rabatte und Kartellrecht, Anwaltsrevue 2006, 187 ff. (zit. Anwaltsrevue 2006); DIES., Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, Teil I, sic! 2005, 537 ff. (zit. sic! 2005 Teil I); DIES., Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?, Teil II, sic! 2005, 631 ff. (zit. sic! 2005 Teil II); DIES., Vertikale Preis- und Gebietsabreden: Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 69 ff. (zit. Vertikale Preisabreden); P. E. AREEDA, Antitrust Law, vol. IX, New York 1991; DERS., Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, Antitrust Law Journal 1989, 841 ff. (zit. Epithet); DERS., The Changing Contours of the Per Se Rule, Antitrust Law Journal 1985, 27 ff. (zit. Per Se Rule); DERS., Antitrust Law, vol. IX, New York 1991 (zit. Antitrust Law 1991); P. E. AREEDA/H. HOVENKAMP/E. ELHAUGE, Antitrust Law, vol. X, New York 1996; P. E. AREEDA/D. TURNER, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, Harvard Law Review 1975, 697 ff.; M. ARMSTRONG, Price Discrimination, in: Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, Mass./London 2008, 433 ff.; M. ARMSTRONG/J. VICKERS, Price Discrimination, Competition and Regulation, journal of Industrial Economics 1993, 335 ff.; M. ARMSTRONG/J. WRIGHT, Two-sided Platforms, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts, Economic Theory 2007, 353 ff.; J.-Y. ART/G. MCCURDY, The European Commission's media player remedy in its *Microsoft* decision: compulsory code removal despite the absence of tying or foreclosure, European Competition Law Review 2004, 694 ff.; T. ARTHUR, A Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts, Antitrust Law Journal 2000, 337 ff.; R. AXELROD, The Evolution of Cooperation, New York et al. 1984; B. BAARSMA, Rewriting European Competiton Law From An Economic Perspective, European Competiton Journal 2011, 559 ff; F. BABEY, Kartellrechtliche Anforderungen an Suchmaschinen, Diss. Zürich 2010; J. BAIN/D. QUALLS, Industrial Organization: A Treatise, Volume 6 (Part A/Part B), Greenwich/London 1987; T. A. BAKER, The Supreme Court and the Per Se Tying Rule: Cutting the Gordian Knot, Vanderbilt Law Review 1980, 1235 ff.; BAKER&MCKENZIE (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Kartellgesetz (KG): Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007 (zit. VERFASSER, in: SHK-Kartellgesetz); M. BALDI/J. BORER, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998, 343 ff.; M. BALTHASAR, Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 2007; S. BANGERTER , DCC-Urteil reduced – Wesentliche Erwägungen aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen DCC, Jusletter 14. Oktober 2019; N. P. BARRY, The Road to Freedom: Hayek's Social and Economic Philosophy, in: J. Birner/R. van Zijp (Hrsg.), Hayek, Co-ordination and Evolution: His Legacy in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas, London/New York 1994, 141 ff.; U. BARTL, Immaterialgüterrechtliche Marktzutrittsschranken im System des Art. 82 EG: Lizenzverweigerung als Missbrauch einer beherrschenden Stellung: Zugleich eine kritische Würdigung der Entscheidung der Europäischen Kommission in der Rechtssache IMS Health, Baden-Baden 2005; C. BAUDENBACHER, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des **[Seite 1013]** deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980, 145 ff.; M. J. BAUER, The Metamorphosis of Antitrust Law: From *Standard Oil Co. of New Jersey v. US* to *US v. Microsoft Corporation*, Duquesne Business Law Journal 2003, 81 ff; T. BAUM, Per Se Rule versus Rule of Reason und Kartellrechtsautonomie: Eine Hypothese auf der Basis der Public Choice Theorie, WuW 1982, 912 ff.; W. J. BAUMOL, Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test, Journal of Law & Economics 1996, 49 ff.; W. J. BAUMOL/J. C. PANZAR/R. D. WILLIG, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, 2. Aufl., New York et al. 1988; M. BECK, Ein Vergleich zwischen EU- und Schweizer Wettbewerbsrecht, in: Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, St. Gallen 2009, 1 ff.; W. J. BAUMOL/J. G. SIDAK, Toward Competition in Local Telephony, Cambridge (Massachusetts) 1994; P. BEHRENS, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht: Eine systematische Darstellung der Wirtschafts- und Wettbewerbsverfassung der EU, Heidelberg 2017 (zit. Wettbewerbsrecht); DERS., Comment: Controlling Dominance or Protecting Competition: From Individual Abuses to Responsibility for Competition, in: H. Ullrich (Hrsg.), The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?, Cheltenham /Northampton 2006, 224 ff. (zit. Comment); C. BELLAMY/G. D. CHILD (Hrsg. D. Bailey/L. E. John), European Union Law of Competition, 8. Aufl., Oxford 2018; J. P. BENOIT, Financially Constrained Entry in a Game with Incomplete Information, RAND Journal of Economics 1984, 490 ff.; D. BERGEMANN/B. BROOKS/S. MORRIS, The Limits of Price Discrimination, American Economic Review 2015, 921 ff.; M. BERGMAN, The *Bronner* Case – A Turning Point for the Essential Facilities Doctrine?, European Competition Law Review 2000, 59 ff.; P. BIANCHI, Industrial Policies and Economic Integration, Learning from European Experiences, London/New York 1998; F. BIEN/P. RUMMEL, Ende des More Economic Approach bei der Beurteilung von Rabattsystemen?, EuZW 2012, 737 ff.; N. BIRKHÄUSER/A. D. BLATTMANN, Chapter 21: Switzerland, in: M. Dolmans (Hrsg.), The Dominance and Monopolies Review, London 2013, 292 ff.; N. BIRKHÄUSER/M. REINERT, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Kritik und künftige Anwendung, ZSR 2018 I, 121 ff.; N. BIRKHÄUSER/A. STANCHIERI, Das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Gaba: Fragwürdige Auslegung von Artikel 5 Kartellgesetz durch das Schweizerische Bundesgericht: Grundsätzliche Erheblichkeit von Preis-, Mengen- und Gebietsabreden, Jusletter vom 11.9.2017; B. BISHOP /A. OVERD, Essential Facilities: The Rising Tide, European Competition Law Review 1998, 183 ff.; S. BISHOP /M. WALKER, The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement, 3. Aufl., London 2010; R. D. BLAIR/D. D. SOKOL, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, Antitrust Law Journal 2012, 471 ff.; F. BÖHM, Wettbewerb und Monopolkampf: Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, Berlin 1933/1964 (zit. Monopolkampf); DERS., Privatrechtsgesellschaft und

Marktwirtschaft, ORDO 1966, 75 ff. (zit. ORDO 1966); P. BOLTON/J. F. BRODLEY/M. H. RIORDAN, Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, Georgetown Law Journal 2000, 2239 ff.; P. BOLTON/D.S. SCHARFSTEIN, A Theory of Predation Based on Agency Problems in Financial Contracting, American Economic Review 1990, 93 ff.; J. BORER, Kommentar Wettbewerbsrecht I: Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. Kommentar KG), R. H. BORK, The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself, New York 1993 (zit. Paradox); DERS., The Rule of Reason and The Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Yale L.J. 1965, 775 ff. (zit. Per Se Concept I); DERS., The Rule of Reason and The Per Se Concept: Price Fixing and Market Division, Yale L.J. 1966, 373 ff. (zit. Per Se Concept II); C. BOVET/A. ALBERINI, Recent Developments in Swiss Competiton Law, SZW 2017, 102 ff.; W. S. BOWMAN, Tying arrangements and the Leverage Problem, Yale Law Journal 1957, 19 ff.; L. BOY, Abuse of Market Power: Controlling Dominance or Protecting Competition?, in: Ullrich (Hrsg.), The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?, Cheltenham/Northampton 2006, 201 ff.; D. BRANDL, Koppelungsgeschäfte in der Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Betriebsverfassungsrechts, Lohmar/Köln 2000; B. BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht: Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Bern 2013; B. BRECHBÜHL/O. TRIEBOLD, Koppelungsgeschäfte marktbeherrschender Unternehmen – Der Fall Microsoft und das schweizerische Verhaltensrecht, AJP 2000, 27 ff.; V. BRISIMI, The Interface between Competition and the Internal Market: Market Separation under Art. 102 TFEU, Oxford/Portland 2014; J. BRODLEY/G. HAY, Predatory Pricing: Competing Economic Theories and the Evolution of Legal Standards, Cornell Law Review 1981, 738 ff.; E. BRUNET, Streamlining Antitrust Litigation by «Facial Examination» of Restraints: The Burger Court and the Per Se-Rule of Reason Distinction, Washington Law Review 1984, 1 ff.; O. BUDZINSKI, Monoculture versus Diversity in Competition Economics, Cambridge Journal of Economics 2008, 295 ff.; S. BÜHLER, Ökonomik in der Rechtsanwendung – Bestandesaufnahme und **[Seite 1014]** Ausblick, in: W. Stoffel/M. Amstutz/P. Ducrey (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich 2011, 33 ff.; H. BULMASH, An Empirical Study of Secondary Line Price Discrimination Motivations, Journal of Competiton Law & Economics 2012, 361 ff.; A. BÜYÜKSAGIS, New perspectives on misuse of market power: How should the effects-based approach complement the existing normative solution? SZW 2013, 49 ff.; F.-W. BULST, Art. 102 AEUV: Missbrauch einer marktbeherrschender Stellung, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kartellrecht, Kommentar, Band 2: Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl., Köln 2018 (zit. in: Langen/Bunte); DERS., Mehr Licht – Zur Anwendung des Art. 82 EG auf Behinderungsmissbräuche, RabelsZ 2009, 703 ff. (zit. RabelsZ 2009); BUNDESRAT, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für eine Totalrevision des Kartellgesetzes vom 3.9.1993 (zit. Erläuternder Bericht); T. O. J. BURKERT, Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, Baden-Baden 1992; L. M. B. CABRAL, Introduction to Industrial Organization, Cambridge, Mass. 2000; P. CANDREIA, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, Zürich 2007; A. CAPOBIANCO, The Essential Facility Doctrine: Similarities and Differences between the American and the European Approaches, European Law Review 2001, 548 ff.; M. CARDON, «Intel missa est!» Soixante ans de discussions inutiles autour du titre de compétence de la Commission en droit de la concurrence: le critère des effets qualifiés, RTD Eur. 2018, 115 ff.; D. W. CARLTON, A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal: Why Aspen and Kodak are Misguided, Antitrust L.J. 2001, 659 ff. (zit. Antitrust L.J. 2001); DERS., Does Antitrust Need to Be Modernized?, Journal of Economic Perspectives 2007, 155 ff. (zit. Antitrust); DERS., The Relevance for Antitrust Policy of Theoretical and Empirical Advances in Industrial Organization, Geo. Mason L. Rev. 2003, 47 ff. (zit. Policy); D. W. CARLTON /D. GODDARD, Contracts that lessen Competition: What is Section 27 for, and how has it been used?, in: Berry/Evans (Hrsg.), Competition Law at the Turn of the Century: A New Zealand Perspective, Wellington 2003; D. W. CARLTON/J. M. PERLOFF, Modern Industrial Organization, 4. Aufl., Boston et al. 2004; D. W. CARLTON/M. WALDMAN, How Economics Can Improve Antitrust Doctrine towards Tie-In Sales: Comment on Tirole's ‹An Analysis of Tying Cases: A Primer›, Competition Policy International, Vol. 1, No. 1, Spring 2005, 27 ff. (zit. Economics); DIES., Theories of Tying and Implications for Antitrust, NBER Working Paper, July 2005 (zit. Implications); DIES., The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries, Rand Journal of Economics 2002, 194 ff. (zit. Rand J. Econ. 2002); DIES., Upgrades, Switching Costs and the Leverage Theory of Tying, The Economic Journal 2012, 675 ff. (zit. Upgrades); B. CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence: analyse économique et juridique comparée, Zürich et al. 2004 (zit. Transactions); DERS., Un abus de position dominante? Prouvez-le!, in: Keller/Wiprächtiger (Hrsg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie: Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2012, 1 ff. (zit. Abus); G. CESTONE, Corporate Financing and Product Market Competition: An Overview, Giornale degli Economisti 2001, 269 ff.; A. C.M. CHEN/K. HYLTON, Procompetitive Theories of Vertical Control, Hastings Law Journal 1999, 573 ff.; Y. CHEN, Equilibrium Product Bundling, Journal of Business 1997, 85 ff.; D. CHERPILLOD, L'abus structurel: La modification directe de la structure du marché sous l'angle de l'abus de position dominante, Genf et al. 2006; J. P. CHOI, Tying and Innovation: A Dynamic Analysis of Tying Arrangements, Economic Journal 2004, 83 ff. (zit. Innovation); DERS., Preemptive R&D, Rent Dissipation and the ‹Leverage Theory›, Quarterly Journal of Economics 1996, 1153 ff. (zit. R&D); J. P. CHOI/C. STEFANADIS, Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory, Rand Journal of Economics 2001, 52 ff.; J. CHURCH/R. WARE, Industrial Organization: A Strategic Approach, Boston 2000; K. W. CLARKSON/R. L. MILLER, Industrial Organization, Theory, Evidence and Public Policy, New York 1982; M. B. COATE/J. H . FISCHER, Can Post-Chicago Economics Survive Daubert?, Akron Law Review 2001, 795 ff.; R. W. CRANDALL/C. WINSTON, Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence, Journal of Economic Perspectives 2003, 3 ff.; D. A. CRANE, Linkline Institutional Suspiscions, Cato Sup. Ct. Rev. 2009, 111 ff. (zit. Cato Sup. Ct. Rev. 2009); DERS., The Paradox of Predatory Pricing, Cornell L. Rev. 2005, 1 ff. (zit. Cornell L. Rev. 2005); R. CRASWELL

/M. R. FRATRIK, Predatory Pricing Theory Applied: The Case of Supermarkets v. Warehouse Stores, Case Western Reserve Law Review 1985/1986, 29 ff.; J. DALTON/L. ESPOSITO, Predatory Price Cutting and Standard Oil: A Reexamination of the Trial Record, Research in Law & Economics 2007, 155 ff.; P. DASGUPTA/J. E. STIGLITZ, Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity, in: Sen (Hrsg.), Industrial Organization, New Dehli et al. 1998, 315 ff.; C. D'ASPREMONT/A. JACQUEMIN, Joint R&D Ventures: Cooperative and Non-cooperative R&D in Duopoly with Spillovers, in: Phlips (Hrsg.), Applied Industrial Economics, Cambridge 1998, 318 ff.; L. DAVID/R. JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., Bern 2012; E. DE GHELLINCK, The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?, JECLP 2016, 544 ff.; **[SEITE 1015]** P. DÉCHAMPS/G. NIELS, The One Billion Euro Question for Intel: Moore's Law or Murphy's Law, JECLP 2018, 124 ff.; H. DEMSETZ, Toward a Theory of Property Rights, American Economic Review 57 (1967), 347 ff; M. L. DENGER/J. A. HERFORT, Predatory Pricing Claims after Brooke Group, Antitrust L.J. 1994, 541 ff.; W. DESELAERS, Die «Essential Facilities»-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH, EuZW 1995, 563 ff.; N.F. DIEBOLD, Geografische Preisdiskriminierung – wettbewerbsrechtliche Grenzen und Grenzen des Wettbewerbsrechts, recht 2017, 157 ff.; A. DIRECTOR/E. H. LEVI, Law and the Future: Trade Regulation, Northwestern University Law Review 1956, 281 ff.; A. DIXIT, The Role of Investment in Entry-Deterrence, Economic Journal 1980, 95 ff.; P. W. DOBSON/M. WATERSON, Vertical Restraints and Competition Policy, Research Paper 12, Office of Fair Trading, London 1996; B. DOHERTY, Just What are Essential Facilities?, Common Market Law Review 2001, 397 ff.; M. DOLMANS, Editor's Preface, in: Dolmans (Hrsg.), The Dominance and Monopolies Review, London 2013, vii ff.; M. DREHER, Die Verweigerung des Zugangs zu «wesentlichen Einrichtungen» als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, WuW 1995, 560 ff.; P. DUCREY, Der Einfluss des EU-Wettbewerbsrechts auf die Liberalisierung der schweizerischen Infrastrukturmärkte, in: Forstmoser et al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch, Zürich 1999, 281 ff.; T. DUPOVAC, Die Kosten-Preis-Schere als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im europäischen und schweizerischen Recht, Zürich 2014; F. H. EASTERBROOK, Predatory Strategies and Counterstrategies, University of Chicago Law Review 1981, 263 ff. (zit. Chicago L. Rev. 1981); DERS., The Limits of Antitrust, Texas Law Review 1984, 1 ff. (zit. Texas L. Rev. 1984); ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY, An Economic Approach to Article 82, Brussels 2005 (zit. EAGCP-Paper); N. ECONOMIDES, Public Policy in Network Industries, in: Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, Mass./London 2008, 469 ff.; A. EDLIN/M. EPELBAUM/W. HELLER, Is Perfect Price Discrimination Really Efficient: Welfare and Existence in General Equilibrium, Econometrica 1998, 897 ff.; C. D. EDWARDS, Conglomerate Bigness as a Source of Power, in: National Bureau Committee for Economic Research (Hrsg.), Business Concentration and Price Policy, Princeton 1955, 331 ff.; T. EGER, Die Entstehung von Recht als Prozess der Selbstorganisation, in: Priddat et al. (Hrsg.), Zwischen Evolution und Institution: Neue Ansätze in der ökonomischen Theorie, Marburg 1996, 211 ff.; P. EHRSAM/D. EMCH, Marktbeherrschung als Voraussetzung für die sektorspezifische Regulierung der Fernmeldemärkte: Die Korrektur eines Systemfehlers ist angezeigt, sic! 2014, 605 ff.; T. EILMANSBERGER, How to Distinguish Good From Bad Competition Under Article 82 EC: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses, Common Market Law Review 2005, 129 ff.; T. EILMANSBERGER/F. BIEN, Art. 102 AEUV, in: Bornkamm/Montag/Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht: Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München, 2015; E. ELHAUGE, How Loyalty Discounts Can Perversely Discourage Discounting, J. Compet. L. & Econ. 5(2)/2009, 189 ff; DERS., Defining Better Monopolization Standards, Stanford L. Rev. 2003, 253 ff. (zit. Stanford L. Rev. 2003); DERS., Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory – and the Implications for Defining Costs and Market Power, Yale Law Journal 2003, 681 ff. (zit. Yale L.J. 2003); K. G. ELZINGA, Predatory Pricing: The Case of The Gunpowder Trust, Journal of Law & Economics 1970, 223 ff.; K. G. ELZINGA/D. E. MILLS, Trumping the Areeda-Turner Test: The Recoupment Standard in Brooke Group, Antitrust L.J. 1994, 559 ff. (zit. Antitrust L.J. 1994); DIES., Predatory Pricing and Strategic Theory, Geo. L.J. 2001, 2475 ff. (zit. Geo. L.J. 2001); J. ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1972; W. EUCKEN, Das ordnungspolitische Problem, ORDO 1948, 56 ff.; EUROPÄISCHE KOMMISSION, DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses, Brussels 2005, ‹https://ec.europa.eu/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf› (20.5.2021; zit. Discussion Paper 2005); DIES., Mitteilung vom 9.2.2009: Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen ABl. C 45/02 v. 24.2.2009 (zit. Prioritätenmitteilung); Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Zusammenschlusskontrolle; Überprüfung der Notwendigkeit einer Revision, Projektbericht P17 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008 (zit. EVALUATIONSGRUPPE P17); C. EVANS, Case Note: Price-Squeeze Claims Are No Longer Cognizable Pursuant to § 2 of the Sherman Act Absent an Antitrust Duty to Deal at the Wholesale Level or Predatory Pricing at the Retail Level: Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications Inc, Duquesne L. J. 12 (2010), 291 ff. (zit. Duquesne L. J. 2010); D. S. EVANS, How Economists Can Help Courts Design Competition Rules: An EU and US Perspective, World Competition 2005, 93 ff. (zit. World Competition 2005); DERS., Tying: the Poster Child for Antitrust Modernisation, Working Paper November 2005 (zit. Tying); D. S. EVANS/ **[SEITE 1016]** A. J. PADILLA, Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach, University of Chicago Law Review 2005, 73 ff. (zit. Antitrust Rules); D. S. EVANS/A. J. PADILLA, Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules, Journal of Competition Law and Economics 2005, 97 ff. (zit. Excessive Prices); D. S. EVANS/A. J. PADILLA/M. POLO, Tying in Platform Software: Reasons for a Rule of Reason Standard in European Competition Law, World Competition 2002, 509 ff.; D. S. EVANS/M. SALINGER, Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from

Competitive Markets and Implications for Tying Law, Yale Journal on Regulation 2005, 37 ff.; A. EZRACHI /D. GILO, The Darker Side of the Moon–The Assessment of Excessive Pricing and Proposal for a Post-entry Price-cut Benchmark, Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, 225 ff.; A. E ZRACHI/M. E. STUCKE, The fight over antitrust's soul, JECLP 2018, 1 ff.; G. FAELLA/R. PARDOLESI, Squeezing price squeeze under EC antitrust law, European Competition Journal 2010, 255 ff.; J. FARRELL /P. KLEMPERER, Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects, in: Armstrong/Porter (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Volume 3, Elsevier 2007, 1970 ff.; J. FARRELL/P. J. WEISER, Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards A Convergence of Antitrust and Regulation in The Internet Age, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 17, No. 1, Fall 2003; M. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, Margin Squeeze in the Telecommunication Sector: an Economic Overview, World Competition 29/2006, 247 ff.; D. FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht: Unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente, Diss. Bern 2006; P. FIDLER, Private Enforcement – Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im Wettbewerbs- und Kapitalmarktrecht, JBl 2018, 81 ff.; S. FISH, «Consequences», in: K. M. Newton (Hrsg.), Twentieth-Century Literary Theory: A Reader, 2nd ed., New York 1997, 260 ff.; H. FLEISCHER, Gezielte Kampfpreisunterbietung im Recht der Vereinigten Staaten. Der Supreme Court zwischen Chicago School und Post-Chicago Economics, WuW 1995, 796 ff.; A. FLESSNER, Juristische Methodenlehre und europäisches Privatrecht, JZ 1/2002, 14 ff.; A. FLETCHER/A. JARDINE, Towards an Appropriate Policy for Excessive Pricing, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82, Oxford 2008, 533 ff.; E. M. FOX, Monopolisation and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness, Notre Dame Law Review 1986, 981 ff. (zit. Notre Dame L. Rev. 1986); DIES., Comment: Abuse of a Dominant Position: The Americanization of European Competition Law? The Critical Role of Perspective, in: Ullrich (Hrsg.), The Evolution of European Competition Law: Whose Regulation, Which Competition?, Cheltenham /Northampton 2006, 233 ff. (zit. Comment); E. FOX/L. A. SULLIVAN, Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?, New York University Law Review 1987, 936 ff.; M. FRANZEN, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin/New York 1999; P. FREEMAN, More Economic Approach: How Far Have We Come?, in: Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: 13. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, Basel et al. 2007, 199 ff.; P. FREY, Tying arrangement: Tying arrangement als Typus einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung im amerikanischen Antitrustrecht, München 1982; A. FRITZSCHE/J. MARQUIER, Kampfpreisunterbietung ohne Verdrängungsabsicht – Das Ende des formbasierten Ansatzes in der europäischen Missbrauchsaufsicht?, EuZW 2012, 536 ff.; M. FROOMKIN/M. A. LEMLEY, ICAAN and Antitrust, University of Illinois Law Review 2003, 1 ff.; A. FUCHS, Art. 102 AEUV, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 1: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht EU, 6. Aufl., München, 2019; C. FUMAGALLI/M. MOTTA/C. CALCAGNO, Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance, Cambridge et. al. 2018; M. FUNK/C. JAAG, The More Economic Approach to Predatory Pricing, Journal of Competition Law & Economics 2018, 1 ff.; M. S. GAL, When the Going Get Tight: Institutional Solutions when Antitrust Enforcement Resources are Scarce, Loy. U. Chi.L.J. 2010, 417 ff.; A. I. GAVIL, Exclusionary Distribution Strategies by Dominant Firms: Striking a Better Balance, Antitrust Law Journal 2004, 3 ff.; P. GAZÉ/A. LAVIGNE, Vente par lots, vente liée et conventions de services bancaires: les enseignements de l'économie industrielle, Communication présentée aux Journées de l'AFSE «Economie bancaire», Orléans 2001; T. GEISER/P. KRAUSKOPF/P. MÜNCH (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel 2005 (zit. VERFASSER, in Geiser/Krauskopf/Münch); C. GENAKOS/K.-U. KÜHN/J. VAN REENEN, Leveraging Monopoly Power by Degrading Interoperability: Theory and Evidence from Computer Markets, Economica 2018, 873 ff.; N. GEORGESCU-ROEGEN, The Entropy Law and the Economic Process, Cambridge, Mass./London 1971; D. GERADIN, Limiting the Scope of Article 82 EC: What Can The EU Learn From the US Supreme Court's Judgment in *Trinko*, in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?, Common Market Law Review 2004, 1519 ff. (zit. Scope of Article 82 EC); **[SEITE 1017]** DERS., A Proposed Test for Separating Pro-competitive Conditional Rebates from Anti-Competitive Ones, World Competition 2009, 41 ff. (zit. A Proposed Test); D. GERADIN/R. O'DONOGHUE, The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: The Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector, J. Comp. L. & Econ. 2005, 355 ff.; D. J. GERBER, Rethinking the Monopolist's Duty to Deal: A Legal and Economic Critique of the Doctrine of «Essential Facilities», Virginia Law Review 1988, 1069 ff.; H. S. GERLA, The Psychology of Predatory Pricing: Why Predatory Pricing Pays, Southwestern Law Journal 1985, 755 ff.; R. J. GILBERT, Competition Policy for Intellectual Property, in: Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, Mass./London 2008, 519 ff.; R. GILBERT/C. SHAPIRO, Optimal Patent Length and Breadth, in: Sen (Hrsg.), Industrial Organization, New Dehli et al. 1998, 354 ff.; N. GIOCOLI, Competition vs. Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School and the Early Years of European Competition Policy (May 2007), ‹http://ssrn.com/abstract=987788› (20.5.2021); J. GLOCKNER/L. V. BRUTTEL, Predatory pricing and recoupment under EC competition law – per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study, European Competition Law Review 2010, 423 ff.; R. S. GOHARI, Die Essential Facilities-Doktrin, sic! 2019, 533 ff. (zit. sic! 2019); DERS., Verweigerung von Geschäftsbeziehungen: Kartellrechtliche Analyse nach Schweizer, EU- und US-Recht, Diss. Bern 2017 (zit. Diss.); DERS., Margin Squeeze in the Telecommunications Sector: A More Economics-Based Approach, World Competition 2012, 205 ff. (zit. World Competition 2012); M. B. GOLDMAN/H. E LELAND/D. S. SIBLEY, Optimal Nonuniform Prices, Review of Economic Studies 1984, 305 ff.; M. A. GRAVENGAARD/N. KJAERSGAARD, The EU Commission Guidance on Exclusionary Abuse of Dominance – and its Consequences in Practice, ECLR

2010, 285 ff.; S. GREENAWAY, Competition Between Stock Exchanges: Findings From DG Competition's Investigation Into Trading in Dutch Equities, Competition Policy Newsletter 2005, 69 ff.; R. GRONER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – quo vadis?, recht 2002, 63 ff.; (zit. recht 2002); DERS., Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unter Schweizer und US-Wettbewerbsrecht, SZW 2001, 265 ff. (zit. SZW 2001); DERS., Wettbewerbsrechtliche Kontrahierungspflicht – am Beispiel des Filmverleihs, SZW 2000, 159 ff. (zit. SZW 2000); G. GRÜNIGER, Nachfragemacht des Staats im Kartellrecht, Basel et al. 2003; J. GSTALTER, L'arrêt Microsoft et la mise en œuvre de l'article 82 CE: Quels enseignements pour l'analyse fondée sur les effets?, Revue trimestrielle de droit européen 2007, 720 ff.; R. GUSKI, Rechtsmissbrauch als Paradoxie: Negative Selbstreferenz und widersprüchliches Handeln im Recht, Tübingen 2019; C. GUTHRIE, Prospect Theory, Risk Preference, and the Law, Northwestern University Law Review 2003, 1115 ff.; P. HABERBECK, Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG: Lausanne locuta, causa finita, Jusletter vom 22.5.2017; A. HABERER, Die Intel-Entscheidung des EuGH: Konkretisierung der Rechtsprechung zu Ausschliesslichkeitsrabatten, Wirtschaft und Wettbewerb 2017, 526 ff.; P. HAGER, Der europäische Einfluss auf das schweizerische Wettbewerbsrecht, in: Fahrländer /Heizmann (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich 2013, 545 ff.; L. HANCHER , A Review of *Bronner*, Common Market Law Review 1999, 1289 ff.; Y. HANGARTNER, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, recht 2002, 53 ff.; C. L. HARRIS, The Single Product Issue in Recent Tying Litigation, Arizona State Law Journal 1980, 871 ff.; V. HATZOPOULOS, Case Note on *IMS*, Common Market Law Review 2004, 1613 ff.; J. HAUSMAN/G. LEONARD, The Competitive Effects of a New Product Introduction: A Case Study, Journal of Industrial Economics 2002, 237 ff.; D. A. HAY/D. J. MORRIS, Industrial Economics and Organization: Theory and Evidence, Oxford 1991; F. A. VON HAYEK, Studies in Philosophy, Politics and Economics, London/Henley 1967 (zit. Studies); DERS., Die Theorie komplexer Phänomene, Tübingen 1972 (zit. Theorie); DERS., Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy, Vol. 1: Rules and Order, Chicago 1973 (zit. Law); DERS., Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: von Hayek (Hrsg.), Recht, Gesetzgebung und Freiheit: Eine neue Darstellung der liberalen Prinzipien der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, Landsberg 1981, 197 ff. (zit. Entdeckungsverfahren); T. HEIDRICH, Das evolutorisch-systemtheoretische Paradigma in der Wettbewerbstheorie: Alternatives Denken zu dem More Economic Approach, Baden-Baden 2009; A. HEINEMANN, Das *Gaba*-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, 103 ff. (zit. ZSR 2018 I); DERS., Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, in: I. Hochreutener/W. Stoffel/M. Amstutz (Hrsg.), Grundlegende Fragen zum Wettbewerbsrecht, Bern 2016, 7 ff. (zit. Erheblichkeit); DERS., Behavioural Antitrust, in: K. Mathis (Hrsg.), European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Cham et al. 2015, 211 ff. (zit. Behavioural Antitrust); DERS., Missbrauch von Marktmacht: Art. 7 Kartellgesetz in der Krise?, in: I. Hochreutener/W. Stoffel/M. Amstutz (Hrsg.), Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Zürich et al. 2013, 45 ff. (zit. Krise); DERS., Buchbesprechung: Amstutz **[Seite 1018]** Marc/Reinert Mani (Hrsg.), Basler Kommentar – Kartellgesetz. Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, GRUR Int. 2011, 277 ff. (zit. Buchbesprechung); DERS., Direkte Sanktionen im Kartellrecht: Das Swisscom-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Jusletter vom 21.6.2010 (zit. Jusletter 21.6.2010); DERS., Konzeptionelle Grundlagen des Schweizer und EG-Kartellrechts im Vergleich, in: R. H. Weber/A. Heinemann/H. U. Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext: Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, 43 ff. (zit. Grundlagen); DERS., Verhaltenskontrolle von Marktbeherrschern: Auf der Suche nach festerem Grund, in: R. Trigo Trindade et al (Hrsg.), Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Economie Environnement Ethique, De la responsabilité sociale et sociétale, Genf et al. 2009, 165 ff. (zit. Verhaltenskontrolle); DERS., Propriété intellectuelle et abus de position dominante en droit communautaire – bilan et perspectives, sic! 2007, 169 ff. (zit. sic! 2007); DERS., Recht, Ökonomie und Realität, in: E. Waldburger et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 21 ff. (zit. Ökonomie); DERS., Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29.6.2015, 1 ff. (zit. Jusletter 29.6.2015); R.A. HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens i.S.v. Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005; M. HELLWIG, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn 2006; K. A. HEMMELER, Die kartellrechtliche Bestimmung von Medienmärkten, Zürich 2007; C. S. HEMPHILL, The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analysis, Stanford Law Review 2001, 1581 ff. (zit. Stanford L. Rev. 2001); DERS., Less Restrictive Alternatives in Antitrust Law, Columbia Law Review 2016, 927 ff. (zit. Columbia L. Rev. 2016); C. S. HEMPHILL/P. J. WEISER, Beyond Brooke Group: Bringing Reality to the Law of Predatory Pricing, Yale L.J. 2018, 2048 ff.; L. HERLITZ, Medieval Just Price, Scandinavian Economic History Review 1960, 71 ff.; P. HETTICH, «Wirksamer Wettbewerb»: Theoretisches Konzept und Praxis, St. Gallen 2003; M. A. HESSLER, Regulieren oder Nichtregulieren; das ist hier die Frage: Wettbewerbsökonomische Analyse des Telekommunikationsmarktes unter besonderer Beachtung der aktuellen Entwicklungen der Zugangsnetze in Deutschland, Norderstedt 2015; K. HEYER, A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust, Antitrust Law Journal 2005, 375 ff.; R. H. HIDY, The Standard Oil Company (New Jersey), Journal of Economic History 1952, 411 ff.; D. HILDEBRAND, The Role of Economics Analysis in the EU Competition Law: The European School, 4. Aufl., The Hague et al. 2016; O. W. HOLMES, The Common Law, Boston 1881; T. J. HOLMES, The Effects of Third-Degree Price Discrimination in Oligopoly, American Economic Review 1989, 244 ff.; K. J. HOPT, Wettbewerbsbeschränkungen und Verrechtlichung, in: F. Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und Solidarität: Vergleichende Analyse, Frankfurt a.M. 1985, 229 ff.; S. HOLZWEBER, Tying and Bundling in the Digital Era, European Competition Journal 2018, 342 ff.; L. HOU, Excessive Prices Within

EU Competition Law, European Competition Journal 2011, 47 ff.; H. HOVENKAMP, The Rule of Reason, Florida Law Review 2018, 81 ff. (zit. Florida L. Rev. 2018); DERS., Discounts and Exclusions, Utah L. Rev. 2006, 841 ff. (zit. Discounts); DERS., Exclusion and the Sherman Act, University of Chicago Law Review 2005, 147 ff. (zit. Chicago L. Rev. 2005); DERS., Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique, Columbia Business Law Review 2001 (zit. Columbia Bus. L. Rev. 2001); DERS., The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization, Texas Law Review 1989, 105 ff. (zit. Texas L. Rev. 1989); DERS., Economics and Federal Antitrust Law, St. Paul 1985 (zit. Economics); DERS., Antitrust Policy after Chicago, Michigan Law Review 1985, 213 ff. (zit. Michigan L. Rev. 1985); E. HOVENKAMP/H. HOVENKAMP, Exclusionary Bundled Discounts and the Antitrust Modernization Commission, Antitrust Bulletin 2008, 517 ff.; B. HÜBSCHER/P. RIEDER, Die Bedeutung der «Essential facilities»-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic! 1997, 439 ff.; P. J. F. HUIZING, The ECJ finally accepts the qualified effects test: now was that so hard?, European Competition Law Review 2018, 24 ff.; D. HULL, Tying: A transatlantic perspective in: Marsden (Hrsg.), Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust, London 2006, 287 ff.; K. HUMMEL, Bezugskopplungsklauseln in Franchise-Verträgen: rechtsvergleichende Darstellung des US-amerikanischen und europäischen Kartellrechts unter Berücksichtigung von Sec. 1 Sherman Act, Sec. 3 Clayton Act, Sec. 5 FTC Act sowie Art. 81 und 82 des EG-Vertrages (Amsterdam), Hamburg et al. 2000; C. HUMPE/C. RITTER, Refusal to Deal (July 6, 2005), ‹http://ssrn.com/abstract=771907› (20.5.2021); S. HURKENS/D. MENICUCCI/D.-S. JEON, Dominance and Competitive Bundling, American Economic Journal: Microeconomics 2019, 1 ff.; J. HURWITZ/W. KOVACIC, Judicial Analysis of Predation: The Emerging Trends, Vanderbilt Law Review 1982, 63 ff.; K. HÜSCHELRATH/J. WEIGAND, A Framework to Enforce Anti-predation Rules, World Competition 2010, 209 ff.; A. HUTTENLAUCH/T. LÜBBIG, Art. 102 AEUV: Missbrauch einer marktbeherrschender Stellung, in: Loewenheim/Meessen/Riesen **[Seite 1019]** kampff /Kersting/Meyer-Lindemann (Hrsg.), Kartellrecht, Band 1: Europäisches und Deutsches Recht, Kommentar, 3. Aufl., München 2016; K. N. HYLTON, Economic Rents and Essential Facilities, the Brigham Young University Law Review 1991, 1243 ff.; K. N. HYLTON/M. SALINGER, Tying Law and Policy: a Decision-Theoretic Approach, Antitrust Law Journal 2001, 469 ff.; E. M. IACOBUCCI, Tying as a Quality Control: A Legal and Economic Analysis, Journal of Legal Studies 2003; P. IBÁÑEZ COLOMO, Post Danmark II: The Emergence of a Distinct 'Effect-based' Approach to Article 102 TFEU, J. Compet. L. & Econ. 7(2)/2016, 113 ff; U. IMMENGA, Grenzen der Rechtsauslegung: Das Diskussionspapier der EG-Kommission zu Art. 82 EG, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2006, 481; C. JAAG, Rabatte bei Marktbeherrschung, Studie für economiesuisse, o. O. 2016, ‹https://www.swiss-economics.ch/docs /Jaag_Studienvereinigung_v1.pdf› (20.5.2021); K. JACOBI, Zur Einführung III, in: Jacobi (Hrsg.), Argumentationstheorie: Scholastische Forschungen zu den logischen und semantischen Regeln korrekten Folgerns, Leiden et al. 1993, 263 ff.; R. JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, SJZ 2015, 229 ff.; U. JANSEN , Die Koppelungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Untersuchung zum amerikanischen, deutschen und europäischen Recht, Bad Homburg et al. 1968; L. JETZER, Das Bestimmtheitsgebot im Kartellstrafrecht, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2013, 169 ff.; J. JICKELI, Marktzutrittsschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1990; R. JOLIET, Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power, La Haye 1970; A. JONES, Identifying an Unlawful Margin Squeeze: The Recent Judgments of the Court of Justice in Deutsche Telekom and TeliaSonera, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, vol. 13, 2010–2011, 243 ff.; A. JONES/B. SUFRIN/N. DUNNE, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials, 7. Aufl., Oxford 2019; P. L. JOSKOW/A. K. KLEVORICK, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, Yale Law Journal 1979, 213 ff.; M. JOVANOVIC, Die kartellrechtlich unzulässige Lizenzverweigerung: Immaterialgüter als Essential Facilities: Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolge, Zürich 2007; B. JULLIEN/P. REY/C. SAAVENDRA, The Economics of Margin Squeeze, IDEI Report Nr. 23, Toulouse 2013 (überarbeitet 2014), ‹http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/jullien /Margin_Squeeze_Policy_Paper_revised_March_2014.pdf› (20.5.2021); V. JUNOD, Abus de position dominante et abus de position étatique, in: T. Trindade et al. (Hrsg.), Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain, Economie Environnement Ethique, De la responsabilité sociale et sociétale, Genf et al. 2009, 209 ff.; J. KALLAUGHER/B. SHER, Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82, European Competition Law Review 2004, 263 ff.; T. KAPP, Wettbewerbsbeschränkung durch vertikale Vertriebsbindungen? Eine Studie zu § 18 GWB unter Berücksichtigung der neueren Entwicklung im US-Antitrustrecht, Baden-Baden 1984; C. KAYSEN/D. F. TURNER, Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis, Cambridge 1959; M. KELLERBAUER, The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies' exclusionary conduct: a shift towards a more economic approach?, E.C.L.R. 2010, 175 ff. (zit. E.C.L.R. 2010); DERS., Die Bedeutung des «as efficient competitor» bei der Feststellung von Verstößen gegen Art. 102 AEUV, EuZW 2015, 261 ff. (zit. EuZW 2015); H. KELLERMÜLLER, Staatliche Massnahmen gegen Medienkonzentration, Zürich 2007; P. KËLLEZI, Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante, Diss. Bern et al. 2010; DIES., Rhetoric or Reform: Does the Law of Tying and Bundling Reflect the Economic Theory?, in: Ezrachi (Hrsg.), Article 82 EC: Reflections on Its Recent Evolution, Hart Publishing 2009, 148 ff.; J. M. KEYNES, Ein Traktat über Währungsreform, Berlin 1924; S. KHOO, Advocate General Wahl's Opinion in Intel Corporation Inc. v European Commission: blurred lines and false dilemmas?, European Competition Law Review 2018, 92 ff.; S. KING, The Object Box: Law, Policy or Myth?, European Competition Journal 2011, 269 ff.; C. KIRCHNER, Goals of Antitrust and Competition Law Revisited, in: Schmidtchen et al. (Hrsg.), The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007, 7 ff.; O. KIENER, Marktmachtmissbrauch am Beispiel der Kündigung von Vertriebsverträgen, Zürich/Basel /Genf 2002; V. KORAH, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 9. Aufl., Oxford,

Portland 2007; E. A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern et al. 2016; T. KRAMLER/C.-C. BUHR /D. WYNS, The judgment of the Court of First Instance in the Microsoft case, Competition Policy Newsletter Number 3 (2007), 39 ff.; T. C. KRATTENMAKER/S. C. SALOP, Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price, Yale Law Journal 1986, 209 ff. (zit. Yale Law Journal 1986); DERS. Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard, Loyola Consumer Law Review 2010, 336 ff. (zit. Loyola Consumer L. Rev. 2010); B. KRATZ, Rechtliche Rahmenbedingungen des Stromhandels, in: Weber (Hrsg.), Stromhandel, Zürich 2007, 77 ff.; P. KRAUSKOPF/O. RIESEN, Selektive Vertriebsverträge, in: R. Zäch (Hrsg.), **[Seite 1020]** Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zürich 2006, 83 ff.; D. KREPS/R. WILSON, Reputation and Imperfect Information, Journal of Economic Theory 1982, 253 ff.; T. KUHN, Preishöhenmissbrauch (excessive pricing) im deutschen und europäischen Kartellrecht. Kartellbehörden auf dem Weg zur Preiskontrolle und -gestaltung, WuW 2006, 578 ff.; C. KÜHNE, Das Marktverhalten als Kriterium zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, Bern 2013; P. V. KUNZ, Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, recht 2017, 141 ff.; A. KÜNZLER, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur Frage nach den Aufgaben des Rechts gegen private Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 2008; C. G. LANG, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Bern 2000; K. W. LANGE, Kampfpreisstrategien (predatory pricing) im europäischen Kartellrecht, ZHR 2005, 495 ff.; K. W. LANGE/T. PRIES, Die Neuorientierung der europäischen Missbrauchsaufsicht in dem Bereich von Kampfpreisstrategien (predatory pricing), EWS 2009, 57 ff.; M. LAO, Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolisation Analysis, American University Law Review 2004, 151 ff.; K. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin et al. 1991; S. LAYSON K., Market Opening under Third-Degree Price Discrimination, Journal of Industrial Economics 1994, 335 ff.; N. LAZAR, Ockham's Razor, John Wiley & Sons, Inc. WIRE's Comp Stat 2010, 243 ff.; P. J. LEDERER/A. P. HURTER, Competition of Firms: Discriminatory Pricing and Location, Econometrica 1986, 623 ff.; T. LEFEVER, Predatory Pricing Rules: A Comment on Williamson's Output Restriction Rule, Yale L.J. 1981, 1639 ff.; P. LEGRAND, Against a European Civil Code, Modern Law Review 1997, 44 ff.; C. R. LESLIE, Rationality Analysis in Antitrust, University of Pennsylvania Law Review 2010, 261 ff. (zit. U. Pa. L. Rev. 2010); DERS., Revisiting the Revisionist History of Standard Oil, Southern California Law Review 2012, 573 ff. (zit. S. C. L. Rev. 2012); DERS., Predatory Pricing and Recoupment, Columbia Law Review 2013, 1695 ff. (zit. Columbia L. Rev. 2013); M. E. LEVINE, Price Discrimination without Market Power, Yale Journal of Regulation 2002, 1 ff.; I. LIANOS, «Judging» Economists. Economic Expertise in Competition Law Litigation: A European View, 2009, ‹https://ssrn.com/ab- stract=1468502› (20.5.2021); R. G. LIPSEY/K. LANCASTER, The General Theory of Second Best, Review of Economic Studies 1956, 11 ff.; A. B. LIPSKY/G. J. SIDAK, Essential Facilities, Stanford Law Review 1999, 1187 ff.; H. LOMMLER, Das Verhältnis des kartellrechtlichen Verbots der Kosten-Preis-Schere zum Verbot der Kampfpreisunterbietung, WuW 2011, 245 ff.; N. LUHMANN, Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a.M., 1984; B. LUNDQVIST, *Post Danmark II*, now concluded by the ECJ: clarification of the rebate abuse, but how do we marry *Post Danmark I* with *Post Danmark II*?, European Competition Journal 2015, 557 ff.; C. LÜSCHER, Was heisst Kartellrecht anwenden? Eine Untersuchung im Schnittfeld von Sprach-, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, dargestellt am BVerwG- und BGer-Entscheid zu Terminierungspreisen, Zürich/St. Gallen 2013; B. LYONS, The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse, in: Konkurrensverket (ed.), Pros and Cons of High Prices, Kalmar 2007, 65 ff.; W. B. MACLEOD/G. NOMAN/J.-F. THISSE, Price Discrimination and Equilibrium in Monopolistic Competition, International Journal of Industrial Organization 1988, 429 ff.; D. MANDRESCU, Tying and Bundling by Online Platforms – Distinguishing between Lawful Expansion Strategies and Anti-Competitive Practices, Computer Law & Security Review 2021, 1 ff.; R. MARIGER, Predatory Price Cutting: The Standard Oil of New Jersey Case Revisited, Explorations in Economic History 1978, 341 ff.; K. MARKERT, Die Anwendung des US-amerikanischen Monopolisierungsverbots auf Verweigerungen des Zugangs zu «wesentlichen Einrichtungen», in: Immenga et al. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 1996, 661 ff. (zit. US-amerikanisches Monopolisierungsverbot); R. S. MARKOVITS, Tie-ins, Reciprocity and the Leverage Theory, Part II: Tie-ins, Leverage, and American Antitrust Laws, Yale Law Journal 1970, 195 ff. (zit. Yale L.J. 1970); DERS., Tie-ins, Reciprocity and the Leverage Theory, Yale Law Journal 1967, 1397 ff. (zit. Yale L.J. 1967); P. MARSDEN/S. BISHOP, Art. 82 Review: «What is Your Theory of Harm?», European Competition Journal 2006, 257 ff.; V. MARTENET/A. HEINEMANN, Droit de la concurrence, Genève et al. 2012; S. MARTIN, Product Market Competition Policy and Technological Performance, in: G. Norman/J.-F. Thisse (Hrsg.), Market Structure and Competition Policy: Game-Theoretic Approaches, Cambridge 2000, 161 ff.; F. MARTY, As-Efficient Competitor Test in Exclusionary Prices Strategies: Does Post-Danmark Really Pave the Way Towards a More Economic Approach?, GREDEG WP No. 2013-26, ‹https://halsh.archives-ouvertes.fr/GREDEG/ halsh-00851349› (6.6.2021); E. MASKIN/J. RILEY, Monopoly with Incomplete Information, in: Sen (Hrsg.), Industrial Organization, New Dehli et al. 1998, 117 ff.; A. M. MATEUS, Predatory Pricing: A Proposed Structured Rule of Reason, European Competition Journal 2011, 243 ff.; Y. MAUCHLE, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 2012, 933 ff.; J. MCGEE, Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case, J.L. & Econ. 1958, 137 ff. (zit. J.L. & Econ. 1958); DERS., Predatory Pric **[Seite 1021]** ing Revisited, J.L. & Econ. 1980, 289 ff. (zit. J.L. & Econ. 1980); A. J. MEESE, Tying Meets the New Institutional Economics: Farewell to the Chimera of Forcing, University of Pennsylvania Law Review 1997, 1 ff.; C. J. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen: Art. 5–8 KG, in: R. Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, 21 ff.; J. B. MEISEL, The Law and Economics of Margin Squeezes in the US Versus the EU, European Competition Law Journal 8 (2)/2012, 383 ff.; D. MELAMED, Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conducts – Are There Unifying

Principles?, Antitrust Law Journal 2006, 375 ff.; P. MERLINO/G. FAELLA, Strategic Underinvestment as an Abuse of Dominance under EU Competition Rules, World Competition 2013, 513 ff.; P. MILGROM/J. ROBERTS. Predation, Reputation, and Entry Deterrence, Journal of Economic Theory 1982, 280 ff.; F. MONTAG/M. O'REGAN, A Legal Practitioner's Perspective, in: Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: 13. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, Basel et al. 2007, 241 ff.; G. MONTI, EC Competition Law, Cambridge 2007; M. MOTTA, Competition Policy: Theory and Practice, Cambridge et al. 2004; M. MOTTA/A. DE STREEL, Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?, in: Konkurrensverket (Hrsg.), Pros and Cons of High Prices, Kalmar 2007, 14 ff.; M. MÜLLER, Die «Essential Facilities»-Doktrin im Europäischen Kartellrecht, EuZW 1998, 232 ff.; T. J. MURIS, Economics and Antitrust, George Mason Law Review 1997, 303 ff.; B. NALEBUFF, Bundling, Tying, and Portfolio Effects, Part I, Conceptual Issues, DTI Economics Paper No. 1, London 2003 (zit. Tying); DERS., Competing against Bundles, in: Hammond/Gareth (Hrsg.), Incentives, Organization and Public Economics, Oxford 2000 (zit. Competing); DERS., Bundling as an Entry Barrier, New Haven 2000, auch 119 Quarterly Journal of Economics 2004 (zit. Quarterly J. of Econ. 2004); R. NAZZINI, The Evolution of the Law and Policy on Tying: a European Perspective from Classic Leveraging to the Challenges of Online Platforms, Journal of Transnational Law and Policy 2017–2018, 1 ff. (zit. Tying); DERS., The Wood Began to Move: An Essay on Consumer Welfare, Evidence and Burden of Proof in Article 82 EC Cases, European Law Review 2006, 518 ff. (zit. Welfare); A. D. NEALE, The Antitrust Laws of the United States of America: A Study of Competition Enforced by Law, 2. Aufl., 1970; A. D. NEALE /D. G. GOYDER, The antitrust laws of the United States of America, 3. Aufl., Cambridge 1980; T. T. NGYUEN, Price Squeezing: Linkline in the United States – No Link to the European Union, IIC 2010, 316 ff; G. NIELS /H. JENKINS/J. KAVANAGH, Economics for Competition Lawyers, 2. Aufl., Oxford, 2016; G. NIELS/A. TEN KATE, Predatory pricing standards: Is there growing international consensus?, Antitrust Bulletin 2000, 787 ff.; P. NIHOUL, The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law?, J. Compet. L. & Econ. 5(8)/2014, 521 ff; P. NOBEL/P. DO CANTO, Schutz der Medienvielfalt durch das RTVG, ZSR 2006 I, 283 ff.; P. NOBEL/R. H. WEBER, Medienrecht, 3. Aufl., Bern 2007; W. NORDHAUS, Invention, Growth, and Welfare – A Theoretical Treatment of Technological Change, Cambridge 1969; R. O'DONOGHUE, Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct Under Art. 82, in: C.-D. Ehlermann/M. Marquis (Hrsg.), European Competition Law Annual 207: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford/Portland, Oregon 2008, 321 ff.; R. O'DONOGHUE/J. PADILLA, The Law and Economics of Art. 102 TFEU, 2nd edition, Oxford/Portland, Oregon 2013; C. O'GRADY, The Role of Exclusionary Intent in the Enforcement of Article 102 TFEU, World Competition 2014, 459 ff.; OCDE, Portfolio Effects in Conglomerate Mergers, OECD Competition Policy Roundtable No 37, DAFFE/COMP 2002, Paris 2002; W. Y. OI, A Disneyland Dilemma: Two-Part Tariffs for a Mickey Mouse Monopoly, Quarterly Journal of Economics 1971, 77 ff.; L. OJHA, Les manifestations et sanctions de l'abus de position dominante dans les technologies de l'information, Diss. Lausanne 2015; M. OLSON, Die Logik des kollektiven Handels, 5. Aufl., Tübingen 2004; J. A. ORDOVER/R. D. WILLIG, An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation, Yale Law Journal 1981, 8 ff.; B. M. OWEN, Determining Optimal Access to Regulated Essential Facilities, Antitrust Law Journal 1989, 888 ff.; A. PALASTHY, Die Verweigerung der Durchleitung von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), AJP 2000, 298 ff.; M. R. PATTERSON, The Sacrifice of Profits in Non-Price Predation, Antitrust 2003, 37 ff.; L. PEEPERKORN/E. ROUSSEVA, Article 102 TFEU: Exclusive Dealing and Rebates, JECLP 2011, 36 ff.; R. J. PERITZ, A Counter-History of Antitrust Law, Duke Law Journal 1990, 263 ff.; N. PETIT, Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU, European Competition Journal 11/2015, 26 ff.; N. PETIT/N. NEYRINCK, Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law, ÖZK 2010, 203 ff.; A. PETRIN, Quantifying the Benefits of New Products: The Case of the Minivan, Journal of Political Economy 2002, 705 ff.; D. PETZOLD, It Is All Predatory Pricing: Margin Squeeze Abuse and the Concept of Opportunity Costs in EU Competition Law, JECLP 2015, 346 ff.; L. PHLIPS, Intertemporal Price Discrimination, Quarterly Journal of Economics 1980, 525 ff. (zit. Quaterly J. Econ. 1980); DERS., Competition Policy: A Game-Theoretic Perspec **[Seite 1022]** tive, Cambridge 1995 (zit. Competition Policy); P. G. PICHT, Marktmacht und Marktmachtmissbrauch im UWG, sic! 2017, 397 ff; A. C. PIGOU, The Economics of Welfare, 2. Aufl., London 1924; R. PITOFSKY/D. PATTERSON/J. HOOKS, The Essential Facilities Doctrine under US Antitrust Law, Antitrust Law Journal 2002, 443 ff.; R. PODSZUN, The Role of Economics in Competition Law: The «effects-based approach» after the Intel-judgment of the CJEU, EuCML 2018, 57 ff.; K. POLANYI, The Great Transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1995; M. POLO, Price Squeeze: Lessons from the Telecom Italia Case, J. Compet. L. & Econ. 3/2007, 453 ff; M. S. POPOFSKY, Defining Exclusionary Conduct: Section 2, the Rule of Reason, and the Unifying Principles Underlying Antitrust Rules, Antitrust Law Journal 2006, 435 ff.; R. A. POSNER, Antitrust Law: An Economic Perspective, 2. Aufl., Chicago/London 2001, 242 ff. (zit. Antitrust Law); DERS., The Chicago School of Antitrust Analysis, U. Pa. L. Rev. 1979, 925 ff. (zit. U. Pa. L. Rev. 1979); DERS., An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, Journal of Legal Studies 1973, 399 ff. (zit. J. Legal Stud. 1973); R. A. POSNER/F. H. EASTERBROOK, Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials, 2. Aufl., St. Paul 1981; A. POZDNAKOVA, Excessive Pricing and the Prohibition of the Abuse of a Dominant Position, World Competition 2010, 121 ff.; S. PREECE, ITT Promedia v. EC Commission: Establishing an Abuse of Predatory Litigation?, European Competition Law Review 1999, 20 ff.; PREISBILDUNGSKOMMISSION DES EIDGENÖSSISCHEN VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENTS, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 1957; A. RAASS, Unangemessene Preise – Zu Theorie und Praxis einer problematischen Bestimmung, Jusletter vom 22.5.2017; G. RADNITZKY, Die ungeplante Gesellschaft: Friedrich von Hayeks Theorie der Evolution spontaner Ordnungen und selbstorganisierender Systeme, Hamburger Jahrbuch

für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 1984, 9 ff.; P. RAISCH, Zum Begriff des Missbrauchs i.S.d. § 22 GWB, in: Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe nach 10 Jahren GWB, Bad Homburg 1968, 357 ff.; J. R. RATNER, Should There Be an Essential Facility Doctrine?, U.C. Davis Law Review 1988, 327 ff.; M. REBER , Die Baubindung beim Grundstückkauf, Bern 1999; RBB ECONOMICS, Selective Price Cuts and Fidelity Rebates, o.O., 2005; D. REIFFEN/A. N. KLEIT, Terminal Railroad Revisited: Foreclosure of an Essential Facility or Simply Horizontal Monopoly?, Journal of Law & Economics 1990, 419 ff.; M. REINERT, Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen, Zürich 2002; D. RIDYARD, Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of ‹Convenient Facilities› and the Case for Price Regulation, European Competition Law Review 2004, 670 ff. (zit. E.C.L.R. 2004); DERS., Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82 – An Economic Analysis, European Competition Law Review 2003, 286 ff. (zit. E.C.L.R. 2003); DERS., Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law, European Competition Law Review 1996, 438 ff. (zit. E.C.L.R. 1996); DERS., Tying and Bundling – Cause of Complaint? European Competition Law Review 2005, 316 ff. (zit. E.C.L.R. 2005); DERS., Interpreting the As-Efficient Competitor Test in Abuse of Dominance Cases, Competition Law Review 2014, 125 ff. (zit. CLR 2014); R. RHINOW/G. BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: R. Zäch/P. Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 93 ff.; R. RHINOW/A. A. GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) erstattet von Prof. Dr. iur. René Rhinow, Ordinarius für öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Universität Basel in Zusammenarbeit mit Dr. iur. András A. Gurovits, Rechtsanwalt, Niederer Kraft & Frey Zürich, vom 5. Juli 2001, Basel/Zürich, RPW 2001/3, 592 ff.; D. RIZIOTIS, Marktbeherrschung und Drittmarkt, Bern 2010; S. RIZVI, The Essential-Facilities-Doctrine in the USA, EU and Switzerland, Jusletter vom 1.11.2010, 1 ff.; S. ROBERTS, Assessing excessive pricing – the case of flat steel in South Africa, Journal of Competition Law and Economics 2008, 871 ff.; G. O. ROBINSON, On Refusing To Deal With Rivals, Cornell Law Review 2002, 1203 ff.; L.-H. RÖLLER, Exploitative Abuses, in: Ehlermann/Marquis (Hrsg.), European Competition Annual 2007: A reformed Approach to Article 82, Oxford 2008, 525 ff.; L.-H. RÖLLER/H. W. FRIEDERISZICK , Ökonomische Analyse in der EU Wettbewerbspolitik: Ein erstes Résumé, in: Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: 13. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, Basel et al. 2007, 203 ff.; C. ROQUES, Décision Michelin: la Commission condamne l’entreprise Michelin pour un abus de position dominante portant sur des pratiques de rabais fidélisants, Competition Policy Newsletter 2001/3, 36 ff.; J. T. ROSCH, Reflections on the DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 EC to Exclusionary Abuses, in: Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: 13. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, Basel et al. 2007, 185 ff.; D. ROTH, Der «ebenso effiziente Wettbewerber»: **[Seite 1023]** Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmissbrauchs, Bern/Baden-Baden 2017, (zit. Wettbewerber); DERS., Ausschliesslichkeitsrabatte: Kategorie, Rechtsfolge und *Intel*, AJP 2017, 1321 ff. (zit. AJP 2017); DERS., Effizienz im Wettbewerb? Die kartellrechtliche Beurteilung des Preissetzungsverhaltens von Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, sic! 2018, 615 ff. (zit. sic! 2018); E. ROUSSEVA, Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law, Oxford/Portland, Oregon 2010; E. ROUSSEVA/M. MARQUIS, Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU, Journal of European Competition Law&Practice 2013, 32 ff.; N. S. R. ROSENBOOM/V. KOCSIS/J. D. W. E MULDER, Consumer Damages for Breach of Antitrust Rules: How to reach full Compensation for Consumers?, JCLE 2017, 710 ff.; M. RUFFNER, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht: Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Zürich 1990 (zit. Wettbewerbstheorie); DERS., Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 1996, 834 ff. (zit. AJP 1996); DERS., Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision, in: R. Zäch/P. Zweifel (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, St. Gallen 1995, 145 ff. (zit. Grundlagen); S. RUTZ /C. JAAG, Fair-Preis-Initiative: Strukturpolitik statt Wettbewerbspolitik, Die Volkswirtschaft 2020, 50 ff.; S. C. SALOP, Exclusionary Conduct, Effect on Consumers and the Flawed Profit-Sacrifice Standard, Antitrust Law Journal 2006, 311 ff. (zit. Standard); B. SASINOWSKA, Refusal to supply – Is indispensability still indispensable? EuZW 2013, 539 ff.; F. SAVARY, Regulierung dominanter Internetplattformen: Eigenheiten, Herausforderungen und Lösungsansätze im Licht von Ökonomie, Innovation und Recht; Zürich/St. Gallen 2017; F.C. V. SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, Bd, I, Berlin 1840; K. SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht: die «Essential Facility»-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Bern 1998; W. R. SCHLUEP, Anmerkungen zur ökonomischen Analyse des Markenrechts, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, 715 ff. (zit. FS Pedrazzini); DERS., Einladung zur Rechtstheorie, Bern/Baden-Baden 2006 (zit. Rechtstheorie); DERS., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795 ff. (zit. AJP 1996); DERS., Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, in: Walder et al. (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 139 ff. (zit. Wirtschaftsrecht); DERS., «Wirksamer Wettbewerb»: Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern et al. 1987 (zit. Wirksamer Wettbewerb); DERS., Grundzüge des Entwurfs der Expertenkommission zur Revision des BG über Kartelle und ähnliche Organisationen, ZBJV 1979 S. 65 ff. (zit. Revision); DERS., Staatspolitische und wirtschaftsethische Aspekte der neuen schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung, in: Schweizerische Volksbank (Hrsg.), Volksbank Management Informationen vom 6. November 1987, Bern 1987 (zit. Wettbewerbsgesetzgebung); R. SCHMALENSEE, Game-theoretic models of market concentration, Sunk costs and market structure: a review article, in: Phlips (Hrsg.), Applied Industrial Economics, Cambridge

1998, 52 ff. (zit. sunk costs); DERS., Output and Welfare Implications of Monopolistic Third-Degree Price Discrimination, American Economic Review 1981, 239 ff. (zit. Am. Econ. Rev. 1981); DERS., Monopolistic Two-Part Pricing Arrangements, Bell Journal of Economics 1978, 445 ff. (zit. Bell J. Econ. 1978); B. SCHMIDHAUSER, Nachfragemacht und Detailhandel: ein Diskussionsbeitrag, Basel 1995, 108 ff. (zit. Diskussionsbeitrag); I. L. O. SCHMIDT, The Suitability of the More Economic Approach for Competition Policy: Dynamic vs. Static Efficiency, European Competition Law Review 2007, 408 ff.; A. SCHMIDT/S. VOIGT, Der «more economic approach» in der Missbrauchsaufsicht: Einige kritische Anmerkungen zu den Vorschlägen der Generaldirektion Wettbewerb, Göttingen 2006, ‹https://ideas.repec.org/p/got/vwldps/129.html› (20.5.2021); M. SCHMIDT, Konkretisierung von Generalklauseln im europäischen Privatrecht, Berlin et al. 2009; D. SCHMIDTCHEN, Time, Uncertainty and Subjectivism: Giving More Body to Law and Economics, International Review of Law and Economics 1993, 61 ff.; M. SCHMOECKEL/M. MAETSCHKE, Rechtsgeschichte der Wirtschaft: Seit dem 19. Jahrhundert, 2. Aufl., Tübingen 2016; A. K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht, Zürich 1990; A. SCHRÖDER, Der Kunde ist König? Wie Rabatte ihre Unternehmen ruinieren, Bayreuth 2013, ‹https://axel-schroeder.de/wie-dramatisch-rabatte-ihre-rendite-und-damit-ihr-unternehmen-ruinieren/#folgen-von-fehlerhaft-kalkulierten-rabatten› (20.5.2021); J. C. SCHUHR, Projektskizze: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, in: Schuhr (Hrsg.), Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft, Tübingen 2014, 2 ff.; M. SCHWARTZ, Third-Degree Price Discrimination and Output: Generalizing a Welfare Result, American Economic Review 1990, 1259 ff.; D. SCHWARZ, Wettbewerbspolitische Problematik des Predatory Pricing, WuW 1987, 93 ff.; H. SCHWEITZER, The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC, in: C.-D. Ehlermann/M. Marquis (Hrsg.), **[Seite 1024]** European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Oxford/Portland, Oregon 2008, 119 ff.; D. J. SEIDMANN, Bundling as a Facilitating Device: A Reinterpretation of Leverage Theory, Economica 1991, 491 ff.; H. SEILER, Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder («de facto Mitgliedschaft» der Schweiz und Liechtensteins?), in: (o. Hrsg.), XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008, ‹https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/landesbericht_schweiz_auswirkungen_eu-recht.pdf (20.5.2021); R. SELTEN, Evolution, Learning, and Economic Behavior, Games & Econ. Behavior 1991, 3 ff.; R. C. SEITZ, Exclusive Arrangements and Refusal to Deal Problems, Vanderbilt Law Review 1957, 85 ff.; C. SEITZ, Urteilsbesprechung: Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil, 13.2.2010, B-2050/2007, *Swisscom (Schweiz) AG (Wettbewerbskommission (WEKO)*, AJP 2010, 653 ff. (zit. AJP 2010); DIES., Kein per se-Verbot für selektive Niedrigpreise bei Marktbeherrschung und Rechtfertigung einer Verdrängungswirkung durch Effizienzvorteile – «Post Danmark», GRUR-Prax 2012, 219 ff.; J. A. SIEVERS, *Legitimate business reasons* beim Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Zürich 2014; C. SIMPSON, Dominant firms and selective discounting in the EU: When is «meeting competition» a defence?, European Competition Journal 2016, 1 ff.; C. SHAPIRO, Navigating the Patent Thicket: Cross Licences, Patent Pools and Standard-Setting, in: Jaffe et al. (Hrsg.), Innovation Policy and the Economy, Cambridge 2001, 119 ff.; B. SHER, The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82, European Competition Law Review 2004, 243 ff.; O. SHY, Industrial Organization: Theory and Applications, Cambridge, Mass./London 1995; M. SPENCE, Nonlinear Prices and Welfare, Journal of Public Economics 1977, 1 ff.; G. F. STIGLER, A Theory of Price, 4. Aufl., New York 1987; F. X. STIRNIMANN, Urheberkartellrecht: Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz, Zürich 2004; W. A. STOFFEL, Les ententes restrictives à la concurrence, in: Stoffel (Hrsg.), SZW Sondernummer 1996: Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, 7 ff. (zit. SZW 1996); N. L. STOKEY, Intertemporal Price Discrimination, Quarterly Journal of Economics 1979, 355 ff.; L. S. STOLE, Price Discrimination and Competition, in: Armstrong/Porter (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Volume 3, Elsevier 2007, 2221 ff.; J. M. STRADER, *Post Danmark's* Recoupment Test, Competition Law Review 2014, 205 ff.; P. STRAUB, Das Rechtsprinzip des wirksamen Wettbewerbs und seine normative Wirkkraft, Bern 2010; M. E. STREIT, Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung – Zum Gedenken an Friedrich August von Hayek, in: H.-H. Francke (Hrsg.), Ökonomischer Individualismus und freiheitliche Verfassung: Gedenkakademie für Friedrich August von Hayek, Freiburg i.Br. 1995, 147 ff.; M. STURNY, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht: Historische Entwicklung und Analyse, Bern 2014; R. SUBIOTTO/D. R. LITTLE, The Application of Article 102 TFEU by the European Commission and the European Courts, Journal of European Competition Law & Practice 2014, 169 ff.; R. SUBIOTTO/R. O'DONOGHUE, Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC, European Competition Law Review 2003, 683 ff.; J. SUTTON, Market Structure: Theory and Evidence, in: Armstrong/Porter (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Volume 3, Elsevier 2007, 2303 ff.; A. SVETLICINII/M. BOTTA, Article 102 TFEU as a Tool for Market Regulation: «Excessive Enforcement» Against «Excessive Prices» in the New EU Member States and Candidate Countries, European Competition Journal 2012, 473 ff.; S. TAUSCH, Relative Marktbeherrschung – sollten auch relativ marktmächtige Unternehmen der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle unterliegen?, recht 2016, 123 ff.; J. TEMPLE LANG, Monopolisation and the Definition of «Abuse» of a Dominant Position under Article 86 EEC Treaty, Common Market Law Review 1979, 345 ff. (zit. CMLR 1979); DERS., Abuse Under Article 82 EC: Fundamental Issues and Standard Cases, in: Baudenbacher (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: 13. St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2006, Basel et al. 2007, 95 ff. (zit. Abuse); DERS., Anticompetitive Abuses Under Article 82 EC Involving Intellectual Property Rights, in: Ehlermann/Atanasiu (Hrsg.), European Competition Law Annual 2003: What Is an Abuse of Dominant Position?, Oxford 2006, 589 ff. (zit. Annual 2003); DERS., Anticompetitive Non-Pricing Abuses Under European and

National Antitrust Law, in: Hawk (Hrsg.), Fordham Corporate Law Institute 2003, New York 2004, 235 ff. (zit. Anticompetitive Abuses); DERS., The Principles of Essential Facilities in European Community Competition Law – The Position since *Bronner*, Journal of Network Industries 2000, 375 ff. (zit. Essential Facilities); DERS., Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities, Fordham International Law Journal 1994, 437 ff. (zit. Legitimate Competition); DERS., How Can the Problems of Exclusionary Abuses under Article 102 TFEU Be Resolved?, European Law Review 2012, 136 ff. (zit. Exclusionary abuses); J. TEMPLE LANG/R. O'DONOGHUE, Defining Legitimate Competition: How to Clarify **[Seite 1025]** Pricing Abuses under Article 82 EC, Fordham International Law Journal 2002, 83 ff.; P. TERCIER, Introduction générale, in: P. Tercier/C. Bovet (Hrsg.), Commentaire Romand: Droit de la concurrence: Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, 1ère éd., Genf et al. 2002 (zit. CR Concurrence 1ère éd. 2002); DERS., Le prix abusif – Vers une nouvelle conception de la liberté contractuelle, in: BR 1998, 371 ff. (zit. BR 1998); DERS., La procédure devant la Commission de la concurrence, in: Stoffel (Hrsg.), SZW Sondernummer 1996: Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, 35 ff. (zit. SZW 1996); P. TERCIER/C. BOVET/V. MARTENET (Hrsg.), Commentaire Romand: Droit de la concurrence: Loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. CR Concurrence-VERFASSER); P. TERCIER/S. VENTURI, Les ententes illicites et l'abus de position dominante dans le nouveau droit suisse de la concurrence – Unlawful agreements, decisions and concerted practices and abuses of dominant position under the new Swiss law of competition, Revue du droit des affaires internationales 1997, 67 ff.; G. TEUBNER, § 242, in: G. Brüggemeier et al. (Hrsg.), Reihe Alternativkommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Allgemeines Schuldrecht, Neuwied 1980, 32 ff.; P. K. M. THARAKAN, Predatory Pricing and Anti-Dumping, in: G. Norman/J.-F. Thisse (Hrsg.), Market Structure and Competition Policy: Game-Theoretic Approaches, Cambridge 2000, 70 ff.; A. THIER, Schweizerische Kartellrechtstradition und «more economic approach»: Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechungspraxis 1986–1960, in: Sethe (Hrsg.), Kommunikation: Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, 621 ff. (zit. Kartellrechtstradition); DERS., Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel, in: P. Grolimund et. al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich et. al. 2018, 1305 ff. (zit. Wettbewerbsrecht); F. THOUVENIN, Microsoft: offene Schnittstellen – offene Märkte?, sic! 2008, 469 ff.; P. F. TODD, Out of the Box: Illegal Tying and Google's Suite of Apps for the Android OS, European Competition Journal 2017, 62 ff.; M. TOLLER, Die Preisüberwachung als Mittel der Schweizerischen Wettbewerbspolitik, Zürich 1983; W. K. TOM/C. PAK, Toward a Flexible Rule of Reason, Antitrust Law Journal 2000, 391 ff.; S. TONTRUP, Ökonomik in der dogmatischen Jurisprudenz, SSRN Electronic Journal, January 2005, ‹https://ssrn.com/abstract=816744› oder ‹http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.816744› (20.5.2021); A. TOR, Illustrating a Behaviorally Informed Approach to Antitrust Law: The Case of Predatory Pricing, Antitrust 2003, 52 ff.; H. TOWNSEND, Foundations of Business Economics: Markets and Prices, London/New York 1995; P. TREACY, Essential Facilities: Is The Tide Turning?, European Competition Law Review 1998, 501 ff.; M. TSCHUDIN, Rabatte als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG, Basel 2011 (zit. Rabatte); DERS., Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreiftatbestand, Jusletter vom 25.3.2013 (zit. Jusletter 25.3.2013); T. ULRICH, Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle, Zürich 2004; M. A. UTTON, Market Dominance and Antitrust Policy, Cheltenham 2003; O. VAHRENHOLT, Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 137 II 199 (BGer 2C_343/2010, 2C_344/2010 vom 11. April 2011) i.S. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (Beschwerdeführer) gegen Swisscom (Schweiz) AG (Beschwerdegegnerin) und Swisscom (Schweiz) AG (Beschwerdeführerin) gegen Wettbewerbskommission (Beschwerdegegnerin): Urteilsbesprechung: Das Tatbestandsmerkmal des «Erzwingens», SZW 2011, 497 ff.; S. VAHEESAN, *Pacific Bell v. Linkline*: Price Squeezing and the Limits of Judicial Administrability, Duke J. Const. L. & Pub. Pol'y Sidebar 2008, 129 ff.; R. VAN DEN BERGH, The «More Economic Approach» and the Pluralist Tradition of European Competition Law (Comment), in: Schmidtchen et al. (Hrsg.), The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007, 27 ff.; R. J. VAN DEN BERGH/P. D. CAMESASCA, European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective, 2. Aufl., London 2006; R. VAN HORN, Aaron Director, in: R. B. Emmett (Hrsg.), The Elgar Companion to the Chicago School of Economics, Cheltenham 2010, 265 ff.; V. VANBERG, Institutional Evolution Within Constraints, Journal of Institutional and Theoretical Economies 1996, 690 ff.; H. R. VARIAN, Price discrimination and Social Welfare, American Economic Review 1985, 870 ff. (zit. American Economic Review 1985); DERS., Grundzüge der Mikroökonomik, 9. Aufl., Oldenburg 2016 (zit Mikroökonomik); J. S. VENIT, Making Sense of Post Danmark I and II: Keeping the Hell Fires Well Stoked and Burning, Journal of European Competition Law & Practice 2016, 165 ff. (zit. Post Danmark I and II); DERS., The judgment of the European Court of Justice in *Intel v Commission*: a procedural answer to a substantive question?, European Competition Journal 2017, 172 ff. (zit. Intel v Commission); S. VENTURI, Propriété intellectuelle et révision de la loi sur les cartels: les importations parallèles sous la loupe; in: W. Stoffel/R. Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen, Zürich 2004, 215 ff.; S. VENTURI/P. G. FAVRE, L'abus de position domi **[Seite 1026]** nante en droit de la concurrence: droit matériel, FJS n° 337, Genf 2009, 23 ff.; J. VICKERS, Abuse of Market Power, in: Buccirossi (Hrsg.), Handbook of Antitrust Economics, Cambridge, Mass./London 2008, 415 ff.; J. VICKERS /D. HAY, The Economics of Market Dominance, in: Hay/Vickers (Hrsg.), The Economic of Market Dominance, Oxford/New York 1987, 1 ff.; M. VLCEK, Die Erzwingung unangemessener Preise im Kartell- und Fernmelderecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Zürich et al. 2013; P. VOGELENZANG, Abuse of a Dominant Position in Article 86: The Problem of Causality and Some Applications, Common

Market Law Review 1976, 61 ff.; D. WAELBROECK, *Michelin II*: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies, Journal of Competition Law and Economics 2005, 149 ff.; J. H. WEAKLAND, «Double-Bind»-Hypothese und Dreier-Beziehung, ‹https://alex-sk.jimdofree.com/john-h-weakland-double-bind-hypothese-und-dreier-beziehung/› (5.6.2021); R. H. WEBER, «Erzwingung unangemessener Preise» – Wohin geht der Weg?, Jusletter vom 1.11.2010 (zit. Jusletter 1.11.2010); DERS., Methodenlehre und Kartellrecht, in: R. H. Weber/A. Heinemann/H. U. Vogt (Hrsg.), Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext: Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch, Bern 2009, 1 ff. (zit. Methodenlehre); DERS., Rundfunkrecht: Bundesgesetz vom 24.3.2006 über Radio und Fernsehen, Bern 2008 (zit. Rundfunkrecht); DERS., Marktmissbrauchsdiskussion – ein Blick in die Zukunft, EuZ 2006, 102 ff. (zit. EuZ 2006); R. H. WEBER/B. KRATZ, Stromversorgungsrecht: Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009; G. J. WERDEN, Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The «No Economic Sense» Test, Antitrust Law Journal (2006), 413 ff. (zit. Antitrust L.J. 2006); DERS., The Law and Economics of the Essential Facility Doctrine, St. Louis University Law Journal 1987, 433 ff. (zit. St. Louis U.L.J. 1987); M. D. WHINSTON, Tying, Foreclosure and Exclusion, American Economic Review 1990, 837 ff.; R. WHISH/D. BAILEY, Competition Law, 9th ed., Oxford 2018; O. E. WILLIAMSON, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus: Unternehmen, Märkte, Kooperationen, Tübingen 1990 (zit. Institutionen); DERS., Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, Yale L.J. 1977, 284 ff. (zit. Analysis); W. WILS, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, World Competition, 37(4)/2014, 405 ff; S. WINKLER, Die Beurteilung von Parallelimportbeschränkungen patentrechtlich geschützter Güter nach Art. 7 KG, Zürich 2007; U. WITT, The Theory of Societal Evolution: Hayek's Unfinished Legacy, in: J. Birner /R. van Zijp (Hrsg.), Hayek, Co-ordination and Evolution: His Legacy in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas, London/New York 1994, 178 ff.; H. WOHLMANN, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, in: Stoffel (Hrsg.), SZW Sondernummer 1996: Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, 22 ff.; K. K. WOLLENBERG, An Economic Analysis of Tie-In Sales: Re-Examining the Leverage Theory, Stanford Law Review 1987, 737 ff.; D. P. WOOD, The Role of Economics and Economists in Competition Cases, OECD Journal of Competition Law and Policy 1999, 82 ff.; J. D. WRIGHT/J. E. STONE II , Still Rare Like a Unicorn? The Case of Behavioral Predatory Pricing, Journal of Law, Economics & Policy 2012, 859 ff.; W. WURMNEST, Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch: Eine rechtsvergleichende Neubestimmung des Verhältnisses von Recht und Ökonomik in der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, 2. Aufl., Tübingen 2012 (zit. Verdrängungsmissbrauch); DERS., The Reform of Article 82 EC in the Light of the «Economic Approach», in: M.-O. Mackenroth et al. (Hrsg.), Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?, Berlin/Heidelberg 2008, 1 ff. (zit. Reform); J. XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence. Droit suisse et droit communautaire dans une perspective économique, Genf et al. 2002; R. ZÄCH, Importbeschränkungen – Besteht kartellrechtlicher Handlungsbedarf?, in: I. Hochreutener/W. Stoffel/M. Amstutz (Hrsg.), 9. Tagung zum Wettbewerbsrecht: Grundlegende Fragen, Bern 2018, 96 ff.; DERS., Was bezweckt das schweizerische Kartellgesetz – die Gewährleistung von Wettbewerb oder von Konsumentenwohlfahrt?, in: W. Möschel (Hrsg.), 50 Jahre Wettbewerbsgesetz in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2009, 37 ff. (zit. Konsumentenwohlfahrt); R. ZÄCH et al. (Hrsg.), DIKE Kommentar: Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. VERFASSER, DIKE-KG); R. ZÄCH/A. KÜNZLER, Marktbeherrschung: Bedeutung des Tatbestandsmerkmals in Art. 7 und Art. 10 Abs. 2 KG, in: Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, 469 ff. (zit. Marktbeherrschung); R. ZÄCH/A. KÜNZLER, Traditionelle europäische Wettbewerbspolitik versus «more economic approach», EuZ 2009, 30 ff. (zit. EuZ 2009); H. ZENGER/M. WALKER, Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report, in: J. Bourgeois/D. Waelbroeck (Hrsg.), Ten Years of Effect-Based Approach in EU Competition Law, Bruxelles 2009, 185 ff.

[Seite 1027] **I. Generalklausel (Art. 7 Abs. 1)**

1. Allgemeines

Die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen bildet zusammen mit den Regeln über Wettbewerbsabreden und der Fusionskontrolle eine der drei sog. «Säulen» eines jeden modernen Wettbewerbsbeschränkungsrechts. In industrieökonomischer Hinsicht ist die Policy der Missbrauchskontrolle freilich ungleich spärlicher erschlossen als diejenige der zwei anderen Säulen. Die Ursache dieses ungenügenden Wissens ist längst bekannt und im berühmten *finis opus coronat* -Satz von LEARNED HAND, J., in *Alcoa* auf den Punkt gebracht: «The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins».[1] Wer also im sog. Wettbewerb *«on the merits»* (s. N 61) marktbeherrschend geworden ist, soll kartellrechtlich *nicht* unter Beschuss geraten, wenn er weiterhin auf dem Markt in wettbewerbskonformer Weise wirbt. Aber wie ist die Formel des Wettbewerbs *«on the merits»* im Zusammenhang mit der Missbrauchsregel von Art. 7 zu verstehen? Hinter dieser Frage – hinter LEARNED HANDs Sentenz – verbirgt sich ein **Paradox**:[2] **1**

(1) Die eine Seite dieses Paradoxes bildet die Tatsache, dass der Wettbewerb ein *Entdeckungsverfahren* darstellt,[3] welches dem Tüchtigen, der eine bislang unerkannte wirtschaftliche Ressource aufdeckt, unbeschränkte Möglichkeiten zu deren Nutzung eröffnet. Wettbewerb ist (nach kontinentalem Verständnis) in erster Linie ein **ökonomisches Anreizsystem**. Und zwar mit *doppelter* Funktion: Einerseits spornt dieses System jedes Unternehmen an, nach *Umsatzsteigerung* zu streben, um Gewinne zu erzielen (die Aussicht auf solche stellt ja die eigentliche «Triebfeder» jeglicher betriebswirtschaftlicher Aktivität dar; s. N 238, 252 f.). Andererseits ruft Wettbewerb jedem Teilnehmer am Wirtschaftsprozess laufend in Erinnerung, dass er immer mit unerwarteten Markteintritten von potentiellen Konkurrenten oder mit plötzlichen Vorstössen von aktuellen Rivalen, die effizientere Formen der Güterproduktion aufgespürt haben, zu rechnen hat. Derartige potentielle oder aktuelle Mitbewerber können auf dem Markt rasch Vorherrschaft erlangen, sprich: die bestehenden Marktverhältnisse schlagartig auf den Kopf stellen. Wettbewerb übt auf Unternehmen einen virtuosen Druck aus: Die zu jeder Zeit bestehende Eventualität, dass sich das beschriebene Szenar verwirklicht, ist der faktische Grund dafür, dass Unternehmen im Wettbewerbsprozess *incentives* haben, von reaktivem (risikoadversem) Verhalten abzusehen und mithilfe von Kosteneinsparungen, Qualitätssteigerungen oder Innovationen unablässig darauf hinzuwirken, bessere Leistungen als die Konkurrenz zu erbringen. Sonst – bei passivem Marktverhalten – drohte diesen Unternehmen, dass ihre jeweilige Marktposition schnell erodiert, und dies womöglich bis zum Punkt, dass ein Marktaustritt unabwendbar wird.[4] Kurzum: Wer um die Wette wirbt, muss sich *konstant* vorsehen. «Konstant» ist in diesem Satz die entscheidende Vokabel: Diese stellt klar, dass die zwei erwähnten Bedingungen ([a] «Ansporn zu besseren Leistungen bzw. Suche nach neuen wirtschaftlichen Opportunitäten» und [b] «Bedrohung durch gelingende Markteintritte oder durch den Druck neu auftretender Rivalitätsformen») für alle Unternehmen im Wettbewerb einen Zustand des Gefordertseins schaffen, der *auf Dauer gestellt* ist. **2**

[Seite 1028] (2) Die andere Seite des vorliegend zur Diskussion stehenden Paradoxes bezieht sich auf den Umstand, dass ein Marktteilnehmer, der ein einmal entdecktes Produkt- oder Dienstleistungspotential auszuschlachten wusste, die daraus geschlagenen Profite unternehmerisch gedeihlich reinvestiert und so schrittweise auf dem Markt **ökonomische «Macht» akkumuliert**. Letztlich dehnt er auf diese Weise den Spielraum der ihm zur Verfügung stehenden Verhaltensoptionen zulasten von seinen Rivalen aus. Womöglich wird dieser Spielraum irgendwann mal derart weit ausgezogen sein, dass besagter Marktteilnehmer bei der Entwicklung seiner Geschäftsstrategie seine Konkurrenten, sämtliche Nachfrager und letztlich den (End-) Konsumenten kaum mehr zu berücksichtigen braucht. Ab diesem Moment besitzt er *qualifizierte Marktmacht*: Er kann sich alsdann auf dem Markt *unabhängig* von den anderen Teilnehmern verhalten (s. N 101). Das aber bedeutet nichts anderes als: Er hat eine *marktbeherrschende Stellung* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 inne.[5] Diese eröffnet ihm, wie angesprochen, ein ganzes Spektrum von Verhaltensmöglichkeiten, d.h. von verschiedenartigen Marktstrategien, die *auch*, sofern er sich dafür entscheidet, dahingehend eingesetzt werden können, um den Wettbewerb ungehörig, unangebracht und letztlich unstatthaft zum eigenen Vorteil – und zum Nachteil von Wirtschaft und Gesellschaft – zu *verfälschen*. **3**

Das soeben erläuterte Paradox der Missbrauchskontrolle von Art. 7 entspricht im Grunde einem **simplen Muster**: Was anfangs *erwünscht* war (d.h. Wettbewerbsdruck auf Unternehmen zu erwirken, um diese zur Erbringung guter Leistungen zugunsten der Allgemeinheit anzuspornen), kann ins *Unerwünschte* münden (d.h. in die marktdysfunktionale Benutzung der qualifizierten Marktmacht, die ursprünglich redlich akquiriert wurde). Und dennoch stellt dieses intellektuell anspruchslose Schema der Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung einen ökonomischen Kreislauf voller Mysterien dar: Das System des Wettbewerbs führt immer wieder zu Marktzuständen, die – wegen systemeigenen Prozessen der Ausbildung von Machtpositionen – die Rivalität zwischen Unternehmen schwächen und letztlich **4**

kassieren können. Deswegen bleibt nichts anderes übrig, als dass der Staat auf eine institutionelle Kontrolle des freien Spiels der Marktkräfte zurückgreift.[6] Und folglich kommt perennierend die Frage auf: Haben wir es nach der Einrichtung eines Aufsichtssystems immer noch mit der «freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung» zu tun, von der in Art. 1 die Rede ist (s. N 144–146)? Es gilt schon hier zu signalisieren, dass im Hintergrund der soeben stichwortartig genannten Unausgewogenheiten, Störanfälligkeiten und Schieflagen des Wettbewerbssystems, die im Mittelpunkt der Missbrauchskontrolle von Art. 7 stehen, ein der Sozialphilosophie längst bekanntes Phänomen wirkt: Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist eine der zahllosen Formen der Tendenz, die der Freiheit immanent ist, sich selber aufzuheben. Der paradoxe Sachverhalt, auf welchen Art. 7 ausgerichtet ist, wird unumgänglich und ausnahmslos die Struktur der zur Selbstvernichtung neigenden Freiheit aufweisen: *X*, weil *nicht-X*, und *nicht-X*, weil *X* (s. N 2 f.).

Um mit diesem Paradox im Recht der qualifiziert marktmächtigen Unternehmen umzugehen, haben sich in **rechtsvergleichender Perspektive** zwei Haupttypen von Aufsichtssystemen herausgebildet: (1) Das US-amerikanische Recht probiert, während der Entstehungsphase der Marktmacht zu intervenieren, und verbietet in § 2 Sherman Act, 15 U.S.C.A. *«Monopolisierung»* anhand folgenden Wortlauts: «Every person who shall monopolize […] shall be deemed guilty of a felony […]».[7] «Monopolisierung» im Sinne [Seite 1029] dieser Bestimmung ist dann illegal, wenn die Monopolmacht mit *wettbewerbswidrigen* Mitteln erlangt wird, wenn also eine «[…] willful acquisition or maintenance of [… monopoly] power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident [occurs]».[8] Im Kern dieses Ansatzes wirkt letztlich die Vorstellung, dass die Nutzung von *Mitteln*, die *zur Akkumulation ökonomischer Macht geeignet* sind, einer Aufsicht bedarf. Auch wenn die US-amerikanischen Gerichte teilweise sehr kreativ mit dieser *a priori* sehr engen und beengenden Vorstellung umgehen mussten,[9] um § 2 zu einem praktikablen und effektiven Instrument zu entwickeln, und diese Bestimmung auf die *juristisch* heikle Differenz zulässiger/unzulässiger Genese von (Quasi-)Monopolmacht abstellt,[10] sollten die Unterschiede zu Art. 7 nicht überbetont werden: «Somit ist in den USA – gleich wie in [… der schweizerischen] Rechtsordnung […] – anerkannt, dass monopoly power nur in Verbindung mit einer als wettbewerbsbeschränkend erachteten Verhaltensweise problematisch sein kann».[11] (2) Das schweizerische Recht repräsentiert den zweiten Haupttypus der Missbrauchskontrolle und grenzt sich materiellrechtlich vom US-amerikanischen Recht lediglich durch ein abweichendes Interventionskonzept ab: Qualifizierte Marktmacht bzw. Marktbeherrschung (und deren Entstehung) wird als solche nicht beanstandet;[12] vielmehr wird das Paradox der Kontrolle von unzulässigen Praktiken von Unternehmen in beherrschender Stellung über die Unterscheidung von missbräuchlicher und nicht-missbräuchlicher Verhaltensweisen (s. N 2 f.) entfaltet.[13] Damit erlangt der in Art. 7 Abs. 1 genannte Begriff des *«Missbrauchs»* einer marktbeherrschenden Stellung – und nicht derjenige der Monopol*bildung* des US-amerikanischen *antitrust* – den Rang eines wettbewerbspolitischen Schlüsselbegriffs. Nämlich eines Schlüsselbegriffs für den Umgang mit LEARNED HANDs Paradox, was an anderer Stelle erörtert wird (s. N 61 ff.). **5**

Der kartellgesetzliche Begriff des Missbrauchs ist nicht leicht zu fassen;[14] er ist bis heute über weite Strecken ungeklärt (s. N 61 ff.).[15] Man könnte ihn durch die Linse der traditionellen Zivilistik betrachten, die um die Figur des subjektiven Rechts kreist und den Miss [Seite 1030] brauch eines solchen Rechts anhand der Unterscheidung von «wirklichem» und «scheinbarem Recht» Konturen zu verleihen sucht.[16] In diesem Sinne wäre es vorstellbar, an E. HUBER anzuschliessen, der die Rechtsfigur des Missbrauchs mit dem wirkmächtigen Bild der Ausübung eines Rechts eingefangen hat, das bloss «[…] bei rein äusserlicher Betrachtung vorhanden wäre, aber doch bei *tieferer* Erfassung der subjektiven Berechtigung materiell nur in dem Sinne der *Überschreitung* vorhanden ist».[17] Man handelte sich alsdann aber das Problem ein, **6**

das VON SAVIGNYs Lehren, so epochal und beachtlich sie auch waren und heute noch sind, für weit über ein Jahrhundert dem Privatrecht beschert hat:[18] Dass nämlich die Existenz von funktionierenden Märkten *nur* vorausgesetzt werden kann. Der wirtschaftliche Koordinationsmechanismus «Wettbewerb» blieb mindestens bis in die erste Hälfte des 20. Jh. eine unzugängliche und hermetisch abgeriegelte *black box*. Wegen der einseitig auf den Freiheitsbegriff – dem jedem Einzelnen zustehenden «sicheren, freyen Raum»[19] – fokussierenden Denklogik der Historischen Schule musste auf die *ordoliberale Wirtschafts- und Rechtstheorie*, die in den 1930er Jahren ihren Anlauf nahm, gewartet werden,[20] damit endlich ein Verständnis der *funktionalen Interaktionen* von Marktökonomik und Zivilistik – zumal im Rahmen des zu Beginn des 1. Weltkrieges einsetzenden Wandels des Privatrechts zum *Wirtschaftsrecht*[21] – zur Verfügung stand.[22] Aus der These, dass wettbewerbliche Koordinationsprozesse nur mithilfe des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer zur Entstehung gelangen können[23] – die heute in Europa ihrer industrieökonomischen Unzulänglichkeiten zum Trotz[24] nur noch in Deutschland vertreten wird, dies aus Motiven, die vermutlich viel mit dem Trauma des dreizehnjährigen nationalsozialistischen Totalitarismus zu tun haben – lassen sich keine Erkenntnisse gewinnen, die erlauben würden, Art. 7 in der Praxis effektiv zu operationalisieren. Denn die rote Linie zu ziehen, ist prekär: Auch Wettbewerb *«on the merits»* führt dazu, dass das effiziente Unternehmen das ineffiziente im Konkurrenzkampf aussticht (was letzlich auch Freiheit beschneidet, aber wettbewerbspolitisch allemal erwünscht ist; s. N 96). Aus industrieökonomischer Sicht gilt generell: «[L]egally protecting the inefficient can lead to a sclerotic market in which the incentive to innovate or lower costs dissipates with the inability to enhance profits by eliminating competitors, who essentially waste resources better utilized by the efficient» (s. N 115).[25] Vielmehr braucht es für eine effektive Umsetzung und Verwirklichung von Art. 7 wettbewerbspolitisch sowie -theoretisch fundierte Untersuchungs- und Missbrauchsstandards (s. [Seite 1031] N 110 ff.), die aus Begriffen und Konzepten wie «Wirtschaftsfreiheit»,[26] «Recht des Einzelnen auf freie wirtschaftliche Betätigung»[27] oder *«property rights»*[28] schlechterdings nicht herzuleiten sind.[29] Die Materialien der Kartellgesetzrevision von 1994 – einen, wie THIER eindrücklich nachgewiesen hat, bereits zu Beginn der 1930er Jahren angelaufenen Wandel des ordnungspolitischen Denkens in der Schweiz widerspiegelnd[30] – halten *ausdrücklich* fest, dass das geltende **Kartellgesetz keineswegs auf freiheitstheoretischen Gedanken** basiert.[31] So führt die Botschaft 1994 – auf die deutsche in freiheitstheoretischen Kategorien denkende systemtheoretische Schule[32] Bezug nehmend – aus:

> «Gemäss dem systemtheoretischen Ansatz müssen sich Wettbewerbstheorie und -politik wegen der Komplexität der Marktprozesse mit Erklärungen des Prinzips und mit Mustervoraussagen begnügen, wie beispielsweise derjenigen, dass Preis-, Mengen- und Gebietskartelle in der Regel volkswirtschaftlich schädlich sind. (Funktionsfähiger) Wettbewerb lässt sich aus der Warte der Systemtheorie nur mit Hilfe des Kriteriums der Wettbewerbsfreiheit […] beschreiben. Wettbewerbspolitisch gehe es allgemein darum, Verhaltensweisen zu unterbinden, welche die Wettbewerbsfreiheit ‹restriktiv einschränken›. […] Es ist] der auf einer vergleichsweise abstrakten Ebene argumentierenden Systemtheorie […] *nicht gelungen*, eine *für die Wettbewerbspolitik operable Liste von Verhaltensweisen, welche die Wettbewerbsfreiheit in unzulässiger Weise einschränken, zu formulieren*».[33]

Unmittelbar nach dem Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes hat SCHLUEP (ehemaliger Präsident der Kartellkommission und Mitglied der Studienkommission, die den Vorentwurf zu diesem Erlass vorbereitet hat[34]) den Geist dieser Legislation gewandt eingefangen:

> «Das KG schützt den Wettbewerb nicht mehr indirekt unter dem Titel des Persönlichkeitsschutzes […], sondern direkt und unmittelbar. Der Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit […] wird] damit zu[r] *Reflexwirkung* […] der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs».[35]

[Seite 1032] Entsprechend darf Art. 7 nach Anweisung des Gesetzgebers *nicht* mithilfe von freiheitstheoretischem, namentlich persönlichkeitsrechtlichem Gedankengut konkretisiert werden.[36] Im schweizerischen Kartellrecht ist dieses Gedankengut aus mehreren wirtschaftsverfassungsrechtlichen, gesetzlichen und sachlichen Gründen, auf die anderswo (s. N 33) eingegangen wird, unzweckmässig und juristisch irrelevant.[37] Dieser Erkenntnis folgen zu Recht auch WEKO und Sekretariat. Diese Behörden definieren eine missbräuchliche Verhaltensweise nicht nach dem Kriterium, ob ein Unternehmen im Wettbewerb vom Marktbeherrscher individuell behindert wird;[38] sie stellen in dieser Hinsicht auf wettbewerbstheoretisch fundierte Erkenntnisse ab, die auf die Frage ausgerichtet sind, ob «[…] ein *Verdrängungseffekt* vorliegt, *welcher den wirksamen Wettbewerb einschränkt*».[39] Diese Form der rechtlichen *antitrust analysis* wird – die moderne Arbeitsteilung zwischen den Sozialwissenschaften umsetzend – von der Industrieökonomik (auch: Wettbewerbstheorie, *industrial organization* oder, seltener, *antitrust economics*) unterstützt, die in ihrer modernen Fassung auf der Einsicht gründet: *«A harm to a rival is not harm to competition»*.[40] Diese Differenzierung, die darauf hinweist, dass die Beeinträchtigung der individuellen Freiheit eines Konkurrenten *nicht zwangsläufig* eine (gesetzlich allein relevante) «volkswirtschaftlich und sozial schädliche» Wettbewerbsbeschränkung darstellt (Art. 1; s. N 103 ff., 129), ist für das Kartellrecht von kaum zu unterschätzender Bedeutung.[41] Sie stellt geradezu die Gelenkstelle von Art. 7 dar, dessen Anwendung eine *«theory of harm»* (auch *«Missbrauchsstandard»* genannt; s. N 147 ff.) voraussetzt, welche imstande ist, das Schädigungspotenzial der konkret zur Diskussion stehenden Missbrauchsvariante adäquat und exakt einzufangen.

7 Die Vokabeln *«harm to a rival»* und *«harm to competition»* bilden aus industrieökonomischer Perspektive unterschiedliche und verschiedenartige Massstäbe.[42] Die ihnen zugrundeliegende Differenz signalisiert, dass das Wettbewerbsbeschränkungsrecht im Allgemeinen und Art. 7 im Besonderen allein aufgrund eines **Denkens in Funktionen** (s. N 29 ff.) sachgerecht Anwendung finden können. In diesem Sinne ist im Schrifttum trefflich hervorgehoben worden: «[A] ntitrust law is designed to protect and facilitate the competitive process itself, and the only way to do that effectively is to *understand what* [Seite 1033] one is trying to *protect* or *facilitate*».[43] Beim Verstehen des Wettbewerbsprozesses kann allein die *Industrieökonomik* Sukkurs leisten; die Freiheitsphilosophie ist in der Praxis nicht weiterführend. Allerdings will «[e]ine essentialistische Argumentation auf der Grundlage des Freiheitsbegriffs»[44] die Notwendigkeit, dass der Kartellrechtsanwender über ein wettbewerbstheoretisches Wissen verfügt, partout nicht anerkennen. Diese Argumentation vertraut vorbehaltlos in die «unsichtbare Hand» ADAM SMITHens.[45] Deswegen blockiert sie von vornherein «[…] den Zugang zu industrieökonomischen Ansätzen»,[46] um nicht das von ihr selber – in Wahrheit aber ohne Grund – unterstellte Risiko einzugehen, die als «unfehlbar agierend» emporstilisierte *«invisible hand»* zu konterkarieren. Ist man hingegen willens, den Wettbewerb *gesellschaftlich verantwortet* zu schützen, ist aus Gründen, die in N 31 ff. behandelt werden, wissenschaftlich unabweislich, dass die Anwendung von Art. 7 auf Erkenntnisse der Industrieökonomik zu stützen ist.[47] BORKs berühmtes Menetekel hat diese Feststellung im wissenschaftlich *rational* geführten Diskurs fest verankert: «To abandon economic theory is to abandon the possibility of a rational antitrust law».[48] Die Erforschung der *patterns* des Wettbewerbsprozesses ist, wie in N 147 ff. erläutert wird, die unverzichtbare Hilfeleistung der Industrieökonomik an das Wirtschaftsrecht. Damit gerät allerdings die Crux der Anwendung kartellrechtlicher Normen und zumal des Art. 7 ins Blickfeld: die *Masse, Vielfalt* und *Diversität* der wettbewerbstheoretischen Modelle.[49] Es gibt keine allgemeingültige Wettbewerbstheorie *(«unifying ‹monoculture› of economics-based competition policy»)* und es kann eine solche auch gar nicht geben.[50] Denn Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (s. FN 144) ist ein evolutorisches Phänomen; er verändert seine Formen und Funktionen laufend[51] und kann selbst von der subtilsten und ausgeklügeltsten aller Theorien nicht ein für allemal eingefangen werden: «Contrary to physics, the environment of economic analysis changes over short period of times, i.e. the object of analysis endogenously produces changes in its working mechanism,

underlying patterns and performances».[52] Deshalb ist der Pluralismus von Wettbewerbstheorien[53] auch keine «Anomalie», sondern durch den Gegenstand der *antitrust economics* bedingt.[54]

8

[Seite 1034] Damit stellt sich die Frage: Wie ist mit diesem *Theorienpluralismus*[55] im Rahmen der Anwendung von Art. 7 umzugehen? Eine gesicherte Antwort auf diese Frage kann es nicht geben.[56] Freilich lassen sich aus dem festgestellten Theorienpluralismus zwei Folgerungen für die Rechtsanwendung ziehen: (1) In methodischer Hinsicht obliegt es den rechtsanwendenden Behörden (und nicht den Ökonomen, die beratende Funktion haben), in einem konkreten Fall die Wahl für ein wettbewerbstheoretisches Modell zu treffen.[57] Diese Wahl ist ein *Rechtsentscheid* und als solcher zu begründen und zu verantworten, denn das erkorene Modell kann notgedrungen nur eine Entscheidungsbasis und -hilfe und nicht die materiellrechtliche Entscheidung selbst sein. Damit wird der Vorrang der *Rule of law* (des Rechtsstaatlichkeitsprinzips) in der Form der pflichtgemäss ausgeübten Entscheidungskompetenz von Rechtsorganen, die im Einklang mit der von Verfassungs wegen geltenden Grundordnung gewählt sind, gewährleistet. (2) In praktischer Hinsicht ergibt sich daraus eine Pflicht der Behörden zur Wahl der angemessenen industrieökonomischen Entscheidungsbasis, die man als **«Resonanz-Pflicht»** bezeichnen könnte: Eine Wettbewerbspolitik muss für theoretische Alternativen stets offen sein.[58] Weil es keine ultimative Wettbewerbstheorie geben kann, muss die Rechtsanwendung stets responsiv für theoretische Innovationen bleiben.[59] Konkret: Die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte stehen unter einer fortwährenden Pflicht, den wirtschaftswissenschaftlichen «Markt der Ideen» zu beobachten.[60] Diese Pflicht bedeutet auch, dass eine konstante Praxis revidiert werden muss, wenn theoretische Durchbrüche dazu Anlass geben. Sie bedeutet ferner, dass im Rahmen von Art. 7 neue Auslegungshypothesen selbst dann in Erwägung zu ziehen sind, wenn die bisherige Praxis in der Vergangenheit eine gewisse Konstanz genossen hat (s. N 32).[61]

2. Entstehungsgeschichte

9

Die gesetzgeberische Regelung von ökonomischer «Macht» hat in der Schweiz eine **gequälte Geschichte**. Über den Grundsatz freilich, dass dieses Phänomen einer behördlichen Kontrolle zu unterstellen ist, bestand seit jeher Einigkeit.[62] Bereits die Preisbildungskommission hielt 1957 in diesem Sinne fest: «[D]er unternehmensindividuelle Einsatz des Markteinflusses und der Marktmacht zur Verbesserung der Ertragslage [ist] soweit zulässig […], als dadurch nicht die Möglichkeiten anderer, Wettbewerb zu treiben, eingeschränkt [Seite 1035] oder ausgeschaltet werden. Dies bedeutet, dass auch den einzelnen Unternehmungen alle auf eine Marktabschliessung abzielenden Massnahmen verwehrt wären».[63] Schwierigkeiten bereitete im Nachhinein die Umschreibung von machtgestützten Verhaltensweisen, die als unzulässig anzuschauen sind. Zurückzuführen waren diese Schwierigkeiten teilweise auf die Verrechtlichungstechnik, die in der Gesetzesnovelle von 1962 verwendet wurde, um marktmächtige Gebilde zu erfassen. Diese wurden vom Gesetz als «kartellähnliche Organisationen» bezeichnet (Art. 3 KG 62).[64] Unter diesem Begriff wurden Unternehmen subsumiert, die keine Kartelle sind, aber ähnliche oder gleiche Wirkungen entfalten.[65] Beschlossen wurde, keinen eigenständigen Missbrauchstatbestand zu schaffen, sondern in Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes von 1962 vorzusehen, dass die Bestimmungen über unzulässige Wettbewerbsvereinbarungen auf kartellähnliche Organisationen «sinngemäss anwendbar» sind.[66] Diese analoge Rechtsanwendung diente in dieser noch kartellfreundlichen Zeit vor allem dem Zweck, Wettbewerbsbeschränkungen, die als gerechtfertigt angesehen wurden, mühelos von der Unzulässigkeit auszunehmen.[67] Das Gesetz von 1985 änderte an dieser Analogieregel nichts.[68] Allerdings wurde eine Reihe von Präzisierungen vorgenommen:[69] Zunächst wurde in Art. 6 Abs. 1 KG 85 erwähnt, dass nicht bloss die Behinderung in der «Ausübung» des Wettbewerbs, sondern auch in seiner «Aufnahme» unzulässig ist. Sodann wurde die beispielhafte

Aufzählung von Wettbewerbsverstössen, die in Art. 4 Abs. 1 KG 62 enthalten war, in Art. 6 Abs. 2 KG 85 verselbstständigt, ohne dass es dadurch zu einer materiellen Neuerung kam.[70] Schliesslich wurde in Art. 6 Abs. 3 KG 85 stipuliert, dass neben der Diskriminierung auch die «gleichmässige» Behinderung von Dritten erfasst wird. Im Ergebnis blieb es also beim Prinzip der «sinngemässen Anwendbarkeit» und mithin beim Stand des Erlasses von 1962. Die Chance, einen eigenständigen Tatbestand des Missbrauchs von (qualifizierter) Marktmacht zu positivieren, war vertan.[71] Das klarste Zeugnis für die geringe Effektivität des «Analogie»-Prinzips, Wirtschaftsmacht zu kontrollieren, wird vom Umstand abgelegt, dass sich die damalige Kartellkommission gezwungen sah, mit mehreren Grossunternehmen, die eine marktbeherrschende Stellung innehatten, «Verhaltenscodices» auszuarbeiten.[72] In diesem Rahmen hatten die kleineren Unternehmen das Recht, sich an die Wettbewerbsbehörden oder an andere zuständige Instanzen (namentlich an die Gerichte) zu wenden, falls sich marktbeherrschende Unternehmen nicht an die Codices hielten.[73] Dieses System hat das Problem nicht gelöst. Es wurde mit dem Inkrafttreten des geltenden Rechts beendet.

Vor diesem Hintergrund vermag nicht zu erstaunen, dass der Ende 1992 eingesetzten Studienkommission zur **Totalrevision des Kartellgesetzes** der Auftrag erteilt wurde, «[f]ür marktmächtige Unternehmen … [den] Missbrauchstatbestand konkreter zu fassen, insbesondere durch eine beispielhafte Nennung von Praktiken, in denen sich der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung äussert».[74] Diese Kommission erarbeitete darauf gestützt den Art. 22 Abs. 1 VE, der folgenden Wortlaut hatte: «Verhaltensweisen [Seite 1036] marktmächtiger Unternehmen wirken sich schädlich aus, wenn solche Unternehmen durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Verbraucher benachteiligen».[75] Im Erläuternden Bericht wurde der Sinn dieser Bestimmung vor allem in der Verankerung des Prinzips erblickt, dass die Mittel, zu denen ein marktmächtiges Unternehmen greift, nur dann zulässig sind, wenn sie auch einem Unternehmen ohne Marktmacht offenstehen und im Rahmen des üblichen Leistungswettbewerbs zu rechtfertigen sind.[76] Ergänzt wurde Art. 22 Abs. 1 VE durch einen Beispielkatalog (Abs. 2), der den allgemeinen Missbrauchsbegriff illustrieren und durch verschiedene Qualifikationen (z.B. «unangemessen») klarstellen sollte, dass Marktmacht *per se*, d.h. ohne zusätzliche Elemente, noch nicht unzulässig sei.[77] E-Art. 7 übernahm im Wesentlichen die Vorlage des Vorentwurfs, wobei geringfügige Änderungen vorgenommen wurden. Zu erwähnen sind insbesondere die Modifikationen des Beispielkatalogs von Abs. 2 aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung. Ferner wurde der in verschiedenen Beispielen angeführte Vorbehalt des Fehlens objektiver Rechtfertigungsgründe weggelassen, weil dieser Vorbehalt bereits Teil des Missbrauchsbegriffs gemäss E-Art. 7 Abs. 1 bildete.[78] **10**

Im **Parlament** hat E-Art. 7 zu keiner Diskussion Anlass gegeben[79] und wurde einstimmig genehmigt.[80] Unterstrichen wurde lediglich, dass E-Art. 7 «neuesten in- und ausländischen Erfahrungen» entspreche[81] und dass die Aufzählung in dessen Abs. 2 mit «dem europäischen Recht, wie es sich seit Abschluss der Römer Verträge weiterentwickelt hat», übereinstimme,[82] was insbesondere seinen europakompatiblen Charakter unterstreiche. Dieses Votum ist *rechtsmethodologisch* von besonderer Bedeutung, wie in N 40 ff. näher dargetan wird.[83] **11**

3. Anwendungsbereich

a) Allgemeines

Der in Art. 7 Abs. 1 genannte Begriff des **«marktbeherrschenden Unternehmens»** wird nicht in dieser Bestimmung umschrieben. Das «Unternehmen» im kartellgesetzlichen Sinne wird in Art. 2 Abs. 1bis definiert, währenddem das Konzept der «Marktbeherrschung» Regelungsgegenstand von Art. 4 Abs. 2 bildet. Diese Begriffe werden in der Kommentierung von Art. 2 N 64 ff. und der Kommentierung **12**

von Art. 4 Abs. 2 N 400 ff. eingehend abgehandelt. Allerdings stellen die (erfüllten) Tatbestände dieser zwei Normen richtiger Auffassung nach wiederum Merkmale des Tatbestandes von Art. 7 dar (s. N 22–24).

Im Kontext der gesamten Rechtsordnung ist der Anwendungsbereich von Art. 7 in **intralegaler** und in **interlegaler** Hinsicht abzugrenzen: Eine (intralegale) Demarkation wird zunächst gegenüber den materiellrechtlichen Normen von Art. 5 und 9 (s. N 14 ff.) vorgenommen. Hernach wird die Bestimmung im Verhältnis zur Gesetzgebung über die verschiedenen **sektoriellen Regulierungen** abgegrenzt (s. N 19 ff.). **13**

[Seite 1037] *b) Intralegaler Anwendungsbereich*

Art. 5 und 7 sind **kumulativ anwendbar**.[84] Das jeweilige *Analyseraster* und die entsprechenden *Beurteilungskriterien* dieser Bestimmungen sind von ihrem Konzept her eigenständig angedacht und unabhängig voneinander anwendbar. Dementsprechend kann ein und derselbe Sachverhalt die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 und 7 *simultan* erfüllen.[85] Eine solche Konstellation liegt z.B. vor, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen an einer nach Art. 5 Abs. 1 unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt und die Beteiligung als solche zugleich eine missbräuchliche Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 darstellt.[86] Grundsätzlich kann sich sowohl eine *unilaterale* (d.h. eine irgendwelchen Tatbestand von Art. 7 erfüllende) als auch eine *bilaterale* Verhaltensweise des Marktbeherrschers (im Sinne einer Beteiligung desselben an einer Abrede) als missbräuchlich erweisen.[87] Dasselbe gilt, wenn eine Abrede zugleich die Merkmale einer *kollektiven* Marktbeherrschung erfüllt (s. N 162).[88] **14**

Sowohl unzulässige *Abreden* nach Art. 5 Abs. 1 als auch *missbräuchliche Verhaltensweisen* eines marktbeherrschenden Unternehmens i.S.v. Art. 7 kennen von Gesetzes wegen oder auf richterrechtlicher Grundlage eine *Rechtfertigungsmöglichkeit*: Im erstgenannten Fall ist diese Rechtfertigung in Art. 5 Abs. 2 vorgesehen, der die Schaffung wirtschaftlicher Effizienz voraussetzt. Im zweitgenannten Fall nehmen Lehre und Praxis – aufgrund einer Lückenfüllung i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB *(modo legislatoris) – einmütig* an, dass eine missbräuchliche Verhaltensweise dadurch salviert wird, dass eine *legitimate business reason* nachgewiesen wird (obwohl dieses Merkmal in Art. 7 nicht ausdrücklich erwähnt wird; s. N 170 ff.). Diese Rechtfertigungsordnung wirft in Fällen, wo Art. 5 Abs. 1 und Art. 7 kumulativ anwendbar sind, die Frage des wechselseitigen Verhältnisses von Art. 5 Abs. 2 und der Lehre von den *legitimate business reasons* auf. Sowohl in der Schweiz als auch in der Union gilt das Prinzip, dass diese **Rechtfertigungsgründe nicht «übers Kreuz»** angerufen werden können:[89] (1) Liegt ein Grund der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 vor, erstreckt sich dessen rechtfertigende Wirkung nicht auf die missbräuchliche Verhaltensweise des Marktbeherrschers; diese bleibt in der vorliegenden Fallkonstellation unzulässig. (2) Gleich verhält es sich in der «umgekehrten» Richtung: Eine *legitimate business reason* i.S.v. Art. 7 vermag die unzulässige Abrede nicht zu rechtfertigen.[90] Abschliessend ist hervorzuheben, dass dieses Prinzip auch im [Seite 1038] Falle der Einschlägigkeit einer *Bekanntmachung* für die vorliegend diskutierten Fallkonstellation gilt: Steht eine Wettbewerbsabrede, an welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt ist und diese Beteiligung das Merkmal des Missbrauchs erfüllt, mit den «klärenden Aussagen über Regelfälle» einer Bekanntmachung i.S.v. Art. 6 im Einklang, strahlt dieser Rechtfertigungsgrund nicht auf das missbräuchliche Verhalten des beteiligten Marktbeherrschers aus; dieses Verhalten verstösst weiterhin gegen Art. 7.[91] **15**

Aus der Perspektive der Praxis besteht die hauptsächliche Schwierigkeit dieser Parallelanwendung von Art. 5 und 7 darin, dass der **fallrelevante Sachverhalt** nicht gleichzeitig für den Tatbestand der Abrede und für denjenigen der missbräuchlichen Verhaltensweise des Marktbeherrschers erstellt werden *darf*.[92] Die Fakten müssen jeweils gesondert für den Abrede- und den Missbrauchstatbestand erhoben werden. **16**

In dieser Hinsicht muss festgestellt werden, dass die Wettbewerbsbehörden die rechtstatsächliche Entscheidgrundlage nicht stets mit der gesetzlich geforderten Sorgfalt anlegen.[93]

17 Demgegenüber gelangt die **Zusammenschlusskontrolle** (Art. 9 f.) wegen ihrer präventiven Ausrichtung nie gleichzeitig mit Art. 7 zur Anwendung. Ein Berührungspunkt könnte allenfalls im Rahmen der Lehre vom Strukturmissbrauch bestehen. Allerdings ist diese Lehre im schweizerischen Recht aus noch näher zu schildernden Gründen wirtschaftsrechtlich nicht tragfähig und abzulehnen (s. N 89 ff.).

c) Interlegaler Anwendungsbereich

18 Klärungsbedürftig ist zunächst einmal das Verhältnis von Art. 7 zum **Preisüberwachungsgesetz** (PüG; SR 942.20). Der Kern des Problems liegt in Art. 2 PüG, der den «persönlichen Geltungsbereich [*recte*: den *sachlichen Anwendungsbereich*[94]]» des Gesetzes auf «marktmächtige Unternehmen» ausdehnt, sodass seine Bestimmungen auf die preisrelevanten Verhaltensweisen solcher Akteure anwendbar sind. Weil die Begriffe des Preisüberwachungsgesetzes in Konformität mit denjenigen des Kartellgesetzes auszulegen sind,[95] drohen insofern Kollisionen mit Art. 7, als diese Vorschrift auch preisbezo [Seite 1039] gene Praktiken von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung (z.B. Art. 7 Abs. 2 lit. b, c und d; s. N 273 ff., 279, 280, 283 ff., 304, 306, 308, 351 ff., 417 ff.) erfasst. Zwei Kollisionsnormen sind der Lösung dieses Problems gewidmet: Art. 16 PüG und Art. 3 Abs. 3 KG. Während diese Bestimmung den Verfahren der WEKO Vorrang vor denjenigen des Preisüberwachers einräumt (es sei denn, die WEKO und der Preisüberwacher hätten gemeinsam eine gegenteilige Regelung getroffen[96]), sieht jene Norm in ihrem zweiten Absatz vor, dass dem Preisüberwacher die Überprüfung der Missbräuchlichkeit von Preisen marktmächtiger Unternehmen vorbehalten bleibt.[97] Diese Regeln sind insofern keine Musterbeispiele bedachter Gesetzgebung, als Art. 16 Abs. 2 PüG die Anordnung von Art. 3 Abs. 3 auf den ersten Blick zu widersprechen scheint.[98] Eine Abgrenzung kann nur gelingen, wenn man die Funktion der Preisüberwachung in Betracht zieht. Diese bezweckt keineswegs den Schutz von wirksamem Wettbewerb, sondern stellt Preisregulierung *in forma specifica* dar, also Korrektur der preisrelevanten Marktergebnisse, die einen wahrscheinlich gesollten, aber eben zwangsläufig verfälschten Wettbewerb zeitigt.[99] SCHLUEP hat diese Tatsache in die Worte gefasst, dass das Kartellgesetz ein kausaltherapeutisches Ordnungsprogramm verfolgt, während das Preisüberwachungsgesetz eine **Symptomtherapie** administriert, der in einer Wettbewerbswirtschaft offensichtlich die Systemkonformität abgeht.[100] Die Wettbewerbsbehörden und der Preisüberwacher betrachten denselben Sachverhalt unter jeweils unterschiedlichem Blickwinkel: Während WEKO und Sekretariat suprakompetitives Preisverhalten eines Marktbeherrschers auf die Thematik hin untersucht, ob damit eine Wettbewerbsverfälschung bewirkt wird, geht es dem Preisüberwacher ausschliesslich um die Frage, ob dieser Sachverhalt einen Preismissbrauch i.S.v. Art. 12 PüG darstellt.[101] Überschneidungen sind deshalb – theoretisch – auf der Tatbestandsebene nicht ausgeschlossen, was Art. 16 Abs. 1 PüG bestätigen soll.[102] Möglich sind demgegenüber Kollisionen auf der Ebene der Rechtsfolgen. Ihrer Auflösung dient grundsätzlich Art. 16 Abs. 2 PüG, welcher der WEKO verwehrt, den symptomtherapeutischen Anordnungen des Preisüberwachers durch eigene Verfügungen zu widersprechen.[103] Dadurch wird insgesamt versucht, eine harmonisierte Anwendung von Kartell- und Preisüberwachungsgesetz zu erreichen. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass sich die jeweiligen Wirkungsmöglichkeiten beider Behörden sehr unterschiedlich ausnehmen.[104] Um in dieser Hinsicht die Transparenz der Rechtslage zu fördern, hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Entscheid *Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion* gehaltvolle Leitlinien zur Verfügung gestellt:

> «Bei Preisausbeutungssachverhalten genügt für eine Intervention des Preisüberwachers zwar schon die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb (Art. 12 PüG […]), sofern nicht die in Art. 15 PüG vorbehaltene bundesrechtliche Preisüberwachung greift. Dies könnte […] nur bei einem *hängigen* Interkonnektionsverfahren der Fall sein, was die Zuständigkeit des Preisüberwachers ausschliessen und ihm lediglich ein Empfehlungsrecht einräumen würde (Art. 15 Abs. 2bis f. PüG). Diese differenzierte Sicht steht mit der Praxis des Bundesgerichts im Einklang, wonach Interkonnektionssachverhalte unter Beachtung des Kartell-, Wettbewerbs- *und* Preisüberwachungsrechts in den gesamten Kontext der Wirtschaftsordnung gestellt werden müssen (vgl. Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001 E. 6c, wonach die Interkonnektionspflicht als **[Seite 1040]** besondere sektorielle Regelung ergänzend zu der übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt […]). […] Indes stehen dem Preisüberwacher – wegen der tiefen Eingriffsschwelle – im Unterschied zur Vorinstanz [sc. die WEKO] *keinerlei Sanktionskompetenzen* zu, um ‹Preisausbeutungen› als solche *nachträglich* zu bestrafen […]. Strafbestimmungen sind nach Art. 23 Abs. 1 PüG nur vorgesehen, wenn (a.) eine verfügte Preissenkung nicht vorgenommen wird, (b.) trotz Untersagung ein Preis erhöht wird oder (c.) einvernehmlich geregelte Preise überschritten werden […]. Im Unterschied dazu ist die Wettbewerbskommission gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG (i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. c KG) ermächtigt, Preisausbeutungen mit Verwaltungssanktionen zu belegen. Diese einschneidende Sanktionsbefugnis erklärt auch, weshalb der Kartellgesetzgeber für die Vorinstanz [sc. die WEKO] eine bedeutend höhere Eingriffsschwelle festgelegt hat, die mit den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG […] die *Sanktionswürdigkeit* des inkriminierten Verhaltens widerspiegeln soll […]».[105]

Mit dieser vom Bundesverwaltungsgericht entwickelte Auslegeordnung dürfte zumindest in der Praxis eine der Rechtssicherheit förderliche Direktive gegeben sein.

19 Der Anwendungsbereich von Art. 7 bedarf sodann der Abgrenzung von Erlassen der sektoriellen Regulierung:[106] Im Verhältnis zum **Fernmeldegesetz** (FMG; SR 784.10) legt die Wettbewerbsverfassungsfunktion des Kartellgesetzes[107] an sich nahe, dass sich die Anwendbarkeit von Art. 7 nach Massgabe von Art. 3 Abs. 1 richtet.[108] Das Bundesgericht hat – noch unter altem Recht – in diesem Zusammenhang allerdings eine abweichende Meinung vertreten. Entschieden hat es, dass die fernmelderechtliche Interkonnektionsregel von Art. 11 aFMG keine «vorbehaltene Vorschrift» i.S.v. Art. 3 Abs. 1 darstellt. Fernmelderecht und Wettbewerbsrecht seien parallel anwendbar.[109] Im Falle von Interkonnektionsstreitigkeiten sei Art. 7 nur dann einschlägig, wenn eine Klage i.S.v. Art. 11 Abs. 1 aFMG ausbleibe.[110] Bei Rechtshängigkeit einer solchen Klage geniesse die Kommunikationskommission nach dem sog. «Verhandlungsprimat» gegenüber den Wettbewerbsbehörden einen Kompetenzvorrang.[111] Allerdings hat das Bundesgericht versucht, die Zuständigkeitsbereiche der beiden Behörden unter Berücksichtigung der **[Seite 1041]** jeweiligen Funktionen von Kartell- und Fernmeldegesetz adäquater aufeinander abzustimmen. Ausgegangen ist es von der Einsicht, dass bei «der Anwendung des Kartellrechts […] die besondere sektorielle Regelung des Fernmeldegesetzes nicht unbeachtet bleiben [kann]».[112] Diese Erlasse seien nicht streng zu trennen. Zwischen ihnen, so die Höchstinstanz, bestehe vielmehr ein enger Konnex, was impliziere, dass sie sich gegenseitig beeinflussten: «Sinn macht daher nur eine Auslegung, die auch zu einem einheitlichen, in sich geschlossenen Gesamtsystem führt. Aus dem gleichen Grund, um eine Koordination von Wettbewerbs- und Telekommunikationsrecht sicherzustellen, sieht Art. 11 Abs. 3 aFMG die Konsultation der Wettbewerbskommission für die Beurteilung der Marktbeherrschung vor».[113] Die Richter von Mon-Repos haben es grundsätzlich bei dieser generalklauselartigen Formel bewenden lassen, allerdings noch eine bedeutsame Präzisierung vorgenommen: Der in casu einschlägige Art. 7 Abs. 2 lit. c, der tatbestandsmässig (nebst der Marktbeherrschung) eine «Erzwingung» unangemessener Preise bzw. Geschäftsbedingungen voraussetzt, könne nicht zur Anwendung kommen, da mit dem Interkonnektionsregime von Art. 11 aFMG stets eine Ausweichmöglichkeit für die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen konkurrierenden Fernmeldediensteanbieterinnen bestehe.[114] Nach der «Gemeinsame[n] Empfehlung

der WEKO, der Kommunikationskommission und der Preisüberwachung zur erleichterten Überprüfung der Interkonnektions- und Zugangspreise von marktbeherrschenden Telekommunikationsunternehmen»[115] gilt, dass sich die Rechtslage mit dem neue Art. 11 und 11a FMG nicht verändert hat.[116]

20 Auf den Märkten für die Veranstaltung, die Aufbereitung, die Übertragung und den Empfang von Radio- und Fernsehprogrammen stellt sich die Frage, welche Rolle Art. 7 im Zusammenhang mit der Medienkonzentration zu spielen hat. Das **Bundesgesetz über Radio und Fernsehen** (RTVG; SR 784.40) sieht in Art. 75 Abs. 1 RTVG vor, dass das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation gegen einen Programmveranstalter oder gegen eine andere im Radio- und Fernsehmarkt tätige Unternehmung Massnahmen ergreifen kann, falls dieser oder diese durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung die Meinungs- und Angebotsvielfalt gefährdet. Allerdings schliesst das eine (beschränkte) Parallelkompetenz der WEKO nicht aus. Eine Untersuchung nach Art. 7 ist insofern möglich, als es um jene Aspekte geht, welche den wirtschaftlichen Wettbewerb betreffen.[117] In diesem Zusammenhang wurde in der Botschaft zum RTVG präzisiert: «Massgebend [sc. für eine Untersuchung nach Kartellgesetz] sind rein ökonomische Kriterien wie etwa eine marktbeherrschende Stellung, die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs sowie Wettbewerbsverbesserungen auf Alternativmärkten, nicht jedoch medienpolitische Aspekte. Die Auswirkungen einer Marktveränderung auf den Meinungspluralismus, auf die Meinungsbildung des Publikums oder auf die Breite des kulturellen Angebots sind im kartellrechtlichen Verfahren nicht zu be
[Seite 1042] rücksichtigen».[118] Die Auswirkungen von Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens auf die medienpolitische Lage sind somit dem Zugriff von Art. 7 entzogen. In dieser Hinsicht bleibt die WEKO auf eine Berücksichtigung rein wettbewerblicher Effekte begrenzt.[119]

21 Nach der Ablehnung des Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG; BBl 1999, 7370 ff.) am 22.9.2002 durch das Volk fehlten sektorielle Regulierungs- und Wettbewerbsregeln, die auf Stromversorgungsmärkte anwendbar sind. Das Bundesgericht hatte in BGE 129 II 497 auf Art. 7 Rückgriff genommen, um ein Recht auf Netzzugang durch Dritte zu begründen.[120] Diese Lösung wies eine Reihe von Nachteilen auf: Notwendigkeit einer behördlichen bzw. gerichtlichen Durchsetzung des Zugangsrechts; fehlende Regelung von Konsumentenanliegen, wie namentlich die Versorgungssicherheit; unklare Regulierungskompetenz der Kantone usw.[121] Das **Bundesgesetz über die Stromversorgung** vom 23.3.2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7) ist in Reaktion u.a. auf diese Defizite am 1.1.2008 in Kraft getreten.[122] Art. 13 StromVG sieht einen Rechtsanspruch auf Netzzugang vor, der «die Freiheit natürlicher und juristischer Personen [sichert], von einem Lieferanten freier Wahl Elektrizität zu beziehen oder Elektrizität in ein Netz einzuspeisen».[123] Diese Netzzugangs-, Netznutzungs- und Netznutzungsentgeltsregelung ist spezialgesetzlicher Natur (sog. *Regulated Third Party Access*), die u.a. die Anwendung von Art. 7 ausschliesst.[124] Zuständig ist hier ausschliesslich die Elektrizitätskommission. In den übrigen Bereichen der Stromversorgungsmärkte bleibt demgegenüber diese Bestimmung vollumfänglich anwendbar. Die WEKO kann in diesem Bereich ohne weiteres auf der Grundlage von Art. 7 gegen marktbeherrschende Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vorgehen.[125]

4. Tatbestand

a) Merkmale

22 Art. 7 Abs. 1 ist als *Generalklausel* ausgestaltet und definiert deshalb *keinen* Tatbestand im Sinne der Rechtsmethodik, sondern beschränkt sich darauf, einen *konkretisierungsbedürftigen Rechtsgedanken* zu benennen (s. N 63).[126] Aus einer Gesamtbetrachtung der Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2, der Praxis der Wettbewerbsbehörden sowie der Rechtsprechung zum qualifizierten Marktmachtmissbrauch folgt aber unmissverständlich,[127] dass sich der fragliche

Tatbestand *abstrakt*, d.h. ohne dass schon eine spezifische Missbrauchsvariante (samt ihrem Missbrauchsstandard, d.h. die Missbrauchsmerkmale des Tatbestands dieser Variante; s. N 147 ff.) ins Auge gefasst wird (wie z.B. eine Geschäftsverweigerung [Art. 7 Abs. 2 lit. a; s. N 181 ff.] oder eine Preisunterbietung [Art. 7 Abs. 2 [Seite 1043] lit. d; s. N 417 ff.]), aus **vier konstitutiven Merkmalen** zusammensetzt. Das *dritte* und das *vierte* dieser Merkmale bilden das eigentliche *Regelungsobjekt* von Art. 7 (das *erste* und das *zweite* stellen Regelungsgegenstand von Art. 2 Abs. 1 und 1[bis] sowie von Art. 4 Abs. 2 dar, die sozusagen im Verhältnis zu Art. 7 «vor die Klammer» gesetzt sind; s. N 23 und 24). In der Marktwirklichkeit können die erstgenannten zwei Merkmale unterschiedliche Formen annehmen und sich auf ganz verschiedenartige Tatsachen beziehen. Ihre *Abstraktheit* verlieren sie also erst – oder anders gewendet: ihre *konkrete Form* erlangen sie nur –, wenn sie mit den fallrelevanten Fakten, also mit dem zu beurteilenden Sachverhalt in Verbindung gebracht werden.[128] Welche konkrete Gestalt diese Merkmale je nach der in Frage stehenden Missbrauchsvariante annehmen, wird im Rahmen der Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. a–f (s. N 181 ff., 268 ff., 351 ff., 417 ff., 624 ff., 675 ff.) behandelt. Aus der noch abstrakten Perspektive, die vorliegend eingenommen wird, lassen sich die erwähnten vier Merkmale folgendermassen kennzeichnen:

(1) Das *erste* Tatbestandsmerkmal verlangt das Vorliegen eines **«Unternehmens»** i.S. v. Art. 2 Abs. 1 und 1[bis] (*«entreprise»*; *«imprese»*; *«undertaking»*) im zu beurteilenden Sachverhalt (sodass das Gesetz *sachlich* anwendbar ist[129]).[130] Vorausgesetzt wird *kumulativ*, dass der *räumliche* Anwendungsbereich des Gesetzes i.S.v. Art. 2 Abs. 2 eröffnet ist.[131] **23**

(2) Das *zweite* Merkmal besteht darin, dass eines dieser Unternehmen einen gegebenen *Markt* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 *beherrscht* (**«Marktbeherrschung»**; *«position dominante sur le marché»*; *«imprese che dominano il mercato»*; *«dominance»*).[132] Analytisch ist in dieser Hinsicht ein zweistufiges Untersuchungsverfahren durchzuführen: In einem ersten Schritt ist der relevante Markt abzugrenzen, der alsdann auf die Frage hin zu prüfen ist, ob das betreffende Unternehmen darauf eine beherrschende Stellung innehat,[133] wobei (meist) unerheblich ist, ob die Marktbeherrschung angebots- oder nachfrageseitig ist.[134] Alternativ zu untersuchen ist, ob eine solche Stellung von mehreren Unternehmen gemeinsam gehalten wird, d. h. ob zwischen diesen eine oligopolistische Interdependenz besteht (die gemäss Praxis eine sog. *kollektive* Marktbeherrschung darstellt).[135] **24**

(3) Erst die Erfüllung dieser Tatbestandsmerkmale setzt den Grund, um die Frage abzuklären, ob das fragliche Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung **missbraucht** hat (*drittes* Tatbestandsmerkmal; s N 61 ff.). Wie in N 69 ff. eingehend dargetan wird, muss dieses Verhalten die Kriterien einer Missbrauchsvariante erfüllen, welche entweder im Katalog von Art. 7 Abs. 2 erwähnt wird bzw. (nach Rechtsprechung des Bundesgerichts) einem unter Art. 7 Abs. 1 richterrechtlich geschaffenen Tatbestand entspricht. **25**

(4) Um nachzuweisen, dass diese Verhaltensweise tatsächlich *wettbewerbswidrig* i.S.v. Art. 1 ist (s. N 134 ff.), und ihre Untersagung nicht zugleich dazu führt, dass das Anreizsystem des Marktes geschwächt wird (s. N 157 ff.), muss schliesslich – als *viertes* Tatbestandsmerkmal – ein **Kausalzusammenhang** zwischen dem **Missbrauch** und **dessen Auswirkungen** auf den relevanten oder einen verbundenen Markt dargetan werden. **26**

[Seite 1044] Explizit sieht Art. 7 Abs. 1 keine Möglichkeit der **Rechtfertigung** missbräuchlicher Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen vor (im Gegensatz zum Recht der Wettbewerbsabreden in Art. 5 Abs. 2). Indessen anerkennen Lehre und Praxis *einmütig*, dass eine solche Möglichkeit gesetzlich gewährt wird (s. N 170 ff.). Man spricht in dieser Hinsicht meistens von sog. *legitimate business reasons*, die, dogmatisch betrachtet, dem Missbrauchsbegriff *immanent* sind. In der Praxis werden allerdings Missbrauch und Rechtfertigung in einem zweistufigen Verfahren, d.h. *nacheinander* geprüft (sog. *duales Prüfraster*; s. N 100 ff.). **27**

[136] Deshalb wird in der Folge die Frage der *legitimate business reasons* aus darstellungstechnischen Gründen in einem selbständigen Abschnitt behandelt.

Das **dritte** und **vierte Tatbestandsmerkmal** bilden **Regelungsobjekt von Art.** 7 und stellen somit Gegenstand der nachstehenden Ausführungen dar (s. N 61 ff. und 170 ff.). Hinzu gesellt sich alsdann als weiteres Regelungsobjekt dieser Bestimmung das **Rechtfertigungskriterium** der *legitimitate business reasons*, das aus den in N 27 angegebenen Gründen in einer eigenständigen Darstellung zu behandeln ist.[137] **28**

b) Funktionalisierung der Missbrauchskontrolle

Bevor die erwähnten Tatbestandsmerkmale im Einzelnen erörtert werden, ist kurz auf eine besondere *methodische* Facette des (materiellen) Kartellrechts, und mithin auch insbesondere des Art. 7, einzugehen. Dieser rechtsmethodische Gesichtspunkt wird heute in der Doktrin – im Gegensatz zu den letzten zwei Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts – vernachlässigt.[138] In der Praxis stehen die Dinge hingegen besser: Der wirtschaftsrechtliche Funktionalismus bildet stets noch – über fünfzig Jahre nach den ersten einschlägigen Studien [Seite 1045] von SCHLUEP und, später, den Beiträgen von dessen Schülern[139] – ein gleichsam traditionelles Methodenelement im Denken der Wettbewerbsbehörden,[140] selbst wenn festgestellt werden muss, dass die Kartellrechtsgerichte den hier fraglichen Ansatz nicht immer mit der sich gebietenden Folgerichtigkeit beachten.[141] Anzuknüpfen ist an die Tatsache, dass diese Bestimmung als Bestandteil des Kartellgesetzes der Kategorie des *«Wirtschaftsrechts»* angehört.[142] Wirtschaftsrecht zeichnet sich durch die Eigentümlichkeit aus, dass es ein Denken in *Funktionen* (und nicht, wie im traditionellen Zivil- und öffentlichen Recht, lediglich in *Formen*) verlangt.[143] Der Sinn einer wirtschaftsrechtlichen Norm ist mit der Rechtsmethodik der positivrechtlichen Schuljurisprudenz nicht immer sachgerecht zu erschliessen.[144] Notwendig ist in diesem Zusammenhang der Rekurs auf [Seite 1046] die sog. **wirtschaftsrechtlich-funktionale Methode**.[145] Diese geht – wie jede juristische Methode – vom Gesetz aus, erlaubt aber – anders als der schuljurisprudenzielle Ansatz – die Bezugnahme auf die *realen* Funktionsbedingungen des kartellgesetzlichen Schutzgegenstandes, d.h. des Wettbewerbs (vor allem nach Massgabe der Lehren der modernen Industrieökonomik.[146] M.a.W. wird mithilfe von dieser Methode die Berücksichtigung ausserrechtlicher Tatsachen (wie zumal die *patterns* des Wettbewerbs) oder extrajuristischer Sinnzusammenhänge (wie etwa die *industrial organization* als Theorieelement der Ökonomik) möglich (s. N 31 ff.). Die tradierten Methodologien des Privat- und Verwaltungsrechts vermögen dies nur mit Mühe zu leisten, gründen diese doch in aller Strenge auf dem überlebten Axiom der Unüberbrückbarkeit von Sein und Sollen.[147] **29**

Im Wettbewerbsrecht wird das Phänomen «Markt» rechtsmethodisch dadurch erschliessbar, dass ergründet wird, welchen Beitrag die Anwendung einer kartellgesetzlichen Vorschrift erbringen muss, um die Funktionsfähigkeit des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ordnungsmodells – im Konkreten also: die Wirtschaftsordnung der Marktwirtschaft bzw. das *«System des Wettbewerbs»*[148] (das sich rechtlich zumal auf den Kernbestimmungen von Art. 27, 94 und 96 Abs. 1 BV stützt) – zu gewährleisten.[149] Dieser **Funktionalismus**[150] verlangt im Kartellgesetz namentlich – wie dies der Bundesrat in der Botschaft von 1994 ausführlich erläutert [151] und die Räte in selten überwiegender Mehrheit beschlossen haben[152] –, dass sich der Rechtsanwender von der Ökonomik aufklären lässt.[153] Faktum ist, dass sich die Praxis zu Art. 7 seit Jahren – und dies in der Sache zu Recht – zunehmend *«ökonomisiert»*. Obwohl an der Notwendigkeit eines Beizugs der Industrieökonomik bei der Anwendung dieser Bestimmung in der herrschenden Lehre keine Zweifel mehr bestehen[154] – und vor allem, wie noch darzutun ist (s. N 32): obwohl eine gesetzliche Pflicht des Rechtsanwenders im Kartellrecht besteht, auf ökonomische Theorien zurückzugreifen – ist diese Tendenz nicht unproblematisch. Auf die in dieser Hinsicht bestehenden Schwierigkeiten ist jetzt näher einzugehen. **30**

[Seite 1047] *c) Ökonomisierung der Missbrauchskontrolle*

aa) Allgemeines

«Ökonomisierung des Kartellgesetzes» bedeutet konkret eine sachgerechte **Integration der Industrieökonomik in die kartellrechtliche Methodik** der Fallentscheidung.[155] Das massgebliche Argument für die Notwendigkeit einer Verschleifung von Wettbewerbsrecht und Wirtschaftswissenschaft besteht darin, dass nur Letztere die Kompetenz besitzt, die Analyse des Marktverhaltens von Unternehmen zu fundieren,[156] was eine bedeutsame Konsequenz für die Anwendung des Kartellgesetzes hat: Allein die laufende Berücksichtigung des industrieökonomischen Erkenntnisstandes vermag letztlich die *Kohärenz* der behördlichen und gerichtlichen Wettbewerbsrechtspraxis *auf Dauer* zu stellen: «The power of economics is its ability to provide visions of the world – i.e., theories – that have the ability to explain behavior – i.e., facts. Both theory and fact are crucial. Theory without fact has an untested quality that many abhor, particularly lawyers who consider themselves steeped in everyday reality; *fact without theory has an ad hoc cast, making* […] *all cases individual and unconnected to each other*».[157] **31**

Eben deshalb stellt sich die Frage: *Entscheidet letztlich Recht oder Ökonomik*?[158] Man wird diese Frage freilich nicht ins Extreme treiben dürfen. HOVENKAMP hat in diesem Zusammenhang realistisch bemerkt: «Law shaped economic thinking about problems of industrial organization at least as often as economic industrial organization theory inspired law. Even though they spoke different languages, economists and lawyers derived their ideas from each other».[159] Dennoch darf die Problematik nicht einfach auf dem Boden dieses vernünftigen Pragmatismus *ad acta* gelegt und ignoriert werden, dass zwischen den Anforderungen, welche die *Rule of law* an die rechtsanwendenden und -sprechenden Staatsorganen stellt, und der Unerlässlichkeit, sich unter Anleitung der Industrieökonomik nach dem Kartellgesetz zu richten, eine nicht zu leugnenden Spannungslage besteht.[160] Um ein spezifisches Problem von Art. 7 handelt es sich dabei freilich nicht: Diese Bestimmung ist (wie auch Art. 102 AEUV) als Generalklausel (s. N 63) angelegt und weist darum notgedrungen (als «Kommunikationskanal» zwischen Faktizität und juristischer Normativität[161]) einen in der Zeit *fluktuierenden* und *evolvierenden* Gehalt auf, der nur kontextuell und immer wieder aufs Neue fixiert werden kann. Dieser Umstand rührt daher, dass der Wettbewerb nicht bloss ein Verfahren der Entdeckung neuer wirtschaftlicher Opportunitäten ist, sondern auch ein solches der Entdeckung neuer *institutioneller Arrangements* durch Unternehmen.[162] Die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte stehen deshalb unter dem Gebot, die Entwicklung der Industrieökonomik, die solche institutionelle Entdeckungen in der Marktwirtschaft registriert und erforscht, fortwährend im Auge zu behalten und in ihrer Arbeit mitzuberücksichtigen (sog. Resonanz [Seite 1048] pflicht; s. N 8).[163] Deshalb ist die Frage unausweichlich: Wie können die staatlichen Rechts- und Verfahrensgarantien in ökonomisch entworfene Tests der Missbräuchlichkeit von machtunterlegten Verhaltensweisen «eingebracht» werden, ohne dass die Funktionalität dieser Tests beeinträchtigt wird?[164] **32**

bb) Rechtsstaatlichkeitsproblematik I: *Rule of Law*

Um das soeben geschilderte *Rule of Law*-Problem zu erkunden, ist es sachdienlich, mit der Analyse der vom Bundesgericht im *Gaba*-Urteil[165] vorgetragenen Erwägungen über den Stellenwert der Industrieökonomik im Kartellrecht zu beginnen. Mit Blick auf Art. 5 Abs. 4 hat die Höchstinstanz festgehalten, «[…] dass die Auslegung dieser Bestimmung autonom, d.h. ohne Bindung an eine bestimmte ökonomische Auffassung zu erfolgen hat».[166] Der Satz ist insofern zwiespältig, als die Implikationen der darin benutzten Vokabel *«autonom»* nicht restlos klar sind.[167] Sollte mit dieser gemeint sein, dass keine mate [Seite 1049] rielle Bestimmung des Kartellgesetzes vom Gesetzgeber nach dem Modell einer *spezifischen* ökonomischen Theorie (z.B. nach dem systemtheoretischen Ansatz SCHMIDTCHENs[168] oder etwa nach der *antitrust-* **33**

Lehre neoklassisch-preistheoretischer Prägung von POSNER[169]) entworfen worden ist, die es bei der Interpretation *zwingend* zu berücksichtigen gälte, so ist dieser Aussage beizupflichten. Diese ginge dann mit dem gesetzgeberischen Willen konform, der eine derartige Bindung einer Norm an einen konkreten industrieökonomischen Ansatz als Behinderung der Möglichkeit, neue wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse im Rahmen der Anwendung des Kartellgesetzes zu berücksichtigen, abgelehnt hat;[170] eine derartige Blockade stände, so hat sich der Gesetzgeber zur Frage weiter geäussert, im Widerspruch zum Umstand, dass er die von ihm erlassenen Regeln als «ausreichend flexibel» entwarf, «[…] um *geeignete* [sc. neue wettbewerbstheoretische] *Beurteilungsmuster* aufnehmen zu können».[171] Wäre hingegen die Verwendung des Wortes «autonom» durch das Bundesgericht als Ausschluss der Benutzung industrieökonomischen Wissens im Prozess der Anwendung des Kartellgesetzes überhaupt gemeint, so würde diese Auffassung entstehungsgeschichtliche und wirtschaftsrechtliche (d.h.: von der Sache «Marktwirtschaft» bedingte) Bedenken erwecken. Denn alsdann hätte die Höchstinstanz übersehen, dass der Gesetzgeber mit dem wettbewerbspolitischen Leitbild des «wirksamen Wettbewerbs»[172] vor allem eine adäquate Einverleibung der Wirtschaftswissenschaften in die Praxis dieses Erlasses beabsichtigte. So wird in der Botschaft 1994 ohne jegliche Zweideutigkeit ausgeführt: «Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs, wie es modernen wettbewerbstheoretischen Erkenntnissen entspricht und dem Gesetzesentwurf als Leitbild dient, stellt […] einen ausgeprägt geschmeidigen Massstab dar […]. Methodisch kann dieser flexible Massstab als *Anweisung an den Rechtsanwender* verstanden werden, bei der Beurteilung konkreter Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen der durch das Gesetz vorgezeichneten Grenzen jeweils die *geeignetsten markt- und wettbewerbstheoretischen Beurteilungsmuster* heranzuziehen».[173] Ersichtlich gilt somit eine vom Gesetzgeber angeordnete **Rechtspflicht** der **Wettbewerbsbehörden** und der **Gerichte**, bei der **Anwendung des Kartellgesetzes** die **Industrieökonomik**, sofern im geschilderten Sinne passend, **beizuziehen**.[174] Wegen der [Seite 1050] notierten Ambivalenz der erwähnten bundesgerichtlichen Aussage im *Gaba*-Urteil ist unsicher, ob diese im Einklang mit dem gesetzgeberischen Willen steht. Was auch immer die Bundesrichter der zweiten öffentlich-rechtlichen Kammer mit dieser Aussage beabsichtigten, es dürfte immerhin eines klar sein: Weil der Rechtsanwender von Gesetzes wegen *verpflichtet* ist, bei der Rechtsfindung im Kartellrecht auf aktuelle, geeignete, vom Gesetz nicht ausgeschlossene ökonomische Theorien zurückzugreifen, steht die Option nicht zur Verfügung, auf diesen Rückgriff schlicht und einfach zu verzichten. Solches liefe auf eine Rechtsverweigerung der zuständigen Behörden bzw. Gerichte hinaus. Damit ist zugleich gesagt, dass man um die Frage einer Kompatibilisierung der Verwendung wettbewerbstheoretischer Lehren mit der *Rule of Law* nicht herumkommen wird. Deshalb sind auf rechtlicher Ebene notwendig *Leitlinien* zu entwickeln, um die Vereinbarkeit von Kartellrecht und Ökonomik in ihrer rechtsstaatlichen Dimension sicherzustellen.

cc) Rechtsstaatlichkeitsproblematik II: «Entschärfungsstrategien/-leitlinien»

34 Es muss also eine Antwort auf die Frage gegeben werden können, wie die *Rechtsstaatlichkeit* **juristischer Standards** (s. N 110 ff.) im Prozess deren Gewinnung aus industrieökonomischen Erkenntnissen gewährleistet werden kann, ohne dass der *sachliche* Gehalt dieser Erkenntnisse im Laufe dieses Prozesses entstellt oder verzerrt wird.[175] *In abstracto* dürfte diese Antwort äusserst schwierig zu finden sein. Auf der Grundlage des gegenwärtigen Wissensstandes lassen sich aber immerhin vier «Strategien» oder «Leitlinien» artikulieren, die bis zu einem gewissen Grade – Vollkommenheit wird mit Blick auf die vorliegende Problematik zurzeit wohl kaum erreichbar sein – das *Rule of Law*-Problem bei einer von der *antitrust economics* unterstützten Handhabung des Missbrauchsbegriffs von Art. 7 zu *entschärfen* erlauben. Stichwortartig lassen sich diese Strategien/Leitlinien als Gebote der *Gesetzesverträglichkeit*, der *Standardfragmentierung*, der *Kompatibilisierung* und der *kasuistischen Fundierung* kennzeichnen:

(1) HEINEMANN hat mit Blick auf den in N 33 wiedergegebenen Passus aus den Erwägungen des Bundesgerichts im *Gaba*-Urteil bemerkt: «Das Gericht *lehnt nicht* die Berücksichtigung *wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse* im Rahmen der Kartellrechtsanwendung ab, sondern macht die *Grenzen* eines solchen Rückgriffs deutlich. *Ökonomische Theorien*, die mit Grundannahmen des Kartellgesetzes *nicht vereinbar sind,* [Seite 1051] *scheiden für die Zwecke der Rechtsanwendung aus*».[176] Sollte diese Aussage vom Gericht so, wie sie HEINEMANN auffasst, gemeint sein (s. N 33), so verdienen die Überlegungen dieses Autors volle Zustimmung. Sie stellt eine erste Strategie auf, welche bei der Selektion von wettbewerbstheoretischen Erkenntnissen im Rahmen der Anwendung von Art. 7 – als eine Art **Triage-Instrument** für die Scheidung von kartellrechtlich adäquaten und inadäquaten industrieökonomischen Theorien – der *Rule of Law* zu entsprechen erlaubt. Ökonomische Theorien, die dem Gesetzgeberwillen widersprechen, dürfen bei der Rechtsfindung nicht berücksichtigt werden.[177] HEINEMANN hat das von ihm vorgeschlagene Prinzip an verschiedenen Beispielen veranschaulicht: Im Hinblick auf Art. 7 Abs. 2 lit. a (s. N 181 ff.) dürften seiner Ansicht nach wirtschaftswissenschaftliche Lehren, die z.B. eine Kontrahierungspflicht ausschliessen würden und auf die Erosion von marktbeherrschenden Stellungen über die Zeit setzten, in der Rechtsanwendung keine Beachtung erfahren;[178] dem pflichten wir bei. Ebenso zutreffend hat er vorgetragen: «Wegen Art. 7 Abs. 2 lit. c KG sind [sc. industrieökonomische] Ansätze zu eliminieren, die dem Marktbeherrscher die Monopolrente belassen möchten und hierin lediglich einen Anreiz für Marktzutritte in der Zukunft sehen. Dasselbe gilt wegen Art. 7 Abs. 2 lit. d KG für Theorien, die Preisunterbietungen in Verdrängungsabsicht für ungefährlich halten».[179] **35**

(2) Die Betrachtung des allgemeinen Prüfungsrahmens, den die Europäische Kommission in der Prioritätenmitteilung erarbeitet hat,[180] deckt die Grenzen eines «generellen» bzw. allgemeingültigen Missbrauchsstandards (s. N 113, 147 ff.) auf. Ein solcher verlangte – falls überhaupt konzipierbar, was fraglich ist – eine hochgradig abstrakte Ökonomisierung der Missbrauchsanalyse im Rahmen der Anwendung von Art. 7. Eine derartige Abstraktheit schaffte für Unternehmen eine fraglos unzumutbare Unberechenbarkeit hinsichtlich der von ihnen zu leistenden Selbsteinschätzung ihrer Verhaltensweisen. Ein *«one-size-fits-all abusive behavior»*-Standard wäre im Hinblick auf die Rechtssicherheit stark defizitär und liesse sich aus diesem Grund mit der *Rule of Law* nicht vereinbaren.[181] Der Missbrauchsstandard von Art. 7 muss deshalb in **verschiedene, inhaltlich divergierende – weil auf spezifische missbräuchliche Verhaltensweisen zugeschnittene – Missbrauchsstandards** aufgespalten (aufgegliedert, fragmentiert) werden, in Tests also, die jeweils die idiosynkratischen wettbewerblichen Gefahren der einzelnen Missbrauchstypen (z.B. der Geschäftsverweigerung, der Diskriminierung, des *predatory pricing* usw.) anzugeben vermögen. Das bedeutet im Einzelnen, dass die Praxis zu Art. 7 *verschiedene* ökonomisch fundierte Standards entwickeln muss, die zur Beurteilung der *einzelnen Missbrauchsformen* sachadäquat ausgestaltet sind.[182] **36**

(3) Das Spannungsverhältnis zwischen den jeweiligen Spezifitäten von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft verlangt sodann, dass die Integration der Industrieökonomik in die *Rule of Law* durch eine **Reihe von Bedingungen legitimiert** werden muss, welchen die bei der Anwendung der Missbrauchskontrolle eingesetzten «Standards» (s. N 98 ff.) gerecht werden müssen. Aus rechtsstaatlicher Perspektive drängen sich (zumindest[183]) fol [Seite 1052] gende drei einschlägige Leitsätze auf: Bei der Rechtsfindung muss Sorge dafür getragen werden, dass (a) der jeweilige Anwendungsbereich dieser «Standards» tunlichst *fest umrissen* ist,[184] dass (b) die ökonomischen Kriterien dieser Standards *möglichst robust* sind,[185] und dass (c) die *Marktdaten*, die bei der Verwendung dieser Standards benötigt werden, derart zugänglich sind, dass die Unternehmen *im Regelfall darüber verfügen* bzw. sich diese Daten *unter zumutbaren Bedingungen* beschaffen können.[186] Nur auf diese Weise können die Unternehmen die Zulässigkeit ihres Verhaltens selber einschätzen. Ein derartiges Rechtssicherheitsniveau muss im Rahmen der Anwendung von Art. 7 **37**

gewährleistet werden können, soll dessen Praxis den einschlägigen Rechts- und Verfahrensgarantien der Rechtsstaatlichkeit gerecht werden.

38 (4) Schliesslich ist *de iure* erforderlich, dass diese Standards ein **Fundament im *case law*** haben.[187] Denn die Entwicklung dieser Standards stellt *modo legislatoris* gebildetes Richterrecht i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB dar. Ferner: Von Vorteil wäre – ohne dass dies juristisch obligatorisch wäre, da die Doktrin nach Art. 1 Abs. 3 ZGB keine Rechtsquelle, sondern ein Hilfsmittel des Rechtsanwenders ist[188] –, dass die einschlägigen Entscheidungen und Urteile eine gewisse Zustimmung im Schrifttum finden. Damit ist selbstredend nicht gesagt – schon der Gesetzgeberwille, der eine laufende Beachtung neuer Erkenntnisse der Industrieökonomik verlangt (s. N 33), spricht klar dagegen –, dass auf die Berücksichtigung *neuer Standards*, welche Ökonomen im Laufe der Zeit erarbeiten, verzichtet werden soll. Allerdings sollte nach Möglichkeit versucht werden, dass solche innovatorische Instrumente *anschlussfähig* an die bestehende Praxis und Rechtsprechung sind, sodass sie für die Unternehmen nicht einen radikalen Bruch mit bestehenden Erwartungen bedeuten. Praxisänderungen dürfen aber selbstverständlich nicht blockiert werden und sind unter den anerkannten Voraussetzungen allemal zulässig.[189] Demselben Zweck förderlich wären *restatements* der Wettbewerbsbehörden über beabsichtigte Einführungen neuer Standards oder die Vorankündigungen von Rechtsprechungsänderungen durch klare *obiter dicta* in Gerichtsurteilen.

39 Beachten die Behörden und Gerichte bei der Rechtsfindung unter Art. 7 diese Leitlinien, wird zwar nicht *sicher*gestellt, dass der Einsatz der Industrieökonomik im Rahmen von Art. 7 stets den rechtsstaatlichen Anforderungen an die Rechtssicherheit entspricht; die Möglichkeit, dass eine solche Lage geschaffen wird, die den Unternehmen im Hinblick auf die Rechtsanwendung **hinreichende Vorhersehbarkeit** gibt, wird je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles aber immerhin gefördert. Die Unternehmen können dann zumindest mit mittlerer Absehbarkeit unterstellen, dass für sie berechenbar ist, über welchen kartellrechtlichen Handlungsspielraum sie im Wettbewerb verfügen. Diesem Ziel dient indirekt auch der Umstand, dass es keineswegs Zweck der Missbrauchsregel von Art. 7 ist – und es muss den Wettbewerbsbehörden in ihrer Praxis und den Gerichten in ihrer Rechtsprechung auch nicht darum gehen –, alle Imperfektionen des Marktes zu beseitigen. In diesem Sinne hat der Bundesrat im Rahmen der Revision von 1995 zu Recht unterstrichen: «Namentlich sind temporäre Monopole auf Grund über [Seite 1053] legener Leistungen, aber auch durch andere Faktoren bedingte Ungleichgewichte wettbewerblichen Marktprozessen durchaus eigen».[190]

d) Eurokompatibilisierung der Missbrauchskontrolle

aa) Genealogie der eurokompatiblen Interpretationsmethode

40 Die Frage, ob und ggf. in welchem Ausmass die Wettbewerbsregeln des primären und sekundären Unionsrechts für die Interpretation von Art. 7 relevant sind, ist seit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes 1994 vor allem von einem ambivalent gebliebenen Diskurs geprägt. Wie im Schrifttum richtig bemerkt wurde, darf sich eine Erforschung dieser Frage nicht nur auf den Beizug der Materialien der Revisionen von 1994 und 2001 beschränken; sie muss ebenfalls deren Vorgeschichte, namentlich die «Swisslex»-Botschaft 1993, die die Revision der Gesetzesnovelle von 1986 ankündigte,[191] und den bundesrätlichen Integrationsbericht des Jahres 1988,[192] berücksichtigen.[193] Die Begrenzung auf die bundesrätlichen Ausführungen in den Botschaften 1994 und 2001 hätte zur Folge, dass sich ohne die Konsultation dieser weiteren Materialen ein noch obskureres Bild von der **Rechtsmethodik der Eurokompatibilität** ergäbe, als dies ohnehin schon der Fall.[194] Allerdings bleiben die Materialen auch dann mehrdeutig, wenn man sie in ihrer relevanten Gesamtheit betrachtet. *Restlose Klarheit vermitteln sie nicht*.

41

In der Botschaft 1994 hat der Bundesrat betont, dass die Totalrevision des Gesetzes zwar «[…] **nicht primär einen europapolitischen Hintergrund**» hat;[195] die «Verbesserung der Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandortes Schweiz»[196] verlange aber eine Beachtung der «Berührungspunkte der schweizerischen Volkswirtschaft mit den Volkswirtschaften der Mitgliedstaaten der Europäischen Union».[197] Deshalb sei denn auch eine *«Anlehnung»*[198] des neuen Kartellgesetzes an das «[…] Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union» in der Sache angebracht, um

> «Schweizer Unternehmen mit Tätigkeitsfeld in der Europäischen Union […] eine gewisse Gewähr […] zu bieten], dass die *schweizerischen* und die *europäischen Massstäbe* bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht in einem *grundsätzlich widersprüchlichen* Verhältnis zueinander […] stünden]».[199]

An zwei Stellen in der Botschaft 1994 wird anstatt des Wortes «Anlehnung» der – semantisch gewichtigere – Begriff der *«Übernahme»* europäischer Normen verwendet.[200] Um diese Ausführungen in einem stimmigen gesetzgeberischen Sinn einzuordnen, ist es zweckdienlich, in Betracht zu ziehen, dass der Integrationsbericht 1988 bereits eine *europapolitische Zielvorgabe* von reflektierter Tragweite definierte: «Unser Ziel muss sein, in Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung […] eine *grösstmögliche Vereinbarkeit unserer Rechtsvorschriften mit denjenigen unserer europäischen Partner* zu sichern».[201] Bestätigt wird diese deklarierte Zielrichtung in der «Swisslex»-Botschaft 1993: «Die [Seite 1054] Realisierung eines solchen Reformprogrammes [sc. der Revitalisierung der Schweizer Wirtschaft] hat – wenn immer möglich – eurokompatibel zu erfolgen und damit zur Erhaltung der Europafähigkeit unseres Landes beizutragen».[202] Aus diesen Passagen geht hervor – wie STURNY klug anmerkt –, dass die Botschaft 1994, wenn sie darauf hinweist, die Gesetzesrevision habe keinen primären «europapolitischen Hintergrund»,[203] dahingehend zu verstehen ist, dass zwar *kein automatischer* Nachvollzug des Unionsrechts, aber jedenfalls die *Verhinderung* «*ungewollte[r]* oder *unnötige[r] Rechtsunterschiede* zwischen dem schweizerischen und dem europäischen Recht» bezweckt wird.[204]

Für die vorliegende Kommentierung von Art. 7 ist die Bemerkung des Bundesrats bedeutsam, die «[…] bestandenen Vorgaben des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union» seien zumal «[…] bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung» berücksichtigt worden.[205] Zugleich hebt der Bundesrat hervor – ersichtlich mit einem gewissen rhetorischen Nachdruck in der Wortwahl –, dass die **42**

> «[…] Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union […] für die Ausgestaltung der schweizerischen Wettbewerbsordnung allerdings dort ihre Grenze [findet], wo aufgrund der **Unterschiede** […] **im System (die schweizerische Wirtschaftsverfassung lässt keine Verbotsgesetzgebung zu) spezifische Lösungen angezeigt sind**».[206]

Die Diskussion in den Räten hat den Ausführungen des Bundesrates wenig Gehaltvolles beigefügt. Im Ständerat hielt StR SIMMEN (als Berichterstatterin) fest, dass «[d]ie Aufzählung [sc. der Beispiele unzulässiger Verhaltensweise in den lit. a–f] […] dem europäischen Recht [entspricht], wie es sich seit Abschluss der Römer Verträge weiterentwickelt hat».[207] Die Revision von 2001, die zumal direkte Sanktionen zur Ahndung von besonders schädlichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen einführte, hat an dieser Rechtslage nichts verändert: In der Botschaft 2001 wird bemerkt, dass die *Europakompatibilität* des Schweizer Kartellrechts

> «[…] durch die Vorlage nicht unmittelbar berührt [wird]. Immerhin sind in der Rechtsordnung der EU für Wettbewerbsverstösse ebenfalls unmittelbare Sanktionen vorgesehen. Insofern nähert sich durch die Revision das ‹Schutzniveau› der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung demjenigen der EU an. Vor dem Hintergrund bestehender Unterschiede in der konzeptionellen Ausrichtung *(Verbots- statt Missbrauchsprinzip in der EU)* lassen sich die einzelnen Elemente der Vorlage aber nur schlecht mit entsprechenden Instituten im europäischen Kontext vergleichen. […]. Gesamthaft gesehen korrespondiert das schweizerische Wettbewerbsrecht jedenfalls gut mit dem Wettbewerbsrecht […] der EU».[208]

Zweierlei lässt sich aus dieser Skizze des Verständnisses vom **Verhältnis zwischen schweizerischem und europäischem Wettbewerbsrecht**, das während den Revisionen von 1994 und 2001 vorherrschte, ableiten: **43**

(1) Mit dem Einzug des europäischen Wettbewerbsrechts in das schweizerische Kernwirtschaftsrecht ist das **Gebot einer industrieökonomischen Fundierung** der materiel [Seite 1055] len Normen des Kartellgesetzes von 1994 unabweislich geworden.[209] Wie die Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. a–f (s. N 181 ff., 268 ff., 351 ff., 417 ff., 624 ff., 675 ff.) offenbar werden lässt, ist Art. 102 AEUV in einer langjährigen europäischen Kommissionspraxis und Rechtsprechung zu einem verhältnismässig hohen Grad *«ökonomisiert»* (s. N 31 ff.) worden. Deshalb verlangt der Gesichtspunkt der *Kohärenz*, dass die Integration der Industrieökonomik in die schweizerische Kartellrechtsanwendung *gleichmässig* zu derjenigen erfolgt, die in den letzten Jahrzehnten in der Union stattgefunden hat.[210] Ansonsten würde eines der Ziele der Revision von 1994 verfehlt, nämlich dasjenige der Gewährleistung von Massstäben, die sich nicht grundsätzlich widersprechen, wenn Wettbewerbsbeschränkungen von Schweizer Unternehmen hierzulande und im europäischen Binnenmarkt beurteilt werden.[211] Zugleich zeugt dieser Umstand auch von einem gesetzgeberischen Willen, die *persönlichkeitsrechtlichen* und *freiheitsökonomischen* Restanzen des ersten Gesetzes von 1962 im zweiten von 1986 gänzlich aus dem totalrevidierten Erlass *auszumerzen*.[212] **44**

(2) Aus der wiederholten Betonung in der Botschaft 1994, dass die Totalrevision auf dem *verfassungsrechtlichen Missbrauchsprinzip* fusst,[213] ergibt sich sodann, dass dieses eine *nicht hintergehbare Grenze* für die Anwendung kartellrechtlicher Normen zieht (merke: auch wenn heute der Aussagegehalt des Prinzips geringer als in den 1990er Jahre ist [s. N 142], gilt fraglos, dass ohne demokratische Revision der Kern eines Verfassungsgrundsatzes – wie eben das Missbrauchsprinzip – mit unbiegsamer Härte versehen ist).[214] Aus diesem 1994 mehrmals ausdrücklich bekräftigten Prinzip folgt insbesondere, dass das geltende Kartellgesetz nicht durch eine einfachgesetzliche Revision auf das Verbotsprinzip «umgepolt» werden kann. Das Gegenteil behauptet ein jüngst von HEINEMANN vorgetragener, bislang in der Doktrin noch nicht besprochener und in N 141 ff. erstmals näher gewürdigter Ansatz.[215] Dieser Auffassung darf als *dem Schweizer Recht fremdes* [Seite 1056] Produkt keineswegs gefolgt werden. Denn: Des Missbrauchsprinzips Funktion als verfassungsrechtlicher Sockel der geltenden Kartellgesetzgebung wurde in der Botschaft 2001 nicht ohne gute Gründe bekräftigt, die unter anderem in der Wahrung der *bewährten Tradition des eidgenössischen Wirtschafts(verfassungs)rechts* besteht.[216] Daher bleibt die Gesetzesnovelle von 1994 bis heute in die **Zielbestimmung des richtig verstandenen Kartellartikels** – als jener Verfassungsnorm, die das Missbrauchsprinzip verankert – **eingebunden**.[217] **45**

Über diese zwei Punkte hinaus sieht man sich zur Feststellung genötigt, dass die Implikationen des autonomen Nachvollzugs europäischen Wettbewerbsrechts bei der Entstehung des geltenden Kartellgesetzes vage blieben. Im Vordergrund steht die Frage, mit welchen **methodischen Regeln** der (gesetzgeberisch *nicht durchweg gleichmässig gewollten*) Eurokompatibilität der materiellen Normen des Kartellgesetzes Rechnung zu tragen ist.[218] Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat in dieser Hinsicht die Erkenntnislage viel deutlicher und konsequenter vorangebracht, als dies im Schrifttum bisweilen angenommen wird. Seit Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes war sich die Höchstinstanz des hier fraglichen Methodenproblems zwar bewusst,[219] vermochte es hie und da am Rande zuweilen anzusprechen,[220] konnte aber während geraumer Zeit (wohl mangels geeigneter Fälle) nicht zur Beantwortung der fundamentalen Methodenfragen schreiten, die mit der Eurokompatibilität einhergehen. Die lange erhoffte Gelegenheit bot sich dann im *Mobilfunk*-Entscheid vom 11.4.2011.[221] **46**

bb) *Mobilfunk*-Urteil: Grundlegung einer eurokompatiblen Interpretationsmethode

In diesem Urteil hat das Bundesgericht eigentlich einen **Basisrahmen für eine europarechtskonforme Methode** erstellt, die spezifisch auf Art. 7 zugeschnitten ist, was in der Doktrin zum ersten Mal auch eine Diskussion von Bedeutung über diesen Topos auslöste (s. N 377). Im Mittelpunkt des Entscheids stand Art. 7 Abs. 2 lit. c, wonach die Erzwingung unangemessener Preise oder Geschäftsbedingungen als missbräuchlich gilt. Im Streit lag die Frage, wie die Vokabel *«Erzwingung»* im Wortlaut dieses Gesetzesartikels zu interpretieren ist. Während derselbe Begriff in Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes *kein Merkmal des Tatbestands* dieser Norm bildet und insofern letztlich von untergeordneter Bedeutung ist,[222] entschied das Bundesgericht [Seite 1057] im gegenteiligen Sinne. Nämlich dahingehend, dass das Moment des «Erzwingens» in lit. c eine *«eigenständige Bedeutung»*[223] hat und folglich ein *konstitutives Tatbestandsmerkmal von lit. c* darstellt. Damit lehnte das Gericht eine eurokompatible Lösung ab, was seinen Grund vor allem in der anders als in der Union gestalteten schweizerischen (sektoriellen) Telekomregulierung hat (*ex post*- anstatt *ex ante*-Regulierung).[224] Eine vertiefte Auseinandersetzung mit BGE 137 II 199 findet in N 47 ff. und N 377 ff. statt, sodass vorliegend lediglich die in Verbindung mit der Eurokompatibilitätsfrage stehende Dimension der Urteilserwägungen behandelt wird. Die Richter von Mon-Repos hielten dafür, dass im Fall, da die von den behaupteten unangemessenen Preisen i.S.v. lit. c betroffenen Unternehmen die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit haben, *ex post* eine regulatorische Preisüberprüfung durch die ComCom zu verlangen, auf die Einleitung eines solchen Kontrollverfahrens aber freiwillig verzichten (s. N 19),[225] von einer «Erzwingung» nicht die Rede sein kann (s. N 18) und dementsprechend eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu verneinen ist.[226] Dagegen ist nicht das Geringste einzuwenden. Um dies darzutun, sind die Überlegungen zu analysieren, die das Bundesgericht angestellt hat, um die Rechtsfrage, die im *Mobilfunk*-Urteil zu beantworten war, aus der Perspektive ihres unklaren Europarechtsbezugs zu beleuchten. Diese Instanz hat in ihren Erwägungen einen *in sich kohärenten Ansatz* geschaffen, der das *Fundament* einer Rechtsmethodik der Eurokompatibilität von Art. 7 legt. **47**

Die Tatsache, dass es keine gemeinsame Missbrauchskontrolle der Schweiz und der Union gibt, veranlasste das Bundesgericht, die Normen des Kartellgesetzes in zwei Kate [Seite 1058] gorien einzuteilen:[227] In solche, die vom europäischen Recht *«unabhängig»* sind, und in solche, die als *«autonom nachvollzogenes EU-Recht»* anzuschauen sind und dem Unionsrecht *«inhaltlich entsprechen»*.[228] Aus dieser Unterscheidung leitete die Höchstinstanz **drei rechtsmethodische Regeln** ab:[229] (1) Während die Bestimmungen der ersten Kategorie *«autonom»* nach dem nunmehr in konstanter Praxis befolgten pragmatischen Methodenpluralismus[230] zu interpretieren seien, (2) dränge sich mit Blick auf Regeln der zweiten Kategorie «[e]ine Koordination bzw. der Beizug des europäischen Rechts als Auslegungshilfe» auf.[231] In dieser zweiten Konstellation sei das Kartellgesetz somit «[…] europarechtskonform auszulegen», weil es darum gehe, «[…] eine parallele Regelung [sc. zum Unionsrecht] zu schaffen».[232] (3) Allerdings verstand das Gericht diese zweite methodologische Richtschnur nicht in einem *absoluten* Sinne, sondern brachte einen *Vorbehalt* an, der die Kategorie der an das europäische Wettbewerbsrecht «angelehnten» Kartellgesetzbestimmungen betrifft. So meinten die Richter von Mon-Repos: **48**

> «Der schweizerische Gesetzgeber […] lehnte […] sich bei der Formulierung der Missbrauchstatbestände an das EU-Recht an (vgl. BBl 1995 I 531 und 632 f.; AMSTUTZ/CARRON, a. a.O., N. 25 zu Art. 7 KG). Insbesondere verwendete er sogar denselben Begriff des ‹Erzwingens›, wie er heute auch in Art. 102 Abs. 2 lit. a der Konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 (AEUV; ABl. C 115 vom 9. Mai 2008 S. 47 ff.; ehemaliger Art. 82 EGV) enthalten ist. Nach der bundesrätlichen Botschaft zum Kartellgesetz von 1994 unter Einschluss von Art. 7 KG in der heutigen Fassung wurden die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union aber lediglich insoweit

> berücksichtigt, als nicht *aus sachlichen Gründen* unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen (vgl. BBl 1995 I 471). Auch aus der gleichen Terminologie lässt sich mithin nicht ableiten, dass zwingend eine identische Regelung angestrebt war».[233]

Eine Mehrheit der Lehre hat diese Entscheidung kritisiert, worauf in N 377 vertieft eingegangen wird. Diese Kritik ist allerdings grundlos. Die drei methodischen Regeln des *Mobilfunk*-Urteils verdienen vielmehr *Zustimmung*. Und zwar nicht bloss, weil sie mit [Seite 1059] der Entstehungsgeschichte von Art. 7 im Einklang stehen,[234] sondern vor allem deshalb, weil sie, wie in N 381 ff. ausführlich gezeigt wird, in der praktischen Anwendung zu *Ergebnissen* führen, die mit dem *System des schweizerischen Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsfolgerechts* (s. N 131 ff.) *übereinstimmen*.[235] M.a.W. haben sie sich in der Praxis bewährt.[236]

[Seite 1060] cc) *Publigroupe*-Urteil: «Sachliche Gründe» für die Anwendungseinschränkung der eurokompatiblen Interpretationsmethode

aaa) Allgemeines

Neue Erkenntnisse im Hinblick auf die europarechtskonforme Auslegung des Art. 7 brachte das *Publigroupe*-Urteil vom 29.6.2012.[237] Ein Teil der Doktrin verstand dieses Urteil als eine Art «Korrektur» des *Mobilfunk*-Entscheides. Und zwar in dem Sinne, dass dieser Entscheid die bisherige bundesgerichtliche Praxis der eurokompatiblen Auslegung von Art. 7 nun endlich an den angeblich europarechtspolitisch weiterreichenden [Seite 1061] Gesetzgeberwillen angepasst habe.[238] Die drei Methodenregeln des Entscheids *Terminierungspreise im Mobilfunk* bedürfen indes, wie in N 148 f. nachgewiesen, keiner «Korrektur» welcher Art auch immer. Unsere Lektüre der einschlägigen richterlichen Erwägungen hält besagte Kritik für verfehlt und begreift beide Urteile dahingehend, dass sie zueinander in einem Verhältnis der **dogmatischen Komplementarität** stehen. Im Einzelnen begründen wir diese unsere Position wie folgt: **49**

Im *Publigroupe*-Entscheid war die Frage zu beantworten, «[…] ob der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG genügend bestimmt ist, damit dieser Grundlage für Sanktionen bilden kann».[239] In diesem Zusammenhang nahm das Bundesgericht Rückgriff auf das hier diskutierte Argument der Eurokompatibilität: **50**

> «Da das schweizerische Kartellgesetz sich stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 471, 494, insb. 531 [‹Parallelen bestehen beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung›]), *ist auch die Praxis zu Art. 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union* (AEUV; ABl. C 115/47 vom 9. Mai 2008; vgl. dazu statt aller PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, in: Europäisches Unionsrecht […], a.a.O., passim zu Art. 102 AEUV; vormals Art. 82 EGV) *zu berücksichtigen* (vgl. jetzt MONIQUE STURNY, Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, 2012, S. 107 ff., 113 ff. i.V.m. 112, 124 FN 90 und S. 127; siehe auch AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 198 zu Art. 7 KG; CLERC, a.a.O., N. 64 zu Art. 7 KG ; KÖCHLI/REICH, in: Kartellgesetz, 2007, N. 32 zu Art. 4 KG; dazu auch MARC AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht, Zur richtlinienkonformen Auslegung und ihren Folgen für den autonomen Nachvollzug des Gemeinschaftsprivatrechts in der Schweiz, in: Das schweizerische Privatrecht im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 2004, S. 105 ff.; ROBERTO DALLAFIOR, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1996, 2. Lieferung 1997, N. 96 zu Art. 7 KG). *Diesbezüglich lassen sich bereits Erkenntnisse über den Normsinn und damit auch Rechtssicherheit* (vgl. STURNY, a.a. O., S. 124, 125) *gewinnen*. Wie bereits ausgeführt hat der EGMR die Tragweite des Begriffs der Vorhersehbarkeit in grossem Mass von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung abhängig gemacht».[240]

51

[Seite 1062] Der *direkte* Bezugspunkt dieser höchstrichterlichen Überlegungen ist zwar die Rüge der Beschwerdeführer, Art. 7 Abs. 2 lit. b sei als Grundlage von Sanktionen nach Massgabe des *nulla poena*-Grundsatzes (Art. 1 StGB) nicht hinlänglich bestimmt, was an dieser Stelle thematisch unerheblich ist und deshalb nicht weiterverfolgt wird.[241] Allerdings – und dies ist hier der relevante Punkt – haben diese Überlegungen *mittelbar* bedeutsame *Implikationen* für das Verständnis der Eurokompatibilität als methodischer Topos des Kartellgesetzes. Auf diese Implikationen wird freilich erst in N 53 ff. vertieft eingegangen. Vorerst muss der *grössere Kontext* der aus der *Publigroupe*-Entscheidung zitierten Passage definiert werden. Um dies zu tun, muss eine Auseinandersetzung mit der Frage stattfinden: Welche *Bezüge* stellt diese Passage zu den eurokompatibilitätsbezogenen Erwägungen des *Mobilfunk*-Urteils her? Auszugehen ist in dieser Hinsicht von der trefflichen Beobachtung STURNYs, dass sich bei der Anwendung autonom nachvollzogener Bestimmungen des Kartellgesetzes «[…] erhebliche Schwierigkeiten daraus [ergeben], dass in den Materialien zu den bisherigen KG-Revisionen *oft nicht explizit* zum Ausdruck kommt, *welche* Bestimmungen aus dem EU-Recht *übernommen* wurden und folglich eurokompatibel auszulegen sind und in *welchen* Bereichen bewusst vom EU-Recht *abgewichen* wurde».[242] In der Tat: Eine der von STURNY angesprochenen «erheblichen Schwierigkeiten» wird in folgendem Satz des *Mobilfunk*-Urteils greifbar: «Nach [… den Gesetzesmaterialien von 1994] wurden die Regelungsmuster des Wettbewerbsrechts [… der EU] insoweit berücksichtigt, als nicht *aus sachlichen Gründen* unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen […]».[243] Es muss als Erstes notiert werden, dass die Wendung, die das Bundesgericht in diesem Passus gewählt hat, zu suggerieren scheint, der Gesetzgeber habe derartige **«sachliche Gründe»** im Text des Kartellgesetzes bereits konkretisiert und positiv verankert. Just diese Frage hatte aber der *Mobilfunk*-Entscheid auf sich beruhen lassen. Es ist nur folgerichtig, dass die Höchstinstanz den Faden dieser offen gebliebenen Frage im Urteil *Publigroupe* wieder aufgegriffen hat. Die vom Gericht eingeschlagene Richtung gilt es nunmehr näher zu analysieren.

bbb) Eurokompatible Interpretationsmethode als Interlegalitätsinstitut

52 Als Erstes sei notiert: Worauf sich die vorliegend einschlägigen Urteilserwägungen im *Publigroupe*-Entscheid beziehen, ist der *interpretatorische Vorbehalt* der *Mobilfunk*-Entscheidung, d.h. die *dritte* darin aufgestellte methodische Regel (s. N 48). Indem das Bundesgericht im *Publigroupe*-Urteil ein Konzept der «sachlichen Gründe» erstellt, die eine Abweichung von einem europarechtskonformen Verständnis des Art. 7 verlangen, gibt es der dritten Methodenregel der *Mobilfunk*-Entscheidung einen konkreten Inhalt und zeigt zugleich auf, wie zu prüfen ist, ob ein derartiger Abweichungsgrund in einem bestimmten Sachverhalt vorliegt. Das methodische Vorgehen, das das Bundesgericht angedacht hat, zielt nicht auf ein «fixes», sondern auf ein **«bewegliches System»**,[244] welches erlaubt, der *parallelen Evolution in der Zeit* des schweizerischen und des europäischen Systems der Missbrauchskontrolle angemessen Rechnung zu tragen. Bevor indes auf diesen Fragenkreis eingegangen wird, sind ein paar klärende Bemerkungen zu den *rechtstheoretischen Grundlagen* dieses Vorgehens notwendig. Im Mittelpunkt der höchstrichterlichen Überlegungen steht zwar unausgesprochen, aber dennoch gemeinverständlich [Seite 1063] die Tatsache, dass der Entscheid des Gesetzgebers, das Wettbewerbsrecht der Union autonom nachzuvollziehen, auf die juristisch noch wenig durchdrungene Figur der *Interlegalität* abstellt.[245] Mit diesem Begriff wird das in der Globalisierung des Rechts zunehmend zu beobachtende rechtssoziologische Phänomen bezeichnet, «[…] dass Normsysteme unterschiedlicher Herkunft sich wechselseitig anregen, gegenseitig verbinden, ineinandergreifen und durchdringen, ohne zu einheitlichen Super-Ordnungen zu verschmelzen, die ihre Teile absorbieren, sondern in ihrem Nebeneinander dauerhaft bestehen bleiben».[246] FRANZEN hat in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahre 1999 die rechtsmethodische Problematik, die mit Interlegalität einhergeht, in heute noch gültiger Manier umschrieben: Diesem Autor zufolge liegt die Ursache dieser Problematik darin, dass «[…] die Auslegung des auf

einen konkreten Streitfall anzuwendenden Rechtstextes von einer Norm aus einem anderen Kontext zumindest mitbestimmt wird».[247] Das bricht ersichtlich mit dem in der Rechtstradition verwurzelten Prinzip der *lex superior*, d.h. mit dem «[…] Gedanken der Einheit bzw. des Stufenbaus der Rechtsordnung», aus welchem die «[…] allgemein[e] methodisch[e] Regel [fliesst], wonach unter mehreren möglichen Auslegungsvarianten einer mehrdeutigen Norm diejenigen Alternativen ausscheiden, bei welchen die Norm mit höherrangigem Recht kollidiert».[248] Hierin liegt der Grund des Problems, dass sich die im Prozess der Europäisierung des Schweizer Kartellrechts freigelassenen Autonomien mit dem klassischen Rechtsmodell der zentralisierten rechtsstaatlichen Herrschaftsfunktionen nicht bändigen lassen.[249] Aus diesem Befund wurde im Schrifttum gefolgert, dass es in dieser Hinsicht «[…] eine Methodenlehre [braucht], die sich einstellt auf *Pluralität* der Rechtsquellen, *Relativität* der Teilrechtssysteme, *Diversität* der Rechtsinhalte».[250] Eine solche Rechtsmethodik hat das Bundesgericht im *Publigroupe*-Urteil mit spezifischem Blick auf die Eurokompatibilitätsdimension von Art. 7 in den Grundzügen zu entwickeln begonnen. Es ist in *zwei* Schritten vorgegangen:

ccc) Rechtssicherheit als *telos* der eurokompatiblen Interpretationsmethode

Das **Prinzip** der anvisierten Methode umschreibt das Bundesgericht dahingehend, dass die Interpretation von Art. 7 Abs. 2 lit. b angesichts des autonomen Nachvollzugs europäischen Rechts im Kartellgesetz «die *Praxis zu Art. 102* [*AEUV* …] *berücksichtigen* » müsse. Ersichtlich legt diese Instanz mit dieser Überlegung letztlich die gesamte Erklä [Seite 1064] rungslast der Interlegalitätsproblematik (s. N 52) in die Vokabel «berücksichtigen» ab.[251] Um einen ersten Orientierungspunkt zum Umgang mit diesem zweideutigen Wort herauszuschälen – «berücksichtigen» gibt das Ausmass des «Berücksichtigens» bzw. den Umfang des zu «Berücksichtigenden» nicht an –, löst das Gericht zunächst die Frage, worin die *Teleologie* der europarechtskonformen Interpretation besteht. In dieser Hinsicht befindet es, dass die Bezugnahme auf die europäische Praxis und Rechtsprechung nicht bloss dem Erkennen des *«Normsinns»* von Art. 7, sondern – und dies wohl in erster Linie – dem Zweck dient, dass «*damit* [d. h. mit besagter Bezugnahme …] *Rechtssicherheit*»[252] im Rahmen der Anwendung von Art. 7 geschaffen wird. Der Wert der *Rechtssicherheit* – einer der Pfeiler der Rechtsstaatlichkeit[253] – rückt mit dem *Publigroupe*-Entscheid somit ins Zentrum des Topos der Eurokompatibilität. Hinter den bundesgerichtlichen Überlegungen steht ein in seiner Bedeutung kaum zu unterschätzender Gedanke, der erstmals in der Botschaft 1994 in Worte gefasst wurde. Darin hat der Bundesrat vorgetragen, dass **53**

> «[d]as Wettbewerbsrecht der Europäischen Union […] in den vergangenen dreissig Jahren durch Grundsatzentscheide der Europäischen Kommission und des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften […] *kontinuierlich weiterentwickelt* worden [ist]. Es weist heute einen *hohen Grad der Konkretisierung* […] auf».[254]

Mit den in diesem Zitat kursiv gesetzten Worten ist eine äusserst kompakt gehaltene Kette mehrerer, teils nur stichwortartig angedeuteter Argumente vorgebracht, die im Folgenden etwas entknotet werden soll:

Der Bundesrat muss bei der Artikulierung dieser zwei Sätze – vielleicht nicht ausschliesslich, aber zumindest: *auch* – den naheliegenden Umstand in Betracht gezogen haben, dass sich in der Union wegen des beträchtlichen Transaktionsvolumens im Binnenmarkt ungleich mehr Fälle von Missbrauch qualifizierter Marktmacht ereignen als hierzulande; als Konsequenz dieses Umstands hat sich in Europa zwangsläufig eine kasuistisch sowie dogmatisch **reichhaltigere Praxis** bzw. **Rechtsprechung** zu Art. 102 AEUV entwickelt, als dies in der Schweiz mit Blick auf Art. 7 der Fall ist.[255] Und diese Tatsache sollte – sofern sich jedenfalls die institutionellen Eckdaten der Union nicht verändern – inskünftig stabil bleiben. Der europäische Bestand an behördlichem und gerichtlichem Wissen über das Verbot des qualifizierten Marktmachtmissbrauchs nimmt sich – so wohl die Reflexion des Bundesrates weiter – als ein potentiell wirkmächtiges Instrument aus, um die **54**

Vorhersehbarkeit der Anwendung von Art. 7 durch einen *«institutionellen Anschluss»* dieses Gesetzesartikels an den europäischen Diskurs über Art. 102 [Seite 1065] AEUV zu *steigern*.[256] Dem bundesrätlichen Sinnieren über die europäischen Erfahrungen mit einem modernen, namentlich industrieökonomisch fundierten Wettbewerbsrecht wohnt zweifellos der Gedanke inne, dass das schweizerische Kartellrecht aus dem wettbewerbsrechtlichen Wissensreservoir der Union zu kaum nennenswerten Kosten einen erheblichen Profit schlagen könnte. Daraus ist die (heute stets noch aktuelle) Strategie hervorgegangen, das Schweizer Kartellrecht sozusagen *«produktiv-parasitär»* mit den europäischen Wettbewerbsregeln und deren «kontinuierlichen Weiterentwicklung»[257] zu verbinden. Um dieses Vorhaben in die Tat umzusetzen, hat sich eine eigentlich interlegale (s. N 52) Lösung aufgedrängt: Es wurden *Lernprozesse*, welche die kartellrechtliche Praxis- und Rechtsprechungsentwicklung in der Union zum Gegenstand und mittels aktiver Nutzung des daraus wachsenden Wissens die *Steigerung der Rechtssicherheit* im Bereich der materiellen Normen des Kartellgesetzes zum Ziel haben, in den Anwendungsvorgang von Art. 7 eingeflochten.[258] Der Mechanismus, um diese Lernprozesse in Gang zu bringen und zu halten, ist nun gerade das Institut der *eurokompatiblen Interpretation* (*in casu*: von Art. 7).

55 Das Bundesgericht hat diese Zusammenhänge ersichtlich in seine Überlegungen einfliessen lassen, wenn es im *Publigroupe*-Urteil über die **«Rechtssicherheitsgewinne»** referiert, die die Beachtung der Praxis zu Art. 102 AEUV im Rahmen der schweizerischen Missbrauchskontrolle zu erzielen erlaubt. Umso konsequenter ist es dann, dass diese Instanz im Rahmen ihrer Überlegungen der im *Mobilfunk*-Entscheid offen gelassenen Frage nachgegangen ist, aus welchen *«sachlichen Gründen»* eine im Vergleich zum Unionsrecht «[…] *unterschiedliche Lösung* […] *angezeigt* [*erscheinen könnte* …]»[259] (s. N 56). Damit sind wir zur zweiten für die Eurokompatibilität wegweisenden Aussage im *Publigroupe*-Entscheid angelangt.

ddd) «Sachliche Gründe» als Gebot autonomer Interpretation

56 Das Bundesgericht knüpft im Auszug aus E. 8.2.3 dieses Entscheids, der in N 50 wiedergegeben ist, an die Rechtsprechung des EMGR über die «Tragweite des Begriffs der Vorhersehbarkeit» (Art. 7 EMRK) an.[260] Wie wir in N 51 bereits bemerkt haben hat der Rückgriff auf diese Judikatur auch *Implikationen* für das Verständnis der Eurokompatibilität im schweizerischen Recht der Missbrauchskontrolle; und zwar in dem Ausmasse, in welchem diesem Topos der Zweck zugesprochen wird, eine Hermeneutik der Rechtssicherheit zur Verfügung zu stellen (s. N 53 ff.). Wenn das Bundesgericht nämlich im Anschluss an seine Feststellung, dass ein Beizug der Praxis zu Art. 102 AEUV in erster Linie die Rechtssicherheit fördert, klar und deutlich sagt, die Vorhersehbarkeit dieser Bestimmung hänge jeweils von *vielen* Faktoren ab, so hat es, genau betrachtet, ein erstes Element ermittelt, um die Frage zu beantworten, in welcher Weise die Figur der «sachlichen Gründe», die eine Abweichung von einer europarechtskonformen Anwendung des Art. 7 als «angezeigt» angibt, *richterrechtlich konstruiert* werden kann (s. N 58). Dass das Bundesgericht unterstreicht, die Analyse der Vorhersehbarkeit einer Gesetzesnorm *in praxi* sei anspruchsvoll, ist in diesem Zusammenhang von einiger Bedeutung. [Seite 1066] Denn damit unterstreicht diese Instanz letztlich, dass die Rechtssicherheit ein **«komplexes Phänomen»** darstellt,[261] auf das lediglich mithilfe von einer *adäquat komplexen* Lösung angemessen reagiert werden könne. Daraus folgt zwangsläufig, dass die Option einer *«fixen»*, also *tatbestandsmässig fest umrissenen* Definition dieser Gründe ausscheidet. Die den Topos der Eurokompatibilität prägende Komplexität der Vorhersehbarkeit einer Norm lässt die klassische juristische Technik der Tatbestandsbildung mit einer überschaubaren Anzahl von Merkmalen/Kriterien ganz einfach nicht zu. Tatbestandsbildung, um realisierbar zu sein, setzt nämlich in der Sache eine Problemstellung mit mehr oder minder einfacher Struktur voraus, d.h. eine solche, die aus einer begrenzten Menge von Komponenten (und von Bezügen

zwischen diesen) besteht.[262] Die Linie, die das Bundesgericht bei der Entwicklung eines Systems «sachlicher Gründe» verfolgt, welches auf die übliche Technik der Tatbestandsbildung (Tatbestand → Rechtsfolge; «T → R») verzichtet, hat also seinen Grund darin, dass diese Technik ausserstande wäre, die komplexen Rechtsanwendungsprozesse, die mit dem *evolutorischen* Charakter der Interlegalität (s. N 52) von Schweizer und europäischem Kartellrecht einhergehen, zu bewältigen. Allerdings erleichtert diese Linie die Aufgabe dieser Instanz nicht. Die traditionelle Alternative zur festen Tatbestandsbildung, also die *Generalklausel* (die *in casu* durchaus richterrechtlich gebildet werden könnte), würde im Ergebnis das Problem bloss auf eine andere Ebene verlagern, da jede Generalklausel immer noch der Konkretisierung bedürfte (s. N 63). Und gerade hierin, d.h. im Umstand, dass sich die vorliegend zur Diskussion stehenden «sachlichen Gründe» in der Analyse wie «flüchtige Punkte» verhalten, dass sie folglich nicht mithilfe von generalisierungsfähigen Lösungsmustern einzufangen sind und daher in jedem Einzelfall wieder aufs Neue inhaltlich bestimmt werden müssen, liegt die Problematik der Konzeptualisierung dieser «Gründe». Das Bundesgericht geht einen Weg, den wir in N 52 als den Versuch gekennzeichnet haben, ein *«bewegliches System»* – man könnte auch von einer «Prozeduralisierung» der Entscheidfindung sprechen[263] – zwecks Analyse der Frage zu entwickeln, ob in einem gegebenen Fall «sachliche Gründe» im hiesigen Sinne vorliegen. Im Bilde kann man sich das Problem, auf dessen Lösung dieses Systems zielt, dahingehend vorstellen, dass sowohl die europarechtskonforme Auslegung von Art. 7 als auch die eine Abweichung vom Unionsrecht gebietenden «sachlichen Gründe» *zwei sich widerstrebende Kräfte* darstellen, die je nach den Umständen des Einzelfalles in ihrer *Intensität* variieren: Zuweilen wiegt die Eurokompatibilität schwerer, andere Male erweisen sich die «sachlichen Gründe» als gewichtiger. Das soll jetzt in zwei Schritten erläutert werden:

(1) Vorab muss das Phänomen der **kasuistischen Veränderlichkeit dieser Kräfte** **57**
näher unter die Lupe genommen werden: Eine Berücksichtigung von Praxis und Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV generiert nicht stets denselben Rechtssicherheitslevel bei der Anwendung von Art. 7. Der Grund liegt auf der Hand: Eine bestimmte Praxis der Europäischen Kommission bzw. eine spezifische Rechtsprechung des Gerichts oder Gerichtshofes zu einer der vielen Fallgruppen des qualifizierten Machtmissbrauchs können sich **[Seite 1067]** in ihrem jeweiligen Reife- und Bewährungsgrad sehr unterschiedlich ausnehmen. So darf z.B. angenommen werden, dass die Preisanalysemethode, die im *United Brands*-Urteil des EuGH entwickelt wurde, im Rahmen von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV (unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen) verhältnismässig beständig eingesetzt wird; mithin dürfte diese Praxis gegenwärtig einen tendenziell hohen Rechtssicherheitsgrad bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c besitzen (s. N 351 ff.); demgegenüber ist etwa der (namentlich: sachliche und zeitliche) Anwendungsbereich des *«as efficient competitor»*-Tests (AEC-Test; s. N 476 f.) im Rahmen des Tatbestandes von Kampfpreisen zurzeit noch nicht konsolidiert (s. N 509) und leidet noch an einem Rechtssicherheitsdefizit, der bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. d bemerkbar wäre, käme es in der Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden wieder Mal zu einem Prädationsfall, was schon länger nicht mehr passiert ist (s. N 423). Im Resümee lässt sich demnach festhalten, dass die «Rechtssicherheitserträge» bei Anwendung von Art. 7, die kraft Beachtung der Unionsrechtspraxis generiert werden, nach Massgabe der konkreten Entwicklungslage der einschlägigen europäischen Praxis *kaum je in gleich grossem*, sondern nahezu immer in *variablem* Umfang anfallen. Ebenso verhält es sich mit den «sachlichen Gründen» für eine Abweichung von der Eurokompatibilität. Deren spezifische Gestalt kennt vielerlei Ausprägungen; sie hängt in den Worten des Bundesgerichts von «der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, […] der Komplexität […] der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, […] de[r] Normadressaten […] und] der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte»[264] ab. Diese

exemplative Aufzählung zeigt, dass «sachlichen Gründen» als Motiven der Eurokonformitätsabweichung sowohl ein *juristischer* als auch ein *rechtstatsächlicher* Charakter aneignen kann. Das Spektrum dieser Gründe ist dementsprechend breit.

(2) Nach diesem Beschrieb des Kräfteringens zwischen dem Topos der Eurokompatibilität einer- und «sachlichen Gründen», von diesem Topos abzuweichen, andrerseits ist man bei der nächsten Frage im *Publigroupe*-Urteil angelangt: Wie nimmt sich der **methodische Ablauf der Prüfung** aus, ob in einem gegebenen Missbrauchsfall i.S.v. Art. 7 die Praxis zu Art. 102 AEUV zu berücksichtigen ist oder nicht? Die Ausführungen des Bundesgerichts geben zwar ein Untersuchungsschema nicht ausdrücklich an; durch die Zeilen der einschlägigen Urteilserwägungen hindurch lässt sich ein solches dennoch erkennen: Dass vorweg der *Anwendungsbereich* dieses Prüfungsverfahrens festzulegen ist, ergibt sich aus den gängigen Regeln des juristischen Handwerks selber. Entsprechend ist klarzustellen, dass die Frage nach einer Abweichung von der europäischen Praxis sich *nur* stellt, falls die Fakten eines Falles indizieren, dass eben diese Praxis mit Schweizer *Recht* kollidiert oder *rechtstatsächlich* auf den zu beurteilenden Sachverhalt nicht «passt». Ansonsten obliegt es dem Richter, im Rahmen seiner Entscheidungspflicht und seines Ermessens darüber zu befinden, inwiefern die Anwendung des Art. 7 eine Berücksichtigung der Praxis zu Art. 102 AEUV verlangt. Alsdann sind Eurokompatibilität und «sachliche Gründe», so wie sich diese zwei Gesichtspunkte im *konkret* zu beurteilenden Fall präsentieren, in *Verhältnis zueinander* zu bringen. Der Zweck dieser Operation besteht darin, dass die jeweilige *Intensität* des «Durchsetzungsanspruchs» der europarechtskonformen Auslegung von Art. 7 zum einen und der eine Abweichung vom Unionsrecht fordernden «sachlichen Gründen» zum anderen gewissermassen *«gemessen»* wird. Allein auf dieser Basis ist es überhaupt möglich zu bestimmen, welcher dieser zwei «Werte» obsiegen soll. Zur Abklärung des Stärkegrads eines *«sachlichen Grundes»* zugunsten einer *autonomen* Interpretation von Art. 7 muss in einem ersten Schritt analy **[Seite 1068]** siert werden, welche Form – eine juristische oder ein rechtstatsächliche/faktische – diesem Grund eigen ist: Handelt es sich um einen solchen *juristischen* Charakters, kann dieser *zwingendes* nationales Recht darstellen, was zur Folge hat, dass die europarechtskonforme Interpretation von Art. 7 gänzlich ausgeschlossen wird. Mit einer derartigen Konstellation hat man es namentlich dann zu tun, wenn sich schweizerisches Wirtschaftsverfassungs- und/oder Wirtschaftsfolgerecht (s. N 29 f.) gegen die Berücksichtigung von europäischem *case law* sperren. Diesfalls besteht ein *absoluter* Hinderungsgrund, Art. 7 im europarechtskonformen Sinne zu deuten. Ein Beispiel für eine solche Konstellation stellt das *Mobilfunk*-Urteil des Bundesgerichts dar (s. N 47 f.): BGE 137 II 199 lag ein Sachverhalt zugrunde, in welchem das Schweizer Wirtschaftsrechtssystem die Schaffung von interlegalen Abgrenzungskriterien erforderlich machte, welche die erwähnte Instanz – unserer Ansicht nach ganz und gar zutreffend (s. N 388) – über den Weg einer vom Unionsrecht divergierenden Interpretation von Art. 7 Abs. 2 lit. c entwickelt hat; diese Frage wird eingehend in N 377 ff. behandelt, sodass hier, um Redundanzen zu vermeiden, auf die Ausführungen an der angegebenen Stelle verwiesen sei. «Sachliche Gründe» im vorliegend diskutierten Sinne können aber auch *faktischer* Ordnung sein. Von der Praxis zu Art. 102 AEUV sind die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte manchmal abgewichen, um sehr spezifisch gelagerte Sachverhalte zu beurteilen, die sich in der europäischen Praxis und Rechtsprechung nicht (jedenfalls zurzeit nicht) vorfinden liessen. Veranschaulichungsmaterial einer solchen Konstellation bietet die *Swatch*-Saga: Nach einer Reihe von Verfahren,[265] in denen nachgewiesen wurde, dass *Swatch* auf zwei Schlüsselmärkten der Uhrenindustrie Anteile von 70–80% und von 90–100% hielt[266] – also eine in Missbrauchskontrollfällen kaum je beobachtete kumulierte marktbeherrschende Position besass, die faktisch auf ein *Quasimonopol* hinauslief –, hat die WEKO mit diesem Unternehmen in einer einvernehmlichen Regelung ein sog. *phasing-out* verfügt, welches im relevanten Teil folgendermassen lautete: «ETA liefert folgende Mengen an mechanischen Uhrwerken an ihre bisherigen Kunden: […] 2014

58

und 2015: 75% der Referenzmenge[…] 2016 und 2017: 65% der Referenzmenge[…] 2018 und 2019: 55% der Referenzmenge[…] Nach dem 31.12.2019 besteht keine Lieferverpflichtung mehr».[267] Mit diesem *phasing-out*-Modell hat sich die WEKO von der *remedies*-Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden in Fällen der Geschäftsverweigerung[268] deutlich entfernt. In der Union hält man sich grundsätzlich an den traditionellen Kontrahierungszwang, um die Gefahren zu vermeiden, die [Seite 1069] mit einem *«market engineering»* im Stile einer *phasing out*-Massnahme verbunden sein können.[269]

dd) *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteil: Dynamische Verweisungen im Rahmen der eurokompatiblen Interpretationsmethode

Eine Frage wurde im *Publigroupe*-Urteil nicht angesprochen und schwebte seither unerledigt im Raum. Zwar ist dem Bundesgericht in diesem Entscheid, wie geschildert (s. N 58), überzeugend gelungen, die rechtssicherheitsfördernde Funktion der, bildlich gesprochen, *«unabhängigen Abhängigkeit»* des Art. 7 von der in der Union *kontinuierlich* sich weiterentwickelnden Praxis zu Art. 102 AEUV mittels Schaffung einer Methode abzusichern, die das gute Funktionieren der *Interlegalität* in der schweizerischen Missbrauchskontrolle gewährleistet (s. N 52). Allerdings bedeutet die «Verschleifung» des Art. 7 mit der über die Zeit wachsenden und sich ausdifferenzierenden Praxis der europäischen Missbrauchsaufsicht – selbst wenn das Vorliegen «sachlicher Gründe» Abweichungen gebieten kann (s. N 56 ff.) – nichts anderes als die Bezugnahme auf Recht, das in der behördlichen oder gerichtlichen Anwendung von Art. 102 AEUV leichte Formveränderungen oder Sinnverschiebungen erfährt,[270] also auf Recht, das im *Zeitpunkt des legislativen Entscheids*, europäisches Wettbewerbsrecht *autonom nachzuvollziehen*, in dieser Form noch *inexisten*t, d.h. noch *unabsehbar* war.[271] Solche Verweisungen kennzeichnet man üblicherweise mit dem Terminus *«dynamisch»*.[272] Oder *in casu* einfacher formuliert: «Dynamische» Verweisungen sind solche, die sich auf europäische Kommissionsentscheide und auf Urteile des EuG bzw. des EuGH im Wettbewerbsrecht beziehen, die *nach* dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes ergangen sind. Im *Publigroupe*-Urteil spielte die Annahme, dass derartige Verweisungen statthaft sind, zwar unstrittig mit, blieb aber gänzlich *implizit*; eine ausdrückliche *Anerkennung* der Rechtmässigkeit dieser Art von Verweisungen fand darin nicht statt.[273] Diese Bemerkung darf nicht als Kritik des europarechtspolitisch beachtlichen *Publigroupe*-Entscheids angesehen werden. Vielmehr geht es vorliegend darum, die Tatsache in den Vordergrund zu rücken, dass *Interlegalität* (als die tragende rechtstheoretische Säule der europarechtskonformen Interpretationsmethode; s. N 52) lediglich dann effektiv wirken kann – oder präziser artikuliert: dass [Seite 1070] die *anhand von Interlegalität generierten Rechtssicherheitsgewinne* bei der Anwendung von Art. 7 lediglich dann erzielt werden können –, wenn die Vornahme *dynamischer Verweisungen* auf die unionsrechtliche Praxis zu Art. 102 AEUV, falls erforderlich, *rechtmässig* ist.[274] **59**

Mit dem *Gaba*-Urteil schien allerdings das Bundesgericht mit der raffiniert angedachten europarechtspolitischen Logik, welche die Urteilsreihe von *Mobilfunk* bis *Publigroupe* auszeichnet, aus unerfindlichen Gründen brechen zu wollen. Fast auf den Tag genau vier Jahre *nach* dem euromethodisch feinsinnigen *Publigroupe*-Entscheid wird im *Gaba*-Urteil ausgeführt: «Er [sc. der Gesetzgeber von 2001] wollte, ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine *materiell identische Regelung* zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden – *trotz fehlendem dynamischen Verweis* […]».[275] Dass dieses Desideratum («materiell identische Regelung») mit den erwähnten Mitteln («[Berücksichtigung des] EU-Wettbewerbsrecht[s] in Bezug auf vertikale Abreden – trotz fehlendem dynamischen Verweis») schlechterdings nicht realisierbar ist, erscheint dermassen manifest, dass sich nähere Ausführungen zu diesem Punkt erübrigen. Die höchstrichterliche (Selbst-) **60**

Korrektur der Verirrung im *Gaba*-Entscheid kam in der Folge relativ rasch mit dem Urteil vom 9.12.2019 i.S. *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*[276], worin das Bundesgericht unmissverständlich festhält:

> «Für die Auslegung von Art. 7 KG kann auf die Literatur und Praxis zu Art. 102 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, AEUV, ABl. C 115 vom 9. Mai 2008 S. 47) gegriffen werden, wie das Bundesgericht in BGE 139 I 72 (siehe auch BGE 143 II 297) bereits festgehalten hat: Da die *unzulässigen Verhaltensweisen* marktbeherrschender Unternehmen *nach Art. 7 KG* im Wesentlichen *parallel zu Art. 102 AEUV geregelt* sind, kann *für die Auslegung und Praxis des Art. 7 KG ohne Weiteres auch die Auslegung und Praxis zu Art. 102 AEUV berücksichtigt* werden (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.2.3 S. 89 mit zahlreichen Hinweisen). Liegen also gleiche Sachlagen vor, so kann primär davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden sollen (vgl. BGE 139 I 72, E. 8.2.3 S. 89 f.). Davon geht implizit auch das Abkommen vom 17. Mai [Seite 1071] 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) *im dritten Erwägungsgrund* aus, da *‹die Systeme der Schweiz und der [Europäischen] Union für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten›*».[277]

Mit dieser unzweideutigen Anerkennung der Gesetzmässigkeit von dynamischen Verweisungen schliesst sich der Kreis der europarechtskonformen Interpretationsmethode in der Schweizer Missbrauchskontrolle. Deren hauptsächlichen Eckdaten stehen nunmehr fest.

5. Missbrauch

a) Allgemeines

Locus classicus des **Missbrauchsbegriffs** im europäischen Wettbewerbsrecht ist Randziffer 91 des *Hoffmann-La Roche*-Urteils, das der Gerichtshof im Jahre 1979 gefällt hat.[278] In dieser richterlichen Erwägung werden die Merkmale, die den Tatbestand von Art. 102 AEUV bilden, folgendermassen umrissen: **61**

> «[… Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung] erfasst die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur des Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen».[279]

Dieser Missbrauchsbegriff ist *zugleich* wertvoll und wertlos. *Wertvoll* ist er, wie BELLAMY /CHILD hervorheben, «[…] because it emphasises the need to analyse the *effect* of the conduct in order to establish an abuse. It is the *negative effect upon competition* […] that is relevant rather than any potentially more transient behavioural effects».[280] Hingegen ist er in dem Ausmass *wertlos*, als er Wettbewerbsbehörden und Gerichten schlechte Karten in die Hand spielt, um sämtliche Dimensionen einer «missbräuchlichen Ausnutzung» qualifizierter Marktmacht i.S.v. Art. 7 zu berücksichtigen. Auch zu diesem Punkt empfiehlt sich, vorab Ausführungen von BELLAMY/CHILD wiederzugeben. Zu Recht unterstreichen diese Autoren das Rechtssicherheitsdefizit, das der im *Hoffmann-La Roche*-Urteil festgelegte Missbrauchsbegriff aufweist: «A practical difficulty with [this concept of abuse …] is that [it is …] unclear in [its …] scope and highly dependent on [its …] application to the facts of a given case, such that distinguishing between conduct on the part of a dominant firm which is permissible and conduct which is prohibited as abusive is difficult. Given the wide powers available to the Commission and the natio [Seite 1072] nal competition authorities to investigate and punish breaches of Article 102, the prohibition under Article 102 should not be so uncertain as to render its application in an individual case difficult to predict».[281] Die Schwierigkeiten, die in dieser Passage geschildert werden, haben ihre Ursache in jenem Kriterium, das dem hier zur Diskussion stehenden Missbrauchsbegriff seine ganze

wettbewerbspolitische Schlagkraft verleihen sollte, dabei letztlich aber versagt, dies zu verwirklichen, nämlich im Kriterium der «[…] Verwendung von Mitteln […], welche von den Mitteln des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen […]».[282] Dieses Kriterium konfrontiert den Rechtsanwender mit einer kaum auflösbaren juristischen Unbestimmtheit. Es unterstützt ihn nicht wirklich, um zwischen *missbräuchlichem* und Art. 102 AEUV *beachtendem* Verhalten zu differenzieren. Was diese Unterscheidung anlangt, ist das Kriterium in der Tat *gehaltlos*. Auf einer *abstrakten* Ebene erläutert, bedeutet dies Folgendes: Die Operation «Differenzieren» setzt immer (und ausnahmslos) voraus, dass ein *«Wert»* zur Verfügung steht, der den Stützpunkt (bzw. den Sockel) dieser Operation bildet; denn nur das Vorhandensein eines solchen «Wertes» erlaubt es, zu einem *«Gegen-Wert»* zu gelangen (der nicht notwendig das «Gegenteil» des «Wertes» sein muss); allein wenn auf einen derartigen «Wert» zurückgegriffen werden kann, der die Ableitung eines «Gegen-Wertes» ermöglicht, kann die erforderliche Basis errichtet werden, um überhaupt erst die Operation «Differenzieren» durchführen zu können; ohne eine Basis in diesem Sinne («Wert»/»Gegen-Wert») bleibt diese Operation eine Unmöglichkeit. Nun: Es ist ein Faktum, dass der Missbrauchsbegriff des *Hoffmann-La Roche*-Urteils einen solchen «Wert» nicht enthält. Er erwähnt zwar einen Unterschied («normaler»/«nicht-normaler» Wettbewerb), gibt aber nicht an, aufgrund von welchem «Wert» dieser Unterschied zu treffen ist.[283] Anders gewendet: Der hier fragliche Missbrauchsbegriff gibt kein «wert-volles» (bzw. «wert-haltiges») Kriterium an, das zu bestimmen hälfe, ob das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens missbräuchlich i.S.v. Art. 102 AEUV ist oder nicht.[284] Dieser Befund verleitet im vorliegenden Kontext unausweichlich zur Frage: Wie steht es um den Missbrauchsbegriff von Art. 7?

b) Missbrauchsbegriff

aa) Begriffsstruktur

62 Bedenkt man, dass Art. 7 das Ergebnis eines autonomen Nachvollzugs europäischen Rechts bildet (s. N 40 ff.), so spricht eigentlich alles für eine sehr enge Verquickung des [Seite 1073] Missbrauchsbegriffs dieser Bestimmung mit demjenigen von Art. 102 AEUV.[285] Man könnte zwar die Frage aufwerfen, ob und ggf. inwiefern der Schweizer Gesetzgeber im Jahre 1994 gewisse Gewichtsverschiebungen im Konzept und in der Struktur dieses Begriffes vornehmen wollte. Allerdings ist in den Materialien nichts über eine derartige Absicht zu finden. Konsultiert man die Doktrin, so ist diese Frage zu keiner Zeit gestellt, geschweige denn debattiert worden. Dementsprechend besteht keinerlei Anlass zu bezweifeln, dass im Schweizer Kartellrecht die *in casu* anwendbaren Regeln der *eurokompatiblen Methodik* (s. N 47 ff.) dem Missbrauchsbegriff des *Hoffmann-La Roche*-Urteils Vorrang einräumen. «Sachliche Gründe» für eine Abweichung vom europäischen Recht bzw. von Art. 102 AEUV, wie sie in N 56 ff. herausgearbeitet wurden, sind in diesem Zusammenhang nicht auszumachen. Dieser rechtsmethodische Befund geht mit der während den legislativen Arbeiten von 1994–1995 vorherrschenden Auffassung konform, einen industrieökonomischen und wohlfahrtstheoretischen **Paradigmenwechsel** im Kartellrecht zu bewerkstelligen (s. N 31 ff.).[286]

63 Geht man von der wirtschaftswissenschaftlichen auf die gesetzestechnische Reflexionsebene über, steht einmal unstrittig fest, dass auch Art. 7 (nicht anders als Art. 102 AEUV) als **Generalklausel** ausgestaltet worden ist. Ein solcher Normtypus liegt dann vor, wenn der Gesetzgeber seinen Wortlaut in der Weise verfasst hat, dass sein Gehalt sowohl in seiner *Substanz* als auch in seiner *Justitiabilität* gewissermassen eine *«Verknappung»* erfährt. Er bedient sich eines vagen, porösen, semantisch unterdeterminierten Vokabulars, ferner auch regelmässig unbestimmter Rechtsbegriffe. Kurzum: Er verwendet eine konkretisierungsbedürftige Sprache. Diese legislative «Verknappungstechnik» läuft darauf hinaus, dass sich die Aussage einer Generalklausel auf die blosse Erwähnung eines *Rechtsgedankens* beschränkt. Weder wird ein *Tatbestand* definiert noch wird eine *Rechtsfolge* vorgesehen. Der in

Art. 7 angegebene Rechtsgedanke besteht darin, dass über den *missbräuchlichen Einsatz qualifizierter Marktmacht* ein juristisches Unwert [Seite 1074] urteil gefällt wird. Das Verbot von Art. 7 präzisiert nicht, welche *Merkmale* die «Missbräuchlichkeit» eines gegebenen unternehmerischen Verhaltens konstituieren. Art. 7 Abs. 1 stellt m.a.W kein Kriterium zur Verfügung, um seinen *Regelungsgegenstand* – den Missbrauch qualifizierter Marktmacht – zu *bestimmen*.[287] Auch in diesem Punkt weicht die schweizerische Rechtslage nicht von der europäischen ab. Trotz dieser engsten Parallelen ist in der Schweiz der Missbrauchsbegriff des *Hoffmann-La Roche*-Urteils unter dem geltenden Kartellgesetz weniger reflektiert worden, als dies in der Union seit der Fällung dieses EuGH-Urteils erfolgt ist. Die Diskussion über diesen Begriff hat sich hierzulande viel eher auf Fragen prinzipieller Ordnung (Verfassungsgrundlage, Zweck, wettbewerbspolitische Ziele usw. des Kartellgesetzes; s. N 103 ff.) konzentriert. Dennoch stösst man in der Spruchpraxis gelegentlich auf die *Hoffman-La Roche*-Formel – zwar nur selten in der authentischen Version, aber doch in erkennbarer Gestalt –, sodass (mithilfe einer Metapher) gesagt werden kann, dass diese Formel im *«Unterbewusstsein»* des Schweizer Kartellgesetzes durchaus gewirkt hat und stets noch wirkt. Ein Beispiel hierfür findet man im höchstinstanzlichen *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteil:

> «[Der Typus des] Behinderungsmissbrauch[s] umfasst […] sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen *ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs*, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber (Konkurrenten und Handelspartner) richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten Markt oder benachbarten Märkten einschränken […]. Missbraucht wird die marktbeherrschende Stellung somit, wenn ihr Einsatz *objektiv wettbewerbswidrige Auswirkungen*, namentlich eine […Verdrängung von Rivalen] zur Folge hat».[288]

64 Allerdings wäre es analytisch unausgewogen und ginge wider unser Erkenntnisinteresse, wollte man die Schwierigkeiten, welche der vorliegend zur Diskussion stehende Missbrauchsbegriff mit sich bringt, ausschliesslich auf die Eigentümlichkeiten seiner legislativen Form zurückführen. Längst steht fest, dass diese Schwierigkeiten auch eng mit der **Phänomenologie von unilateralem Verhalten** zusammenhängen. Ob ein unter Art. 7 inkriminiertes Verhalten wettbewerbskonform oder -widrig ist, steht ihm nicht auf der Stirn geschrieben.[289] Meistens (oder womöglich immer[290]) tragen einseitige Verhaltensweisen, wenn sie auf den Bildschirmen des Kartellrechts aufscheinen, *dieselben* äusseren Züge, gleichviel ob sie nach abgeschlossener behördlicher Untersuchung oder gerichtlicher Überprüfung als *missbräuchlich* oder *zulässig* eingestuft werden.[291] Der Grund für diese [Seite 1075] Doppelgesichtigkeit liegt, wie in N 113 näher erläutert, im Umstand, dass dasselbe und eine Verhalten *je nach den konkreten Marktgegebenheiten* des relevanten Augenblickes wettbewerbskonform oder -widrig sein kann. Zuzustimmen ist deshalb der Aussage von CLERC: «Ce double visage […] des pratiques des entreprises rend malaisé le diagnostic de l'abus […]».[292] Aus dem Gesagten folgt ein unter Art. 7 stets geltender Regelsatz (hier zwecks Veranschaulichung an einem Wettbewerbsfaktor illustriert): «Die dem Vergleichsparameter ‹Preis› zurechenbaren Preiselemente sind insofern ambivalent, als sie keinen Rückschluss darüber zulassen, ob sie infolge Leistungs- oder eben Behinderungswettbewerb entstanden sind».[293] Im Resümee: Jegliche Verhaltensweise eines beherrschenden Unternehmens bildet, sofern sie als zulässig qualifiziert, eine *unerlässliche Ingredienz der Wirksamkeit des Wettbewerbs*. Marktverhältnisse und unilaterales Verhalten eines Marktbeherrschers sind zwei Grössen, *die in der kartellrechtlichen Analyse nicht «getrennt»* werden dürfen, sondern immer in ihrem *wechselseitigen Verhältnis* – d.h. unter Berücksichtigung des jeweiligen Einflusses der einen Grösse auf die andere – geprüft werden müssen. Zusammen bilden besagte Grössen Bestandteil eines *einzigen* und *einheitlichen* Systems, nämlich des *Wettbewerbssystems*, das sich als den dem Kartellgesetz ausschliesslich anvertrauten Schutzgegenstand ausnimmt (s. N 103 ff.). Aus diesem Grunde verleiten Voreingenommenheiten von Behördenmitgliedern bzw.

Richtern der Art, dass marktbeherrschende Unternehmen in der Marktwirtschaft *prinzipiell* suspekte oder störende Faktoren im Rivalitätsprozess oder sogar «grundsätzlich» schädliche Agenzien (die dementsprechend wettbewerbstheoretisch als *Negativa* einzustufen sind) darstellen, fast notgedrungen zu kartellrechtlichen Denkfehlern. Derartige Voreingenommenheiten führen in der Spruchpraxis zuweilen zu fragwürdigen Argumentationen in den Entscheidgründen (sodass es letztlich zu Fehlern 1. Ordnung *[false positives]* kommt, die nicht unbeträchtliche Sozialkosten erzeugen können[294]). Wie die Wettbewerbsbehörden und Gerichte die Differenzierung zwischen den zwei in den vorstehenden Ausführungen betrachteten Arten von unilateralen Verhaltensweisen (nämlich zwischen solchen miss [Seite 1076] bräuchlichen und solchen zulässigen Charakters) methodisch vornehmen sollten, wird an anderer Stelle behandelt (s. N 99, 147 ff.).

bb) Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 KG

aaa) Allgemeines

Bevor näher auf den **Fallbeispielkatalog** von Art. 7 Abs. 2, namentlich auf dessen Funktion (s. N 181 ff., 268 ff., 351 ff., 417 ff., 624 ff., 675 ff.) und auf die für diesen Absatz einschlägige Methode (s. N 98 ff.) eingegangen wird, muss vorweg klargestellt werden, *was* dieser Katalog *nicht* ist und *was* die darin aufgelisteten Missbrauchsvarianten *nicht* sind:[295] **65**

Die Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 sind **keine «typisierte Tatbestände»**,[296] d.h. formbasiert definierte Verhaltensweisen, die eine *«besonders schädliche Qualität»*[297] aufweisen.[298] Darüber lässt das Bundesgericht keinen Zweifel aufkommen: «[Es trifft …] nicht zu, dass im Parlament die in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Beispiele als schwerwiegendere Missbrauchstatbestände bezeichnet worden sind. Die von den Beschwerdeführerinnen angeführte Wortmeldung bezieht sich auf Art. 7 KG insgesamt und macht keinen qualitativen Unterschied zwischen Art. 7 Abs. 1 und 2 KG (AB 1995 S 858)»[299]. Mit ihnen sind ferner keine «vom Gesetzgeber getroffene, *grundsätzliche* materielle Einschätzungen»[300] verbunden.[301] Auch sind diese Beispiele *nicht*, wie das in der Doktrin vertreten wird, das Produkt einer *«formorientierten Gesetzgebungstechnik»* – was auch immer unter diesem Terminus gemeint ist –, der der Schweizer kartellrechtlichen Nomenklatur unbekannt ist. Ferner zielte der Gesetzgeberwillen mit Art. 7 Abs. 2 in keiner Weise darauf ab, «auf der Ebene der Gesetzesanwendung […] auswirkungsbezogene Überlegungen» zu begrenzen oder auszuschliessen.[302] Das wäre schon mit der Wirtschaftsverfassung, namentlich mit dem Missbrauchsprinzip und ferner auch mit Art. 1 nicht zu vereinbaren, was in [Seite 1077] N 144 ff. eingehend dargetan wird. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls zu erwähnen, dass der EuGH in jüngeren Urteilen, die Art. 102 AEUV betrafen, einen deutlichen Akzent auf die *Wirkungsorientierung* gesetzt hat.[303] Im Lichte der angestrebten Eurokompatibilität von Art. 7 (s. N 40 ff.) wäre es mitnichten angemessen und im Nachgang zu BGE 137 II 199 sowie BGE 139 I 72 (s. N 47 ff.) sogar axiologisch unstimmig, würden die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte bei der Anwendung dieser Bestimmung plötzlich einen «formbasierten» Kurs einschlagen.[304] Kurzum: Interpretiert man die Beispiele der Liste von Art. 7 Abs. 2 (sowie die Technik der Auflistung als solche) anhand der klassischen Auslegungselemente der herrschenden Methodenlehre sowie anhand des wirtschaftsrechtlichen Funktionalismus (s. N 29 f.), sind keine Anhaltspunkte auffindbar, die darauf hindeuteten, dass mit diesen Beispielen eine *Tatbestandstypisierung* im Sinne des vermeintlichen *«formorientierten Gesetzgebungstechnik»*, eine *besondere Schädlichkeitsbewertung*[305] oder die (auch nur partielle) Verpflichtung des Rechtsanwenders, einem «verhaltensorientierten» Ansatz zu folgen, beabsichtigt war. Die Botschaft 1994 hebt deutlich hervor, dass die in Art. 7 Abs. 2 «[…] beispielhaft benannten Tatbestände […] nicht etwa Vermutungen beinhalten».[306] **66**

Umso weniger stellen sie *per se*-Regeln dar.[307] Nach diesen Klarstellungen sei hervorgehoben, dass diese lediglich den Rahmen setzen, innerhalb welchem die vielen Fragen der Missbrauchsanalyse zu beantworten sind.

67 Ferner muss hier auch Stellung zu Überlegungen bezogen werden, die in der jüngeren Doktrin darüber angestellt werden, ob das Konzept der **bewirkten** und **bezweckten Wettbewerbsbeschränkung** i.S.v. Art. 4 Abs. 1 auf Art. 4 Abs. 2 bzw. Art. 7 übertragen werden sollte.[308] Warum solche Überlegungen unter Wissenschaftlern gegenwärtig diskutiert werden, ist eine Frage, auf welche im Schrifttum folgende Antwort gegeben wurde: «The reason why it is *so tempting* to characterise [sc. unilateral] conduct as restrictive by object is clear. From the point of view of a competition authority, it might relieve case teams of the necessity of formulating and proving a theory of harm. But this is *not how* the object category was intended to be utilized».[309] In der Tat: Überlegungen in diese Richtung sollten strikte *abgelehnt* werden und zwar aus folgenden Gründen: Der Tatbestand der unzulässigen Wettbewerbsabrede weist eine *elementar andersartige Struktur* als das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auf.[310] Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 sind auf Wettbewerbsbeeinträchtigungen zugeschnitten, die von *unilateralen Verhaltensweisen* gestützt auf *qualifizierte Marktmacht* erzeugt werden, und nicht, wie Art. 4 Abs. 1 und Art. 5, auf Effekte, die von mehrseitigen Vereinbarungen ausgehen. Solche Vereinbarungen begründen eine deutlich verschiedenartige Qualität von Marktmacht. Sie stellen *Verhaltensabstimmungen* bzw. *-koordinationen* dar,[311] die von *Konkurrenten* beschlossen und durchgeführt werden, d.h. von Akteuren, deren wechselseitiges Verhältnis gleichzeitig von Interessengleichschaltung und -widerspruch [Seite 1078] geprägt ist.[312] Diese Verhaltensabstimmungen betreffen kaum je die gesamte Marktaktivität der Beteiligten, sondern nur einzelne Wettbewerbsparameter (Preis, Qualität, Vertrieb usw.).[313] Sie führen deshalb zur Begründung einer *«gerichteten»* Marktmacht, während eine marktbeherrschende Stellung *«ungerichtete»* qualifizierte ökonomische Macht, d.h. eine Machtballung, welche ein die ganze «Marktfläche» umfassendes bzw. sämtliche Wettbewerbsparameter abdeckendes Gefährdungspotenzial darstellt. Was die spezifische Struktur der Rechtsfigur der *«Abrede»* anbetrifft, so ist die analytische Unterscheidung «bezweckte/bewirkte Wettbewerbsbeschränkung» sachgerecht. Sie entspricht der *Logik kollektiven Handelns*,[314] die eine deutlich definierte Zweckbestimmung als operatives Element eines Kollektivs (wie ein Kartell) allemal voraussetzt, und deshalb auch dem angesprochenen Phänomen der «gerichteten» Marktmacht von Abreden entspricht. Eine solche Logik ist dem Charakter des unilateralen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen fremd und vermag über «ungerichtete» Machtballung (wie diejenige eines Marktbeherrschers) nichts Gehaltvolles auszusagen. Um diese Differenz an einem Bild zu veranschaulichen: Zu sagen, ein marktbeherrschendes Unternehmen *bezwecke* ein missbräuchliches Verhalten, ist etwa gleich unbestimmt, wie zu sagen, der Mensch bezwecke ein friedliches Dasein (denn was «friedlich» konkret bedeutet, ist u.a. meist kultur-, kontext-, anschauungs-, erfahrungs- und charakterabhängig).[315] Die Logik *kollektiven* Handelns (nämlich: eines Kartells) kann nicht auf *individuelles* Handeln (nämlich: eines beherrschenden Unternehmens) übertragen werden. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Verwendung der Figur der «bezweckten Wettbewerbsbeschränkung» im Rahmen der Missbrauchsanalyse zu *verzerrten* und *falschen Ergebnissen* führen würde.[316]

bbb) Funktion der Fallgruppen

68 Um, wie die Botschaft 1994 sagt, eine *«Konkretisierung»*[317] des in der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 als *Rechtsgedanke* (s. N 63) enthaltenen Missbrauchskonzepts zu erleichtern, hat der Gesetzgeber in Art. 7 Abs. 2 die europäische Lösung einer Liste von Fallgruppen (Art. 102 Abs. 2 AEUV) übernommen,[318] was als Sekundärzweck auch die Gewährleistung der Eurokompatibilität der Bestimmung beabsichtigt (s. N 40 ff.).[319] Diese Liste ist nach Lehre und Praxis nicht *abschliessend*.[320] Auch halten die

Wett [Seite 1079] bewerbsbehörden und die Gerichte dafür, dass eine bestimmte Verhaltensweise je nach den konkreten Umständen des zu beurteilenden Sachverhalts den Tatbestand *mehrerer* Fallbeispiele erfüllen kann (Mehrfachtatbestandsmässigkeit; s. N 628 f.).[321] Eine *Rangfolge* zwischen den Tatbeständen des Katalogs von Art. 7 Abs. 2 lehnen sowohl Doktrin, Behörden als auch Gerichte ab. Danach soll jeder Tatbestand der Fallgruppen auf den fraglichen Sachverhalt *eigenständig* angewendet werden. Die Liste soll «au même titre que celle de l'art. 102 TFUE» die Aufgabe haben, den Missbrauchsbegriff für den Rechtsanwender zu **veranschaulichen**,[322] d.h. letztlich interpretatorische Schützenhilfe zu leisten.[323] Diese Praxis ist nicht unproblematisch, was an anderer Stelle (s. N 628 ff.) behandelt wird.

ccc) Methode der Fallgruppen

Damit fragt sich, welcher *normative Status* den Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 zukommt, wenn ein Sachverhalt einen Tatbestand dieses Katalogs (oder mehrere davon) erfüllt. Hierauf gibt der Bundesrat in der Botschaft 1994 eine *folgenschwere* Antwort: «Jeder einzelne Sachverhalt muss […] dahingehend überprüft werden, ob die in Artikel 7 Absatz l E enthaltenen *generellen Missbrauchskriterien* erfüllt sind».[324] Folgenschwer ist diese Aussage deshalb, weil sie letztlich ein Dogma aufstellt, wonach die in einer der Fallgruppen erwähnten Kriterien nicht dazu berufen sind, die Unzulässigkeit eines bestimmten Sachverhalts zu *begründen*. ZÄCH ist deshalb der Ansicht, dass «Art. 7 Abs. 2 KG […] keine vollständige Norm [ist]».[325] Daraus ergibt sich letztlich – verfolgt man den bundesrätlichen Gedanken bis zum Ende –, dass die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 auf derselben Stufe anzusiedeln sind wie solche, die in der Liste nicht erwähnt und von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten unter Art. 7 Abs. 1 geschaffen werden.[326] Kurzum: Nach dem Bundesrat ist der ausschliesslich normativ relevante Tatbestand in [Seite 1080] Art. 7 derjenige der Generalklausel von Abs. 1.[327] Indes: Nimmt man dieses Dogma nicht bloss unkritisch hin, kommt man unweigerlich zum Schluss, dass es seine eigene *Unmöglichkeit* sanktioniert, dass dieses Dogma m.a.W. *keinen juristischen Sinn* zu stiften [Seite 1081] vermag.[328] Es lässt nämlich Art. 7 insofern zu einem **juristischen Zirkelschluss** werden, als es letztlich besagt, (1) in einem ersten Schritt sei die Generalklausel von Abs. 1, die den Missbrauch als Rechtsgedanken nur benennt und nicht materiellrechtlich (d.h. anhand von Tatbestandsmerkmalen) definiert, durch den Beispielkatalog von Abs. 2 zu konkretisieren, um dann (2) in einem zweiten Schritt die Tatbestandsmässigkeit der Fallbeispiele von der Erfüllung der materiellrechtlich schlicht nicht vorhandenen Kriterien von Art. 7 Abs. 1[329] abhängig zu machen.[330] M.a. W. nimmt das fragliche Dogma die Form des **Paradoxes** an. Es besagt nämlich genau genommen Folgendes: *Der unbestimmte Tatbestand von Abs. 1 wird von den Fallgruppen des Abs. 2 konkretisiert, deren eigene Tatbestandsmässigkeit die Erfüllung des unbestimmten (generalklauselartigen) Tatbestandes von Abs. 1 voraussetzt*. Oder mit den prägnanten Worten GOHARIs: «[D]ass die Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG gemäss Bundesgericht im Licht von Art. 7 Abs. 1 KG zu lesen sind, ist nicht weiter hilfreich, da dieser Norm keine konkreten Anhaltspunkte zu entnehmen sind und – *im Gegenteil – Art. 7 Abs. 2 KG ja gerade der Konkretisierung von Art. 7 Abs. 1 KG dienen sollte*».[331] Das Fazit lautet jedenfalls: Das fragliche bundesrätliche Dogma verlangt letztlich vom Rechtsanwender *methodisch Unmögliches*.[332] Dann aber gilt: *ultra posse nemo obligatur*.[333]

69

Im Sinne des zuvor Gesagten hat das **Bundesverwaltungsgericht** bemerkt:

70

> «Art. 7 Abs. 1 KG enthält, wenn vom konkretisierenden Tatbestandskatalog in dessen Abs. 2 abgesehen wird, keinerlei Konturen, die zumindest generalklauselhaft die Kriterien für ‹unzulässiges Verhalten› bzw. ‹den Missbrauch einer Stellung› erkennbar und damit vorhersehbar machen würden».[334]

[Seite 1082] Dieselbe Tatsache blieb auch der REKO/WEF nicht verborgen, und dies bereits im Jahre 2005: «Das Kartellgesetz sagt nicht ausdrücklich, unter welchen Umständen eine

bestimmte Verhaltensweise missbräuchlich ist».[335] Man kommt um die Einsicht nicht umhin, dass Art. 7 eine Norm ist, die auf der Suche nach ihren eigenen Tatbestandsmerkmalen ist. Dem Problem ist nicht zu entrinnen, ohne vorgängig der Frage nachgegangen zu sein, worin die *Funktion* des hier fraglichen bundesrätlichen Dogmas besteht. Die Botschaft 1994, die dieses Dogma in die Welt gesetzt hat, sagt dazu nichts[336] und auch die Doktrin hat sich, soweit ersichtlich, mit dieser Frage nicht befasst. Die Annahme scheint aber berechtigt und wird durch Ausführungen der WEKO in verschiedenen Entscheiden bestätigt,[337] dass der Bundesrat mit diesem Dogma beabsichtigte, dass sämtliche Missbrauchsfälle nach Massgabe *desselben* Missbrauchsstandards (s. N 108) beurteilt werden, dass der Bundesrat also von einem Gleichbehandlungsdenken animiert war.[338] Gerade hier aber liegt eine Inkonsistenz im Denken des Bundesrates. Denn mit dem von ihm präkonisierten Dogma wird dem Rechtsgleichheitsgrundsatz insofern nicht Genüge getan, als dieser eben auch gebietet, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln.[339] Immerhin lässt sich zumindest ein konstruktiver Gedanken aus diesem Dogma ableiten: Es sollte bei der Entwicklung von unterschiedlichen Missbrauchsstandards stets darauf geachtet werden, dass zwischen diesen *gesamthaft Konsistenz* besteht. Es würde nicht angehen, die Zahl dieser Standards derart zu multiplizieren, dass man letztlich mit Standards endet, die in ihrem gegenseitigen Verhältnis keine *durchgehende Stimmigkeit* aufweisen (s. N 543).[340]

Um den Umstand zu erläutern, dass der vom Bundesrat anvisierte «Einheitsmissbrauchsstandard» *unrealistisch* und *kontraproduktiv* ist, muss von folgender Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts ausgegangen werden: **71**

> «Mit der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG sind alle wirtschaftlichen Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen zu erfassen, welche zu anderen Behinderungen oder Ausbeutungen von sonstigen Wirtschaftsteilnehmern führen als die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Fallvarianten».[341]

[Seite 1083] Nun liegt just in der nicht geringen Anzahl von Missbrauchsformen,[342] die diese Instanz anspricht, der Grund, weshalb diese verschiedenartigen Formen nicht am gleichen Massstab (Missbrauchsstandard; s. N 106 ff.) gemessen werden können: Von ihrer Struktur und den Effekten her, die sie im Wettbewerb erzeugen, können diese Formen voneinander abweichen. Dieser Umstand ist denn auch richtig im Schrifttum registriert worden:

> «Parmi les différents tests économiques développés et qui sont utilisés en pratique par les autorités de concurrence afin d'évaluer, à la lumière des circonstances du cas d'espèce, l'effet anticoncurrentiel potentiel d'un comportement, *aucun n'est adapté à tous les types d'abus de position dominante. La quête du test unique paraît vaine*. La pratique et la doctrine économique préfèrent l'un ou l'autre test en fonction du comportement abusif en cause».[343]

Deshalb sollte man das bundesrätliche Dogma wegen seines allzu engen Verständnisses des Rechtsgleichheitsgrundsatzes (s. N 69) ablehnen und stattdessen den zumal von MERZ[344] entwickelten, nunmehr bewährten methodischen Umgang mit Generalklauseln praktizieren: die **Fallgruppenbildung**.[345] Angesichts des äusserst hohen Abstraktionsgrades des Rechtsgedankens, der in Generalklauseln enthalten ist und welcher der Auslegung i.S.v. Art. 1 Abs. 1 ZGB gänzlich unzugänglich ist, da er sich jeglicher Definition im begriffstheoretischen Sinne[346] entzieht,[347] hat die Lehre die Methode entwickelt, wonach die Konkretisierung von Generalklauseln «[…] durch Bildung von Maximen und Regeln, Leitsätzen und Untersätzen, die sich auf typische Tatbestände beziehen[,]» erfolgen sollte.[348] Auf dieser Basis stellen Behörden und Gerichte im Laufe der Zeit eine *differenzierte Reihe von Fallgruppen* auf, die den in Generalklauseln enthaltenen Rechtsgedanken konkretisieren. Dem entspricht eine neue bemerkenswerte Tendenz in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das im Rahmen der Anwendung von Art. 7 dem bundesrätlichen Dogma aus der Botschaft 1994 nicht mehr folgt und sich der soeben erwähnten Methode der Fallgruppenbildung bedient:

> «Um die Transparenz und Kohärenz einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zu gewährleisten, wurden von Praxis und Literatur Fallgruppen bestimmter missbräuchlicher Verhaltensweisen ausgearbeitet, von denen die am häufigsten auftretenden Fallgruppen in Art.

> 7 Abs. 2 KG ausdrücklich aufgeführt werden. Der Typus eines sonstigen wirtschaftlichen Verhaltens kann verschiedene Tatbestandsmerkmale unterschiedlicher Fallgruppen erfüllen. In derartigen Fällen ist er je nach inhaltlicher Gewichtung seiner Handlungsakte einer Fallgruppe des Art. 7 Abs. 2 KG oder aber als eigenständige Fallgruppe der Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen (vgl. BVGer, B-7633/2009, *ADSL*, E. 388)».[349]

Dieses Vorgehen steht im Einklang mit dem Gebot der Methodenehrlichkeit und baut gerade deshalb auf der Tatsache auf, dass die Wirklichkeit von Art. 7 keinen einheitlichen Missbrauchsstandard zulässt, dass diese Wirklichkeit auch die Ungleichbehandlung un
[Seite 1084] gleicher Sachverhalte nach Massgabe ihrer Ungleichheit und somit die Entwicklung mehrerer Missbrauchsstandards fordert, und zwar in dem Umfang, der nötig ist, um sämtliche in der Wirtschaft existierenden Missbrauchsarten rechtsgleich (in den beiden Sinnvarianten des Gleichbehandlungsgebotes) beurteilen zu können. Auf diese methodologischen Zusammenhänge ist in N 106 ff. nochmals zurückzukommen, um gewisse bedeutsame Einzelheiten zu präzisieren.

cc) Reichweite des Missbrauchsbegriffs

aaa) Missbrauchsbegriff als «besondere Verantwortung» des marktbeherrschenden Unternehmens

72 Wie bereits erwähnt (s. N 5), ist eine **marktbeherrschende Stellung als solche zulässig**. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist solange statthaft, als es, wie oft gesagt wird (s. N 84), Ausdruck von Wettbewerb *on the merits* ist, dieser weiterhin besteht und tauglich bleibt, die einmal erlangten marktbeherrschenden Positionen wieder zu erodieren.[350] Grösse ist für sich allein wettbewerbsrechtlich hinzunehmen, um das Incentives-System des Marktes nicht zu beeinträchtigen,[351] obwohl, wie der EuGH immer wieder unterstreicht,[352] bereits die blosse Präsenz eines Marktbeherrschers auf dem Markt den Wettbewerb schwäche, für diese Schwächung also ein missbräuchliches Verhalten gar nicht beachtet werde, es nicht Sinn der Wettbewerbspolitik sei, den Einsatz von Marktmacht zu verbieten: Im System der Marktwirtschaft muss es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen gestattet sein, seine Eigeninteressen zu verfolgen und unter Anwendung sachlicher, kaufmännischer Grundsätze seine Stellung zu behaupten.[353]

73 Und dennoch: Obwohl die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung den Unternehmen nicht zum Vorwurf gereicht, bleibt dieser Sachverhalt nach herrschender Lehre *nicht ohne Rechtsfolgen*: Die Doktrin ist sich darin einig, dass nach Art. 7 – wie das auch in der Union nach Art. 102 AEUV der Fall ist[354] – marktbeherrschende Unternehmen *erhöhten Verhaltensanforderungen* unterstehen.[355] In seinem Urteil *Michelin I* führte der EuGH aus, marktbeherschende Unternehmen treffe eine **«besondere Verantwortung»**.[356] Die [Seite 1085] ser Ausdruck wird nicht immer gleich gelesen. Unstrittig ist in Lehre und Praxis, dass damit einmal gemeint ist, ein marktbeherrschendes Unternehmen habe von wettbewerbsschädigenden Verhaltensweisen abzusehen, die einem Unternehmen ohne marktbeherrschende Position gar nicht möglich sind (wie z.B. *predatory princing*; s. N 417 ff.). Der WEKO ist demgegenüber nicht zu folgen, wenn sie ausführt, dass die «besondere Verantwortung» dort aufhört, wo «[…] sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde».[357] Gerade das Gegenteil ist der Fall: BELLAMY /CHILD weisen richtig darauf hin, dass der EuGH mit den Vokabeln «besondere Verantwortung» zum Ausdruck bringt, dass das Recht eines Marktbeherrschers, sich wie ein Unternehmen ohne qualifizierte Marktmacht zu verhalten, von Art. 102 AEUV begrenzt wird.[358] Beispielsweise darf ein solches Unternehmen jegliches Geschäft (in welcher Form immer) verweigern; dasselbe trifft für ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht zu.[359] Diese Freiheitsbeschränkung wird durch den Umstand gerechtfertigt, dass schon die Existenz eines solchen Unternehmens auf dem Markt den Wettbewerb hemmt.[360] Der Ausdruck «besondere Verantwortung» bedeutet mithin immer:

> «Le comportement d'une entreprise dominante peut être qualifié d'abusif même si une autre entreprise ne disposant pas de la même puissance sur le marché aurait adopté un comportement similaire dans les mêmes circonstances. Ce qui est *déterminant* est *l'effet anticoncurrentiel potentiel de la pratique* en cause».[361]

Dieser Ausdruck signalisiert m.a.W. die Pflicht des Marktbeherrschers, alle seine Verhaltensweisen auf deren Vereinbarkeit mit Art. 7 zu überprüfen. Insofern übernimmt er eine *Legitimationsfunktion* für kartellgesetzliche Interventionen in das Wettbewerbsgeschehen, die Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen untersagen, wo identisches Verhalten von Unternehmen ohne qualifizierte Marktmacht unbedenklich ist. Die Diskriminierung ist dank des Prinzips der «besonderen Verantwortung» gerechtfertigt. Industrieökonomisch ist das konsistent, da, wie das Bundesgericht richtig festgehalten hat, «[…] identisches Verhalten je nach den konkreten Umständen wettbewerbskonform oder wettbewerbswidrig sein kann».[362] Diese Auffassung entspricht im Übrigen einer konstanten Rechtsprechung des EuGH, der z.B. im Urteil *Compagnie maritime belge* in aller Deutlichkeit festgehalten hat:

> [Seite 1086] «Zudem ist der sachliche Anwendungsbereich der besonderen Verantwortung, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung trägt, *anhand der spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls* zu ermitteln, die eine Situation geschwächten Wettbewerbs erkennen lassen (Urteil vom 14. November 1996 in der Rechtssache C-333/94 P, Tetra Pak/Kommission, Slg. 1996, I-5951, Randnr. 24)».[363]

bbb) Objektivität des Missbrauchsbegriffs

74 In Lehre und Praxis wird immer wieder darauf hingewiesen, dass Missbrauch i.S.v. Art. 7 ein *objektives* Konzept sei.[364] Was mit diesem Satz ausgedrückt werden soll, ist nicht immer klar, da dieser viel ambivalenter ist, als man auf den ersten Blick meinen könnte.[365] Sofern damit das Prinzip zum Ausdruck gebracht wird, dass **Verschulden und/oder andere subjektive Momente keine konstitutive Merkmale des Tatbestandes von Art. 7 und seiner Fallgruppen** bilden, ist der Rede von der Objektivität des Missbrauchskonzepts *beizupflichten*.[366] Denn kartellrechtliche «Objektivität» ist nach herrschender Staatslehre im Ansatz schon *verfassungsrechtlich induziert*; die positivrechtliche Basis des Objektivitätsprinzips ist indes, wie in N 145 f. eingehend dargetan wird, Art. 1 als

> «[w]ichtige erste Anhaltspunkte vermittelt der *Wortlaut* von Artikel 96 Absatz 1 BV: Nicht […Wettbewerbsbeschränkungen] an sich, sondern deren schädlichen *Auswirkungen* sind nach dieser Bestimmung zu bekämpfen». Danach ist gesetzlich – d.h. nach Art. 1 – allein relevant, «[…] was sich *objektiv gesehen schädlich* auf Volkswirtschaft und Gesellschaft auswirkt, *unabhängig vom – lauteren oder verwerflichen – Motiv*, das dem kartellistischen Handeln zugrunde liegt».[367]

Die Doktrin sowie die (schweizerischen) Wettbewerbsbehörden und Gerichte verstehen die Rede vom «objektiven Konzept» allerdings manchmal auch dahingehend, dass die Berücksichtigung von *intentionalen*, also subjektiven Elementen bei der Anwendung von Art. 7 *nicht ausgeschlossen* ist.[368] Diese Spruchpraxis steht m.a.W. – um es ganz präzise auszudrücken – auf dem Standpunkt, dass solche Elemente im Rahmen des *Beweisverfahrens* zuzulassen und zu beachten sind.[369] Man trifft in kartellrechtlichen Entschei [Seite 1087] den gar die Meinung an, dass in Fällen, in denen das inkriminierte Verhalten von seiner äusseren Form her sowohl Ausdruck von Wettbewerb *on the merits* als auch von Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sein könnte, die beweisrechtliche Zulässigkeit von direkten Beweisen oder Indizien gegeben ist, die eine *Verdrängungsabsicht* des marktbeherrschenden Unternehmens aufdeckten.[370] Dieser Auffassung begegnet man meist in preisbezogenen Missbrauchsfällen, wo machtunterlegte Verhaltensweisen von ihrem äusseren Erscheinungsbild her meist zwiespältig sind (s. N 64). Dieser behördlichen Auffassung, die im Übrigen in der Lehre kontrovers ist,[371] ist in dieser allgemeinen Form jedenfalls nicht zu folgen. Um dies zu begründen, sind folgende Differenzierungen nötig:

(1) Werden anlässlich einer Hausdurchsuchung Dokumente gefunden, die eine (nahezu) *eindeutige* und nach behördlichem bzw. richterlichem Ermessen (fast) *zweifelsfrei* gegebene Missbrauchs*strategie* – nicht: Missbrauchs*absicht*[372] – in der beweisrechtlich erforderlichen Genauigkeit darlegen, ist der Nachweis besagter Strategie als *objektiv* und im Kontext der von Art. 7 verlangten *Beweisthematik* verwertbar zu betrachten.[373] Was hier zur Diskussion steht, ist, um es präzis zu fassen, die verfahrensrechtliche Frage des *Beweismasses*, nicht diejenige des Beweisthemas.[374] Ein solcher Beizug von Dokumenten im besagten Sinne zu Beweiszwecken bewegt sich innerhalb des geschilderten verfassungsrechtlichen Rahmens von Art. 96 Abs. 1 BV und steht zumal im Einklang mit Art. 1, der als Rechtsgrundlage zur Lösung des hier anstehenden Problems gegenüber dem Kartellartikel dogmatisch ausschliesslich einschlägig ist (s. N 143). Denn Art. 1 untersagt aufgrund des vom Gesetz vorgesehenen «wirkungsbasierten» Ansatzes nur (dies aber *immer*), dass subjektive Momente zu *konstitutiven Tatbestandsmerkmalen* erhoben werden (s. N 145 f.). In diesem Punkt gibt es *keine Ausnahmen*. Was also der EuGH im Urteil *Tomra* in aller Deutlichkeit festgehalten hat, gilt auch im Schweizer Missbrauchskontrollrecht: **75**

> «Die Kommission muss […] für die Zwecke der Anwendung des Art. 82 EG [heute: Art. 102 AEUV] *keineswegs* den Nachweis einer […] *Absicht* des Unternehmens in beherrschender Stellung erbringen. […] Das Gericht hat insoweit in Randnr. 36 des angefochtenen Urteils zu Recht **[Seite 1088]** hervorgehoben, dass es völlig normal sei, dass die streitige Entscheidung hauptsächlich *das wettbewerbswidrige Verhalten der Rechtsmittelführerinnen erwähne, da die Kommission gerade dieses Verhalten nachweisen musste*. Die *Absicht*, einen Leistungswettbewerb zu führen, kann nämlich, wenn sie denn bestanden haben sollte, *nicht belegen, dass es keinen Missbrauch gab*».[375]

M.a.W. ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt, sich darauf zu berufen, mit einem Beweis subjektiver Tatsachen sei dargetan, dass eine tatbestandsmässige Verhaltensweise vorläge. Denn solches liefe darauf hinaus anzunehmen, dass **subjektive Merkmale konstitutiv für die Tatbestände** der verschiedenen Missbrauchsfallgruppen von Art. 7 wären. Dass dies mitnichten angeht, wird von einem überwiegenden Teil der Doktrin befürwortet.[376] Ein derartiger Nachweis wäre kein Beweiselement, das in irgendeiner Hinsicht tauglich wäre, eine missbräuchliche Verhaltensweise darzutun.[377] Es gilt in diesem Zusammenhang namentlich zu bedenken, dass jedes Unternehmen, welches am Wirtschaftsprozess teilnimmt, dies letztlich in der Absicht tut, seine Marktanteile zu vergrössern.[378] Ist es bei diesem Vorhaben dank der *Höherwertigkeit* seiner Leistungen erfolgreich, so verdrängt es seine Konkurrenten *zwangsläufig* und gleichsam *automatisch*: Der Letzteren Marktanteile sinken, während das aufstrebende Unternehmen an Marktanteilen zulegt, ohne dass es den Wettbewerb verfälschte und zum Schaden der Konsumentenwohlfahrt handelte (s. N 6 f.). Insofern kommt man um die Tatsache nicht herum, dass *jedes* Unternehmen *in Verdrängungsabsicht* um die Wette wirbt.[379] Über die Frage, ob ein Missbrauch vorliegt, geht aus subjektiven Momenten beim Marktbeherrscher wettbewerbsrechtlich *nichts Aussagekräftiges* hervor. Schon aus diesem Grund könnten subjektive Elemente (als Tatbestandsmerkmale) nichts zur anstehenden Frage beitragen, ob auf Missbrauch zu erkennen ist oder nicht (bzw. diese Elemente würden angesichts der Normalität der fraglichen Absicht bei um die Wette ringenden Unternehmen nur besagen, dass sämtliche Unternehmen auf dem Markt nach missbräuchlichem Verhalten strebten, was aus manifesten Gründen absurd wäre).

(2) Ein vertracktes Problem wirft im vorliegenden Zusammenhang die *AKZO*-Rechtsprechung des EuGH auf, die kraft Eurokompatibilitätsgebots (s. N 40 ff.) auch für Art. 7 einschlägig ist.[380] Auf dieses für Art. 102 AEUV in mehr als einer Hinsicht epochale Urteil **[Seite 1089]** wird an anderer Stelle dieser Kommentierung von Art. 7 ausführlich eingegangen (s. N 481 ff.). Hier geht es lediglich um eine Beweisfrage, die eine besondere Form von «Verdrängungsabsicht» im Missbrauchsrecht betrifft. Der Ausgangspunkt des Problems ist folgender: Im *AKZO*-Urteil hat der Gerichtshof zwischen einer *Hauptform* und einer Art *subsidiären*, empirisch vermutlich *eher seltenen Form* der Preisunterbietung (s. N 482 ff. und 486 ff.) unterschieden. Diese **76**

zweite Form soll gewährleisten, dass gewisse atypische Varianten dieses Verdrängungsmissbrauchs erfasst werden können. Nur letztere Form ist hier von Relevanz. Diese zeichnet sich dadurch aus, dass der Tiefpreis des beherrschenden Unternehmens *über* den variablen Durchschnittskosten (AVC; s. N 451), aber *unter* den totalen Durchschnittskosten (ATC; s. N 451) liegt. Manche Industrieökonomen und Kartellrechtler sind skeptisch, ob diese Preisunterbietungsform – wie dies für die Hauptform zutrifft – schädliche Effekte auf den Wettbewerb und die Konsumentenwohlfahrt zu erzeugen vermag. Deren Ansicht nach ist nur das «echte», sog. «pure» *predatory pricing* (die erste Form), das sich alleine durch die *Unterschreitung* der AVC (in gewissen Lagen auch der AAC und der LRAIC; s. N 458) hervorhebt, dazu imstande. Diese Skepsis ist wohl mit ein Grund dafür, dass der EuGH bei der zweiten Preisunterbietungsform nur dann auf Missbräuchlichkeit erkennt, wenn zusätzlich noch ein «Plan» des beherrschenden Unternehmens dargetan wird, «[…] der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat […]» (s. N 487). Ersichtlich ist dieses Merkmal eines *«Ausschaltungsplanes»* nicht frei von Ambivalenzen. Ist damit eine (ganz und gar *subjektive) Verdrängungsabsicht* des Marktbeherrschers gemeint? Geht man mit der hier vertretenen Auffassung einig, dass jedes Unternehmen im Rivalitätsprozess des Marktes die Absicht hegt, seine Marktanteile auszudehnen – was ausgedeutscht nichts anderes heisst, als dass es danach trachtet, seine Konkurrenten auszustechen –, so erscheint eine solche Interpretation der wiedergegebenen Aussage des Gerichtshofes kaum überzeugend. Aus wirtschaftsrechtlich-funktionaler Perspektive (s. N 29 f.) kann das Merkmal des «Ausschaltungsplanes» nicht bedeuten, dass die Wettbewerbsbehörden eine *Verdrängungsabsicht* im subjektiven Sinne nachweisen müssen, sondern vielmehr, dass sie eine *Strategie* – d.h. eine objektive Gegebenheit, die allein durch Verhaltenselemente offenbar werden kann – darzutun haben, die auf Rivalenbeseitigung zielt. Resümierend lässt sich somit festhalten: Die Basis der Analyse der zweiten, subsidiären Preisunterbietungsform ist nicht auf den Beleg *subjektiver* Elemente ausgerichtet, sondern auf einen solchen *objektiver* Momente, die ihren Grund in der Kostentheorie der Ökonomik sowie in der wettbewerbsschädigenden Anlage der vom beherrschenden Unternehmen an den Tag gelegten Verhaltensweise haben (s. N 488 ff.). M.a.W. erfolgt nach besagtem Test der Rückschluss auf ein Verdrängungsverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens aufgrund einer Untersuchung der Preisstruktur, die ohne Einbezug von subjektiven, sondern nur von objektiv-strategischen Motiven erfolgt.[381] Insofern verlangt die *AKZO*- [Seite 1090] Rechtsprechung einzig und allein eine Missbrauchsanalyse, die sich darin selbst disziplinieren muss, für subjektive Momente «blind» zu bleiben und sich in aller Konsequenz darin üben muss, sich auf objektive Momente *strategischen* Charakters im Sachverhalt zu konzentrieren (s. N 490).[382]

c) Missbrauchstypologie

aa) Allgemeines

77 Art. 7 erfasst, wie das Bundesgericht regelmässig in Erinnerung ruft, unterschiedliche Missbrauchsarten.[383] Der Zweig der Kartellrechtswissenschaft, der sich mit der Kategorisierung der diversen in Theorie und Praxis vorzufindenden Missbrauchsformen beschäftigt, ist die **Typenlehre**. In der Hauptsache hält diese verbraucherwidriger,[384] preisbezogener, nichtpreislicher, diskriminatorischer, ausbeuterischer Missbrauch[385] und Vergeltungsmissbrauch (als besondere Art von Verdrängungsverhalten)[386] auseinander. Gewisse Autoren fügen dieser Liste noch den Strukturmissbrauch hinzu.[387] Das Gesetz seinerseits differenziert in Art. 7 Abs. 1 zwischen Behinderungs- und Benachteiligungsmissbrauch (*sub verbo* «[…] andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs *behindern* oder die Marktgegenseite *benachteiligen*»). In dieser Kommentierung von Art. 7 halten wir uns an eine einzige Differenzierung, nämlich an diejenige zwischen **Verdrängungs**- und **Ausbeutungsmissbrauch**.[388] Dabei dient uns der Begriff « [Seite 1091]

Verdrängungsmissbrauch» als *Oberbegriff* für sämtliche Missbrauchsformen, die sich gegen Rivalen oder Handelspartner des Marktbeherrschers richten.[389] Im schweizerischen Kartellrecht wird dieser Oberbegriff noch oft mit der Vokabel *«Behinderungsmissbrauch»* bezeichnet, wobei es sich abzeichnet, dass diese Terminologie bald obsolet sein wird. Der Grund für unsere in dieser Kommentierung von Art. 7 gewählte Begrifflichkeit wird in N 84 ff. näher erläutert.

78 Was den **epistemologischen Status**[390] von Missbrauchstypen anbelangt, ist vorab zu notieren, dass deren *positiv-deskriptiven* Charakter es verbietet, sie in der Rechtsanwendung *dogmatisch* zu verwenden. Sie haben eine bloss *taxonomische* (klassifikatorische) Funktion. Immerhin sind sie im Rahmen einer kartell*rechtlichen* Argumentation nicht völlig belanglos: Ihnen ist vor allem ein *heuristischer Wert* zuzuerkennen.[391] Ferner können sie gelegentlich als *Orientierungshilfe* fungieren, dies zumal bei anspruchsvollen *rechtsmethodischen* Operationen, wo sie auf unberücksichtigte argumentative Topoï hinweisen können. Auf dieser Ebene dienen sie insbesondere der Schärfung des Vorverständnisses (i.S.v. ESSERs Lehre):[392] Sie besitzen oft die Eignung, Einblick in die *Funktionsweisen* von missbräuchlichen Verhaltensweisen zu geben. Ferner unterstützen sie die Durchführung der materiellen Prüfung eines relevanten Sachverhalts, indem sie das Spektrum der in Betracht zu ziehenden *Hypothesen* einkreisen, mitunter zur Identifizierung schwer erkennbarer Fragestellungen beitragen, dadurch die Beweissammlung erleichtern und regelmässig eine erste, provisorische Disposition des Entscheides zu entwerfen helfen.[393] Sie lösen allerdings *keine Rechtsfolgen* aus, was sich daraus ergibt, dass sie als Idealtypisierungen *keinen normativen* Charakter besitzen. Daraus, dass den *idealiter* auseinandergehaltenen Missbrauchstypen eine *direkte normative Relevanz* fehlt, d.h., daraus, dass sie eine ausschliesslich *deskriptive* bzw. positive Funktion haben, die auf ganz anderes zielen als darauf, den viel komplizierteren Realtypen des Missbrauchs i.S.v. Art. 7 gerecht zu werden, folgt nach Auffassung der Schweizer Wettbewerbs [Seite 1092] behörden und insbesondere des Bundesgerichts, dass – um es in den hier besonders passenden Worten von SCHRÖTER/BARTL auszudrücken – «[…] ein konkreter Verstoß gegen […] Art. 7] meistens mehreren der vorgeschlagenen Kategorien zugleich zugeordnet werden muss […]».[394] Dem folgt auch ohne Weiteres die schweizerische Doktrin.[395] Auf den Fragenkreis dieser sog. *Mehrfachtatbestandsmässigkeit* wird in N 628 f. näher eingegangen.[396]

bb) Verdrängungsmissbrauch

79 Die Oberkategorie des **Verdrängungsmissbrauchs** eines marktbeherrschenden Unternehmens kann, wie in N 77 erwähnt, in zwei Unterklassen[397] aufgeteilt werden:[398]

80 (1) Die erste bezeichnet man als **Behinderungsmissbrauch**, der dadurch charakterisiert ist, dass der Marktbeherrscher seine Rivalen *unmittelbar* auf dem *beherrschten* Markt benachteiligt.[399] Die qualifizierte Marktmacht wird nicht als «Hebel» auf verbundenen Märkten (z.B. auf dem *upstream* oder dem *downstream market*) eingesetzt, um im Reflex Wettbewerbsstörungen auf dem beherrschten Markt zu erzeugen. Vielmehr wird diese Marktmacht *direkt* gegen Rivale gerichtet, was man auch dahingehend umschreiben kann, dass die qualifizierte Marktmacht als Mittel zur *unmittelbaren* Veränderung der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Rivalen des beherrschenden Unternehmens verwendet wird.[400] Der Effekt dieser missbräuchlichen Verhaltensweise besteht darin, dass entweder die aktuellen Konkurrenten des Marktbeherrschers *verdrängt* (zuweilen auch [Seite 1093] *diszipliniert* werden [sog. Vergeltungsmissbrauch][401]) oder der *Markteintritt* eines potenziellen Wettbewerbers verhindert wird. Als Beispiel für diese eher seltene Art missbräuchlichen Verhaltens kann der Aufbau von Eintrittsbarrieren durch den Marktbeherrscher erwähnt werden, um Neueintritte zu verhindern (etwa vermittels Verweigerung von Schnittstelleninformationen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. e; s. N 261).[402]

81

(2) Davon zu unterscheiden ist die in der Praxis den *Hauptfall* des Verdrängungsmissbrauchs bildende **wettbewerbswidrige Marktverschliessung** (auch *foreclosure abuse*).[403] Diese Verhaltensweise fusst auf einem anderen Mechanismus als der Behinderungsmissbrauch (s. N 79 ff.). Dieser besteht darin, dass entweder *upstream* das *Angebotsverhalten* oder *downstream* das *Nachfrageverhalten* durch den Marktbeherrscher wettbewerbswidrig *verändert* wird, sodass die Tätigkeit von Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen beeinflusst wird.[404] Eine Marktverschliessung kann ihrerseits *zwei Formen* annehmen:

82 (a) Eine *horizontal foreclosure* liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen den *Zugang* von aktuellen oder potentiellen *Konkurrenten*, d.h. von Unternehmen, die auf dem *beherrschten* Markt tätig sind bzw. sein wollen, zu Liefer- oder Absatzquellen – d.h. Quellen, die respektiv auf vor- oder nachgelagerten Märkten gelegen sind – *erschwert* oder *verunmöglicht*. Vermittels dieser Verhaltensweise beeinflusst das Unternehmen mit qualifizierter Macht die Wettbewerbsparameter auf dem beherrschten Markt zu seinem eigenen Vorteil.[405] Im angelsächsischen Schrifttum wird in dieser Hinsicht auch von *primary-line injury* gesprochen. Eine solche **horizontale Marktverschliessung** kann z.B. eine Diskriminierung von Handelspartnern bewirken, wenn dadurch den Konkurrenten des (vertikal nicht integrierten) Marktbeherrschers der Zugang zu einer Bezugs- oder Absatzquelle versperrt oder erschwert wird. Durch diese Verhaltensweise behindert das beherrschende Unternehmen seine Konkurrenten auf dem *beherrschten* Markt. Ersichtlich werden die Rivalen des Letzteren in dieser Konstellation *mittelbar* im Wettbewerb beeinträchtigt.

83 (b) Von *vertical foreclosure* oder **vertikaler Marktverschliessung** spricht man dann, wenn der Marktbeherrscher einen *Handelspartner* auf einem vor- oder nachgelagerten Markt in der Weise benachteiligt, dass dieser im Verhältnis zu seinen Konkurrenten im Wettbewerb behindert wird.[406] Deshalb wird im angelsächsischen Schrifttum in diesem Zusammenhang auch der Begriff der *secondary-line injury* verwendet. Ein Beispiel hierfür ist die Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b. In diesem Fall fügt das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens dem betroffenen Handelspartner einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu dessen eigenen Konkurrenten zu (sog. *secondary-line discrimination*; s. N 295).

84 Für die kartellrechtliche Beurteilung des Verdrängungsmissbrauchs sind nicht die Art oder die Struktur – oder allgemeiner: die *Form* – des Verdrängungsverhaltens bestimmend, sondern des Letzteren *Effekte*.[407] Was diesem Verhalten nämlich sein Schädi **[Seite 1094]** gungspotenzial verleiht, ist der Umstand, dass dieses sich immer als Strategie ausweist, die gegen *Rivale* oder *Handelspartner* des Unternehmens in beherrschender Stellung gerichtet ist und *dadurch* – durch den «Transmissionsriemen» der Schädigung von Wettbewerbsprozessen – **indirekt** die **Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigt**.[408] Deshalb verlangt Art. 7 grundsätzlich eine *wirkungs*-, nicht eine *form*basierte Analyse, was in N 127 ff. vertieft behandelt wird. Die Logik des Verdrängungsmissbrauchs besteht darin, dass er letztlich die Konkurrenz auf jenem Markt verfälscht, wo die Konsumenten Produkte oder Dienstleistungen nachfragen. Die Wettbewerbsbeeinträchtigung hat deshalb auf diesem Markt *(sell-on market)* zur Folge, die Konsumentenwohlfahrt *mittelbar*, d.h. über die Mechanismen der Verfälschung von Konkurrenzprozessen, zu verringern.[409] Entscheidend ist also nicht der Umstand, dass Konkurrenten benachteiligt oder eliminiert werden. Denn auch auf einem Markt, auf dem ausschliesslich *competition on the merits* stattfindet, kommt es zur Benachteiligung oder Elimination von Rivalen, und zwar immer dann, wenn diese *ineffizient* sind.[410] Die Elimination derartiger Konkurrenten stellt dementsprechend eine *Steigerung* der Konsumentenwohlfahrt dar. Das ist, wie im Schrifttum gesagt wird, «the *very hallmark of competition*».[411] Im Urteil *Post Danmark I* hat der EuGH in diesem Sinne hervorgehoben:

> «Nach ständiger Rechtsprechung enthält die Feststellung, dass eine beherrschende Stellung gegeben ist, für sich allein keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen (vgl. Urteile vom 9. November 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission, 322/81, Slg. 1983, 3461, Randnr. 57, und vom 16. März 2000, Compagnie maritime belge transports u.a. /Kommission, C-395/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000, I-1365, Randnr. 37). Art. 82 EG [sc. Art. 102 AEUV] hat nämlich keineswegs zum Ziel, es zu verhindern, dass ein Unternehmen auf einem Markt aus eigener Kraft eine beherrschende Stellung einnimmt (vgl. u.a. Urteil TeliaSonera Sverige, Randnr. 24). Ebenso wenig soll diese Vorschrift gewährleisten, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient als das Unternehmen in beherrschender Stellung sind, weiterhin auf dem Markt halten».[412]

Entscheidend dafür, ob das Verhalten eines Unternehmens als *Verdrängungsmissbrauch* qualifiziert wird oder nicht, ist mithin das Kriterium, ob dieses Verhalten *konsumentenwohlfahrtsschädigend* ist (s. N 115 ff.).

Verdrängungsmassnahmen können ***ex ante*** (Angriffsverhalten) oder ***ex post*** (Verteidigungsverhalten) getroffen werden. Letzteres ist eher selten und zumal dann der Fall, wenn der Marktbeherrscher gegen Konkurrenten *Vergeltung* für eine missliebige kommerzielle Strategie übt.[413] Ein solches *Retorsionsverhalten* ist der Kategorie des Verdrän **[Seite 1095]** gungsmissbrauchs (und nicht derjenigen des Ausbeutungsmissbrauchs; s. N 87 f.) zuzuordnen.[414] **85**

Eine weitere Differenz stellt auf das Kriterium des **Zieles** der Verdrängung ab: Das marktbeherrschende Unternehmen kann einerseits den (1) *Markteintritt* und andererseits die (2) *Ausübung des Wettbewerbs* verhindern oder erschweren. Die erste Konstellation nimmt in aller Regel die Gestalt von *Marktzutrittsschranken* an – wobei solche *nota bene* auch aufgebaut werden, um einen Behinderungsmissbrauch (s. N 80) zu realisieren –, was der Marktbeherrscher auf sehr unterschiedliche Art bewerkstelligen kann.[415] Die zweite Konstellation entsteht, wie in N 81 ff. dargelegt, hauptsächlich durch Erzeugung von *Marktverschliessungen* (s. N 81 ff.). Verdrängungsmassnahmen sind in der Wirtschaft ebenfalls in sehr verschiedenartigen Formen anzutreffen, wie etwa die *disziplinierende* Behinderung, die *Schmälerung* des Umsatzes von Konkurrenten, die *preisliche* oder *nichtpreisliche Verdrängung* und der *strategische* Missbrauch, wie z.B. das *«raising rivals' cost»*.[416] **86**

cc) Ausbeutungsmissbrauch

Der Ausbeutungsmissbrauch richtet sich gegen die **Marktgegenseite**.[417] Industrieökonomisch steht das Substantiv *«Ausbeutung»* stets im Zusammenhang mit Verhaltensweisen, die *unmittelbar* Nachfrager, d.h. Handelspartner oder Verbraucher, schädigen und somit die *Konsumentenwohlfahrt* in *direkter* Weise beeinträchtigen.[418] Der Unterschied zum Verdrängungsmissbrauch, welcher der Konsumentenwohlfahrt immer *via indirecta* als Folge der Beseitigung oder der Marginalisierung von Konkurrenten des Marktbeherrschers hinderlich ist (s. N 80), besteht somit in der Manier, wie wohlfahrtsschädigende Effekte durch das Verhalten des Marktbeherrschers erzeugt werden.[419] Aus der Perspektive der *industrial organization* setzt der beherrschende Ausbeuter seine Macht ein, um aus den Nachfragern eine *«Produzentenrente»* zu extrahieren, was ihm ohne seine Position auf dem Markt nicht gelänge.[420] In der Praxis nimmt der Ausbeutungsmissbrauch namentlich die Gestalt der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c; *excessive pricing* bzw. *unfair trading conditions*; s. N 351 ff.) an.[421] Die Missbrauchsfallgruppe von lit. c zeichnet sich **[Seite 1096]** dadurch aus, dass sie gleichsam in *reiner* Form erfolgt, d.h. *ohne* dass *Verdrängungseffekte* gezeitigt werden (indem Nachfragern *direkt* unangemessene preisliche oder preiswürdige Konditionen auferlegt werden). Ausbeutung kann aber auch als *Mischelement* im Kleid anderer Missbrauchsvarianten von Art. 7 Abs. 2 stattfinden, z.B. in demjenigen der sog. konstruktiven Geschäftsverweigerung (s. N 203).[422] Andere als preisliche bzw. preiswürdige Verhaltensweisen können, obwohl sie empirisch viel seltener **87**

beobachtet werden, ebenfalls ausbeutend wirken. Als Beispiel ist die von Verwertungsgesellschaften den beauftragenden Urhebern aufgezwungene Pflicht zu nennen, deren weltweiten Rechte umfassend abzutreten.[423] Manchmal kann auch das *tying* und das *bundling* eine Ausbeutungskomponente enthalten.[424]

88 Als **Nachbemerkung** zum Gesagten ist zweierlei hervorzuheben: (1) Nach dem Konzept des geltenden Kartellgesetzes wird ausbeuterisches Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung der Kontrolle von Art. 7 *mitnichten* aus lauterkeitsrechtlichen Motiven unterstellt. Es geht *ausschliesslich* um den *Schutz ökonomischer Funktionen des Wettbewerbs* und nicht irgendwelcher «systemischer Fairness» lauterkeitsrechtlicher Art, was freilich in N 381 ff. noch näher präzisiert wird. (2) Aus dieser ersten Prämisse folgt eine zweite: Weil der Ausbeutungsmissbrauch im Wettbewerbsbeschränkungsrecht nicht selten – explizit oder implizit, dies aber immer irrigerweise – mit lauterkeitsrechtlichen Vorstellungen assoziiert wird, ist in Lehre und Praxis zuweilen eine Tendenz festzustellen, dass gewisse Missbrauchsvarianten des Art. 7 Abs. 2, die nebst Verdrängungseffekten noch ein Ausbeutungsmoment aufweisen (s. N 87 f.), in einer gesetzeswidrigen Weise ausgelegt werden. Und zwar dahingehend, dass es letztlich, d. h. im Rechtsanwendungs*ergebnis*, zu einer Form von *Preiskontrolle* kommt.[425] Eine solche Kontrollaufgabe hat *regulatorischen Charakter* und ist dem Kartellgesetz fremd. Dieses ist exklusiv darauf zugeschnitten, einen *Prozess* (den Wettbewerb) in seiner *Dynamik, Evolutions-* und *Funktionsfähigkeit* zu schützen, und nicht darauf, im Vorfeld dieses Prozesses definierte Ziele[426] zu erreichen (wie es Regulierungsrecht stets bezweckt).[427] Im US-amerikanischen Kartellrecht spricht man hinsichtlich dieses Prozess- und Funktionsschutzes davon, dass dieses Recht nur aufgrund von *antitrust doctrines* angewendet werden darf. CARLTON hat den Begriff der *antitrust doctrine* (in Abgrenzung zum regulatorischen Recht) sehr anschaulich umschrieben:

> «Antitrust and regulation represent two alternative approaches to competition policy. *Antitrust is designed to let markets work when they can work.* Regulation is specific, setting rules for prices and quantities. When markets fail – as in natural monopolies – antitrust is not a substitute for regulation. The U.S. Supreme Court drew a sharp line in *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Tninko, LLP* (540 U.S. 398, 407-08 [2004]): Antitrust courts have no business imposing affirmative duties on a firm to sell at specific prices […]. *Where prices must be set by other than the market, then that is a task for regulators*».[428]

[Seite 1097] Wenn von *antitrust doctrines* die Rede ist, wird damit ein Ausschlussgedanke geäussert: nämlich ein methodologisches Verbot, dass eine unter dem Deckmantel des Kartellrechts betriebene regulatorische Policy umgesetzt wird.[429] Deshalb ist es richtig, wenn im Schrifttum unterstrichen wird: «Le contrôle des pratiques d'exploitation comporte le *danger inhérent d'une surveillance sur les prix* […] pratiqués par une entreprise dominante».[430] Kartellrecht muss von jeglicher regulatorischer Logik frei bleiben, soll es die ihm zugedachte Aufgabe effektiv erfüllen. Um solche (un)beabsichtigte regulatorische Effekte durch die Anwendung kartellgesetzlicher Bestimmungen zu vermeiden, sollte, wie in N 87 bereits erwähnt, der Ausbeutungsmissbrauch stets mithilfe von *industrieökonomisch fundierten* Kriterien angegangen werden.

dd) Strukturmissbrauch

aaa) Allgemeines

89 Der sog. Strukturmissbrauch ist (zumindest ausdrücklich) in Art. 7 nicht geregelt und stellt in mehr als einer Hinsicht eine **Sonderfrage der Missbrauchskontrolle** dar (s. N 91, 95 ff.). Die Dogmatik dieser Rechtsfigur hat der EuGH im Urteil *Continental Can* entwickelt. Seine Absicht bestand darin, den Gegensatz von Marktverhalten und Marktstruktur zu relativieren.[431] Er betrachtete es als inkohärent, zwischen dem Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, das auf dem Markt Effekte erzeugt und von Art. 102 AEUV erfasst ist, und einer Verhaltensweise desselben, die über die Erzeugung von Marktauswirkungen hinaus unmittelbar die Marktstruktur

betrifft und grundsätzlich nicht unter diese Bestimmung fällt, zu differenzieren.[432] Vielmehr müssten seiner Auffassung nach unter gewissen Voraussetzungen auch strukturelle Massnahmen in den Anwendungsbereich der Missbrauchskontrolle fallen. Diese Voraussetzungen wurden vom EuGH folgendermassen umschrieben: «Ein missbräuchliches Verhalten kann […] vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen.»[433] Hinter dieser Rechtsprechung steht die historische Tatsache, dass das europäische Wettbewerbsrecht bis zum Jahre 1990 keine ausdrückliche positivrechtliche Grundlage der Fusionskontrolle kannte.[434] Das Urteil *Continental Can* ist somit als Versuch zu betrachten, auf der Basis von Art. 102 AEUV ein *funktionales Äquivalent* zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen zu schaffen. Nach dem Inkrafttreten der VO 4064/89 am 21.9.1990 (im Jahre 2004 von der VO 139/2004 ersetzt) stellte sich die Frage, ob die *Continental Can*-Rechtsprechung noch weiterhin Gültigkeit besitzt. Die Frage ist im europäischen Schrifttum strittig;[435] indes hat seither keine nennenswerte Weiterentwicklung der *Continental Can doctrine* in der Praxis der Kommission und der europäischen Gerichte[436] stattgefunden.[437]

[Seite 1098] In der **Schweiz** stellt sich die Ausgangslage anders als in der ehemaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) dar. Das geltende Kartellgesetz enthielt von Anfang an eine Machtmissbrauchs- und eine Fusionskontrolle. Aus dieser Perspektive gibt es an sich keinen Anlass, die Frage nach dem Strukturmissbrauch aufzuwerfen. Allerdings lässt die *Eurokompatibilität* des Schweizer Wettbewerbsrechts (s. N 40 ff.) diese Frage als klärungsbedürftig erscheinen. Ausgangspunkt der Überlegungen sollte freilich eine Haltung der *Behutsamkeit* sein: Weder aus der unterschiedlichen Entstehungsgeschichte des schweizerischen und des europäischen Rechts noch aus dem Europakomformitätsargument im Schweizer Kartellrecht sollten voreilige Schlüsse in Bezug auf die Frage gezogen werden, ob Art. 7 einen Tatbestand des Strukturmissbrauchs kennt.[438] Es geht *re vera* um ein *materiellrechtliches* Problem, das sich allein mit formaljuristischen Argumenten nicht lösen lässt. Wettbewerbstheoretische und -politische Überlegungen sind allemal mitzuberücksichtigen (s. N 96). **90**

bbb) Begriff

Ungeklärt ist in der Schweiz, wie der Strukturmissbrauch (ggf.) **begrifflich** zu erschliessen ist. Ein Teil der Doktrin vertritt die Auffassung, dass eine solche Fallkonstellation dann gegeben ist, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen *systematisch* kleinere Konkurrenten übernimmt, um seine Stellung in dem Ausmasse zu verstärken, dass wirksamer Wettbewerb in einem Ausmass gestört wird, das die Erfüllung seiner Funktionen in Frage stellt.[439] Andere Autoren nehmen eine *Negativabgrenzung* vor und definieren den Strukturmissbrauch als Verhaltensweise, welche die Position des Marktbeherrschers nicht durch die vergleichsweise überlegenen Eigenschaften seiner Produkte bzw. seiner Dienstleistungen (Preis, Qualität, Innovation usw.), sondern über die *direkte Beeinflussung der Marktstruktur* verstärkt.[440] Gewisse Autoren schieben die Erkenntnisse der Industrieökonomik zur Seite und sprechen von einem «Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs».[441] Einzig CHERPILLOD hat bis anhin eine *elaborierte* Begrifflichkeit entwickelt. Seine Definition des Strukturmissbrauchs ist dreigliedrig: (1) Es muss eine *Transaktion* oder eine bestimmte bzw. bestimmbare Anzahl von Transaktionen vorliegen, durch die der Marktbeherrscher subjektive Rechte (Eigentum, Immaterialgüterrecht usw.) erwirbt, die ihm einen bislang nicht bestehenden absoluten oder strategischen Vorteil verleihen. (2) Diese Transaktion(en) muss (müssen) auf die *Veränderung der Marktstruktur* hinzielen, und zwar insofern, als dadurch die Modifikation direkt-kausal und zeitlich simultan herbeigeführt wird. (3) **91**

Die Marktstrukturveränderung muss die *marktbeherrschende Stellung verstärken*, sodass der aktuelle oder potenzielle Wettbewerb spürbar beeinträchtigt wird.[442] In der Untersuchung *Credit Suisse/Bank Linth* hat die WEKO ihrerseits den Marktstrukturmissbrauch als ein Verhalten qualifiziert, mit dem ein marktbeherrschendes Unternehmen «[…] die Marktstruktur auf den einzelnen nachgelagerten Vertriebsmärkten zu ihren eigenen Gunsten beeinflussen kann.»[443] Kernvorstellung all dieser Versuche der Begriffsumschreibung stellt folgende Überlegung dar: [Seite 1099] Strukturmissbrauch zeichnet sich dadurch aus, dass das fragliche Verhalten des Marktbeherrschers nicht unmittelbar auf den Wettbewerb als produkt- oder dienstleistungsbezogenen Rivalitätsprozess zielt (der dann, zeitlich aufgeschoben, die Marktstruktur beeinflusst); vielmehr betrifft er unmittelbar die *Marktstruktur*, die dann nach eingetretener Veränderung die Rivalitätsbeziehungen zwischen den Unternehmen beeinflusst. Zentral ist mithin die Unmittelbarkeit der Wirkungen, die das fragliche Verhalten auf strukturelle Wettbewerbsfaktoren zeitigt.

92 Eine andere Frage ist, ob der so umrissene Strukturmissbrauch von Art. 7 erfasst wird. Jedenfalls darf die Begriffsbestimmung bei dieser Frage keine Rolle spielen (s. N 91). Die **Materialien** deuten denn auch darauf hin, dass eine Übernahme der europäischen Grundsätze, die der EuGH in seinem Urteil *Continental Can* aufgestellt hat (s. N 89), in das schweizerische Recht anlässlich der Gesetzgebungsarbeiten zur geltenden Gesetzesnovelle als *unzweckmässig* eingestuft wurde. So hielt der Bundesrat fest: «Mit der Einführung einer Fusionskontrolle wird nicht zuletzt auch verhindert, dass die (verschärften) Bestimmungen über Wettbewerbsabreden durch Zusammenschlüsse und zusammenschlussartige Tatbestände umgangen werden, was im Ausland zeitweise dazu geführt hat, dass die Verhaltenskontrolle (eigentliches Kartellrecht) in systemwidriger Weise in Richtung Strukturkontrolle (Fusionsrecht) ausgeweitet wurde».[444]

93 Die **doktrinellen Ansichten** liegen weit auseinander. Verschiedene Autoren postulieren die Übernahme der *Continental Can*-Rechtsprechung in das schweizerische Recht mit dem Argument, der Zweck von Art. 7 verlange auch die Unterstellung von «[…] Verhaltensweisen, die zu ‹schweren Beeinträchtigungen des Wettbewerbs› – etwa durch Veränderung der Marktstruktur als Folge von Übernahmen konkurrierender Unternehmen – […] führen können»;[445] diese Teleologie werde auch von systematischen Erwägungen getragen: «[D]iese Bestimmung [sc. Art. 7] ist im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs aufgestellt (vgl. Art. 1) und erfasst daher *alle* Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, die diesem Ziel zuwiderlaufen.»[446] Im Schrifttum wird allerdings bezweifelt, dass auf der Basis dieser Argumentation marktstrukturelle Massnahmen eines marktbeherrschenden Unternehmens untersagt werden können.[447] Gewisse Autoren lehnen die Anwendung von Art. 7 auf solche Massnahmen mit der Begründung ab, dass allein das künftige Verhalten der aus einem Zusammenschluss hervorgehenden Entität, nicht aber die Transaktion selbst der Missbrauchskontrolle unterliege.[448] Dem widerspricht CHERPILLOD mit folgenden Überlegungen:[449] «[L]es comportements d'entreprises en position dominante qui ont pour effet certain ou hautement vraisemblable d'atténuer le niveau de concurrence, voire de supprimer celle-ci, doivent logiquement tomber sous le coup des dispositions sur l'abus de position dominante.» Die «logische» Notwendigkeit einer Unterstellung des Strukturmissbrauchs unter Art. 7 sieht der Autor darin begründet, dass das Kartellgesetz die Verwirklichung eines «système de droit de la concurrence aussi exhaustif que possible» anstrebt.[450] Allerdings will er nicht sämtliche Strukturmissbräuche von Art. 7 erfasst wissen, weil es dem sog. Fusions- oder Konzentrationsprivileg von Art. 9 Rechnung zu tragen gelte: «[L]'application de l'art. 7 Lcart à des opérations de concentration au sens de l'art. 4 al. 3 Lcart est impossible en droit [Seite 1100] suisse. Ne restent plus que les cas où l'opération ne transfère pas le contrôle de l'entreprise cible, mais seulement une certaine influence».[451]

94 Die **Praxis** der Behörden ist spärlich und alt. Die einzige materiellrechtliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob Art. 7 den Strukturmissbrauch erfasst, findet

man im Schlussbericht des Sekretariates vom 3.7.2006 i.S. *Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen*.[452] In dieser Vorabklärung ging es um die Publigroupe als Muttergesellschaft und ihre vier Tochtergesellschaften, die im Zeitpunkt der relevanten Fakten an zahlreichen Zeitungsverlagsgesellschaften Minderheitsbeteiligungen zwischen 11% und 37% hielten, wovon der überwiegende Teil Jahre zuvor erworben worden war. Geklärt werden sollte insbesondere, ob die Publigroupe im Sinne eines Marktstrukturmissbrauchs die Anzeigenvermarktung auf diejenigen Titel konzentrierte, an denen sie Minderheitsbeteiligungen innehatte. Zunächst hat das Sekretariat festgehalten, dass die einschlägigen Rechtstatsachen lediglich einen atypischen Strukturmissbrauch, wenn überhaupt, erkennen lassen.[453] Daraus hat es trotzdem – also auf unsicherem faktischem Boden – den Schluss gezogen, dass die «fallweise Beurteilung eines Sachverhaltes als Marktstrukturmissbrauch sinnvoll [ist]». Der Sachverhalt, so das Sekretariat weiter, würde allerdings keine Anhaltspunkte aufweisen, «dass sich Publigroupe bei der Anzeigenvermittlung auf Verlage und Titel konzentriert, an denen sie Minderheitsbeteiligungen hält.»[454] Bereits im Schlussbericht vom 4.11.2002 im Fall *VSW-Aufnahmebedingungen* hatte das Sekretariat unter Hinweis auf das *Continental Can*-Urteil des EuGH die Möglichkeit erwähnt, dass der Strukturmissbrauch unter Art. 7 falle.[455] Allerdings hatte die WEKO diese Frage in der darauf folgenden Untersuchung nicht weiterverfolgt.[456] Der Strukturmissbrauch kommt sonst nur in der Verfügung der WEKO vom 19.5.2003 im Fall *Credit Suisse/Bank Linth* beiläufig zur Sprache, ohne dass daraus für die vorliegenden Überlegungen thematisch Relevantes hervorging.[457]

ccc) Systemwidrigkeit

95 Das karge und ambivalente Fallrecht der Wettbewerbsbehörden kann kaum als Grundlage für eine «Geltung *(de lege lata)*» des Strukturmissbrauchs herhalten. Vorweg stellt sich überhaupt die Frage, ob in diesem Zusammenhang eine richterliche Kompetenz i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB gegeben ist, um eine derart wertungsbeladene Rechtsfortbildung wie die Schaffung des hier fraglichen Missbrauchstypus vorzunehmen.[458] Gewichtige Argumente sprechen dafür, dass hier jener Zuständigkeitsbereich betroffen ist, welcher strikt der *Legislativgewalt* vorbehalten ist.[459] In diese Richtung bewegt sich letztlich auch die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts, die *in casu* eher Zurückhal [Seite 1101] tung gebietet;[460] oder, anders gesagt: eher *gegen* eine Befugnis zur Bildung eines richterrechtlichen Strukturmissbrauchsrechts zu verstehen ist. Selbst aber wenn man den folgenschweren Schritt wagen wollte, eine derartige Kompetenz zu bejahen, ist äusserst fraglich, ob in der Spruchpraxis ein Rechtsfortbildungsakt auffindbar ist, welcher das Rechtsinstitut des Strukturmissbrauchs auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 2 ZGB *modo legislatoris* geschöpft hat. Denn der einzige Entscheid, der sich mit dem Strukturmissbrauch einigermassen reflektiert auseinandergesetzt hat, nämlich der in N 94 resümierte Schlussbericht des Sekretariates i.S. *Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen*,[461] ist kein Fall eines solchen Missbrauchstyps: Gemäss Sekretariat lag *in casu* eine Mischung von Verdrängungs- und Ausbeutungsmissbrauch vor. In der Tat ging es im relevanten Sachverhalt um die Frage, ob der Marktbeherrscher die ihm zustehenden Minderheitsbeteiligungen strategisch eingesetzt hat, um den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Die vom Sekretariat vorgetragenen Gründe lassen erkennen, dass *keine marktstrukturelle Einflussnahme* vorlag, da der Erwerb der fraglichen Minderheitsbeteiligungen zum Teil Jahre zurücklag. Nur der Erwerbssachverhalt – und nicht die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten aus Beteiligungen, die vor geraumer Zeit akquiriert wurden – ist für den Tatbestand des Strukturmissbrauchs konstitutiv. Die weiteren Präjudizien[462] sind ihrerseits im Hinblick auf den Strukturmissbrauch kartellrechtlich allzu gehaltlos, um Schlüsse welcher Art auch immer zu erlauben.

96

Auch das Konzept des Kartellgesetzes spricht dagegen, dass die *Continental Can doctrine* nach Art. 7 gilt. Deutlich sind in dieser Hinsicht die Materialien, die die fragliche europäische Rechtsprechung, im Falle einer Übernahme in das schweizerische Recht, als eine **«Systemwidrigkeit»** im Gefüge des Kartellgesetzes qualifizieren. Gegen dieses entstehungsgeschichtliche Argument hat CHERPILLOD[463] eingewendet, der Bundesrat habe sich widersprochen, da er an anderer Stelle in der Botschaft 1994[464] in Aussicht gestellt habe, ein «komplettes» System des Wettbewerbsschutzes *(«contrôle exhaustif»)* in Platz zu setzen. Daraus schliesst dieser Autor, dass den bundesrätlichen Ausführungen keine Autorität zukäme. Diese Argumentation ist deshalb abzulehnen, weil sie die gesetzgeberischen Ziele hypostasiert. Sie verkennt den Umstand, dass der Bundesrat selber ausgeführt hat, gewisse Imperfektionen des Marktes seien in Kauf zu nehmen (vgl. N 39), was eine Konzentration der zur Verfügung stehenden behördlichen und gerichtlichen Ressourcen vorab auf die schädlichsten Missbrauchsformen nahelegt. Der Strukturmissbrauch als eine der Zusammenschlusskontrolle von Art. 9 f. vorgelagerte «kleine» Fusionskontrolle gehört nun fraglos nicht zu dieser Missbrauchsklasse. Das *Hauptargument* gegen eine Subsumtion des Strukturmissbrauchs unter Art. 7 kommt aber unmittelbar aus der (wettbewerbs-)rechtspolitischen Anlage dieser Bestimmung. Auszugehen ist von dem in N 2 ff. geschilderten Paradox, die der Kontrolle von qualifizierter Marktmacht immanent ist: Das Paradox, dass ein Unternehmen, welches angespornt durch das *incentives*-System der Konkurrenz wirtschaftlich *on the merits* erfolgreich ist, wegen dem mit diesem Erfolg einhergehenden Wachstum, das immer auch ein Anwachsen sei [Seite 1102] ner Marktmacht bedeutet, allmählich dem Wettbewerb zur Gefahr wird.[465] In Art. 7 wird dieses Paradox in der Weise angegangen, dass die Genese sowie die Konsolidierung von ökonomischer Macht als *marktstrukturelle Erscheinungen* grundsätzlich dem *Zugriff der Norm entzogen* bleiben; allein ein bestimmtes *Verhalten*, nämlich der Missbrauch qualifizierter Macht, wird bekämpft. Darin wird letztlich eine feinfühlige Abwägung zwischen sich womöglich widerstreitenden Anliegen vorgenommen: zwischen der Gewährleistung eines effektiven Systems des Ansporns zu guten Leistungen einerseits und dem Schutz des Wettbewerbs vor Schädigungen durch marktbeherrschende Stellungen illegitim eingesetzter Verhaltensweisen andererseits. Um allfällige Kollisionen zwischen diesen beiden Anliegen möglichst zu vermeiden, sind im Rahmen der Anwendung von Art. 7 zwei Typen von behördlichen Eingriffen auseinanderzuhalten: solche, die gegen die Bildung von marktbeherrschenden Positionen gerichtet sind, und solche, welche die ungerechtfertigte Ausnutzung von derartigen Positionen ins Visier nehmen. Art. 7 lässt grundsätzlich nur die zweite Interventionsart zu, während er die erste der Zusammenschlusskontrolle überlässt. Diese Differenzierung institutionalisiert und konkretisiert zugleich die Missbrauchskontrolle, die Art. 7 KG und Art. 102 AEUV gemeinsam ist und sich von § 2 Sherman Act unterscheidet (s. N 5). Sie spricht gegen die Unterstellung des Strukturmissbrauchs unter Art. 7, der sich unzweideutig als eine Handlung des Aufbaus von rein strukturellen Marktpositionen ausnimmt.[466]

97 Dagegen haben MESTMÄCKER und SCHWEITZER eingewendet, dass auch der Strukturmissbrauch eine **Verhaltenskomponente** aufweise, dass mithin die Übergänge zwischen beiden Momenten *fliessend* seien und ihre Unterscheidung sich irreführend auswirke: «Dem Gegensatz von Marktstruktur […] [und] Marktverhalten […] wird vielfach eine Bedeutung beigemessen, die ihm nicht zukommt. Diese Kriterien stehen wirtschaftlich vielmehr im Verhältnis der Interdependenz. Sie lassen sich anwenden, ohne dass damit gegensätzliche Zwecke des Missbrauchsverbots verbunden sein müssen. Man kann bestimmte Unternehmens- und Marktstrukturen verhindern, um dadurch wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen entgegenzuwirken oder bessere Marktergebnisse zu erzielen».[467] Zunächst ist das Argument der «Interdependenz» ein untaugliches Abgrenzungskriterium, weil letztlich so ziemlich alles, was auf einem Markt geschieht, auf irgendeine Art «interdependent» ist. Es stellt leere Rhetorik dar. Sodann: Zu sagen, dass der Unterscheidung Marktstruktur/Marktverhalten oft eine

Bedeutung beigemessen werde, die ihr nicht zukomme, ist eine Aussage, die als solche rein *subjektives Empfinden* widerspiegelt und dementsprechend wissenschaftlich auch nicht gehaltvoll ist.[468] Abermals substanzlose Rhetorik. Wissenschaftliche *Erkenntnisse* werden damit *keine* gewonnen. Die geschilderte Lehrmeinung weigert sich offenbar, ernst zu nehmen, dass mit der Frage des Strukturmissbrauchs die *interne Organisation (die «funktionsbezogene Kohärenz») der Kartellgesetzgebung*, namentlich die Abgrenzung der jeweiligen Anwendungsbereiche materieller Normen, die wahre und eigentlich relevante Fragestellung ist. Erweiterte man diese Anwendungsbereiche *konzeptlos* – und eine solche Konzeptlosigkeit eignet dem Strukturmissbrauch als fusionsrechtliche Notkonstruktion des EuGH in den 1970er und 1980er Jahre an –, käme es zu unübersichtlichen und ungewissen Überlappungen zwischen materiellen Bestimmungen, die die Funktionsfähigkeit einer Kartellgesetz [Seite 1103] gebung gefährdeten. Brutale Improvisationen häuften sich. Gerade um solches zu verhindern, wird *ex lege* zwischen Verdrängungs- sowie Ausbeutungsmissbrauch einerseits und Strukturmissbrauch andererseits differenziert.[469] Was steht hinter diesen Abgrenzungen? Der Aufbau und Bestand qualifizierter Marktmacht haben als solche nach Art. 7 *keine normativen Folgen*.[470] Erst die «Nutzung» einer einmal aufgebauten marktbeherrschenden Stellung wird von der Systematik dieser Bestimmung erfasst. Die Machtbildung und -erweiterung sind Thema der Fusionskontrolle. Insofern ist unter Art. 7 die Annahme eines *Fusionsprivilegs* allemal gerechtfertigt: Die Aufgreifkriterien von Art. 9 bedingen zwingend, dass Unternehmensrestrukturierungen, die diese Schwellen nicht erreichen, weder der Fusionskontrolle noch einem gesetzeswidrig konstruierten Äquivalent mit tieferen (oder keinen) Umsatzkriterien unterliegen. Hinter diesen gesetzlichen Zuweisungen stehen nicht formelle, sondern *funktionale* Überlegungen des Gesetzgebers über den Stellenwert des Anreizsystems des Marktes, der Schädlichkeit von Verhaltensformen marktbeherrschender Unternehmen und der Erforderlichkeit eines Bestandesschutzes von Marktstrukturen vor konzentrationsbedingten Umgestaltungen. Es ist diese feinfühlige gesetzgeberische Abwägung zwischen mehreren komplexen Facetten des Wettbewerbs sowie des Marktes, die die jeweiligen Anwendungsbereiche von Art. 7 und Art. 9 f. bestimmen; es wäre nicht klug, diese durch aufgeregte Improvisationen aus den Fugen geraten zu lassen. *Summa summarum*: *De lege lata* ist es nicht empfehlenswert, Art. 7 dahingehend auszulegen, dass er die Figur des Strukturmissbrauchs erfasst und deren Anwendbarkeit begründet. Es gilt hier aus *wirtschaftsrechtlich-funktionalen* Gründen (s. N 29 f.) das *Fusionsprivileg*.[471]

d) Missbrauchsanalysemethode

aa) Allgemeines

98 Dieser Kommentierung von Art. 7 sollen **Elemente einer Methode der Missbrauchsanalyse** zugrunde gelegt werden, die in diesem Abschnitt auf der Basis von Behördenpraxis und Rechtsprechung erarbeitet werden. Es versteht sich von selbst, dass es vermessen wäre, wollten wir hier eine solche Methode in vollendeter Form vorlegen. Es geht uns allein darum, zu einer solchen Methode, die inskünftig, um zur Reife zu gelangen, noch etliche Arbeit benötigen wird, einen Beitrag zu leisten. Als Ausgangspunkt der nachstehenden Ausführungen dient uns die Feststellung, dass der in der ersten Zeile dieses Abschnittes benutzte Begriff « *Missbrauchsanalyse* – verstanden als *methodische Problemstellung* – unter Kartellrechtlern eigentlich gar nicht gängig ist.[472] Jedenfalls besitzt dieser Begriff in dessen Fachjargon keinen konsentierten oder sonstwie bestimmten [Seite 1104] Sinngehalt. Zutreffend haben in diesem Zusammenhang STÄUBLE/SCHRANER bemerkt, dass

> «[…] die Generalklausel von Art. 7 […] KG […] *keine allgemeinen Prüfkriterien* zur Beurteilung der Frage [enthält], ob eine Verhaltensweise missbräuchlich ist» und dass dementsprechend « *kein gesetzliches Prüfkonzept* für die Missbräuchlichkeit besteht, […]».[473]

Zur Illustration des Umstands, dass es nach dem Kartellgesetz keinen Methodenrahmen der Missbrauchsanalyse gibt, kann man sich z.B. die Frage stellen, wie oft die Vokabel «Missbrauchsanalyse» in der Rechtsprechung des Bundesgerichts vorkommt. Das Ergebnis: In den Leitentscheiden der Amtlichen Sammlung[474] kommt dieses Wort nur *ein einziges Mal* vor, nämlich in dem am 9.12.2019 gefällten Urteil i.S. *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*.[475] Ein Blick in die Doktrin offenbart in etwa dasselbe Bild: Festzustellen ist, dass auch diese in der überwiegenden Mehrheit unter dem hier fraglichen Wort keinen *terminus technicus* als Bestandteil einer Methode begreift. Zu signalisieren ist allerdings, dass seit ca. fünf Jahren schweizerische Publikationen zu verzeichnen sind, die ein Bewusstsein für die Thematik entwickeln, welche wir vorliegend «Missbrauchsanalysemethode» heissen. Halten wir kurz inne: Aus den beliebig herausgepickten Beispielen, die sich mühelos vermehren liessen, ergibt sich jetzt schon die bezeichnende Einsicht: «Missbrauchsanalysemethode» ist hierzulande nicht eine Bezeichnung oder ein *«buzzword»* für ein umfassendes Konzept des reflektierten Vorgehens bei der Analyse von Sachverhalten, die unter Art. 7 suspekt sind. Was lässt sich aus dieser Einsicht ableiten? Im Grunde genommen ist die «fachsprachliche Lücke» des Begriffs «Missbrauchsanalysemethode» ein Indiz dafür, dass wir (noch) nicht über einen hinreichend angedachten und funktionsfähigen «Plan» verfügen, um die Missbräuchlichkeit eines Verhaltens gemäss Art. 7 in *prinzipiengeleiteter* Manier zu untersuchen. Mit dieser Hypothese gehen wir nun zum eigentlichen Gegenstand des vorliegenden Abschnittes über.

99 Worauf sind wir aus, wenn wir im vorstehenden Absatz (s. N 98) das Projekt der Entwicklung von Elementen einer Methode der «Missbrauchsanalyse» ankündigen? Eine Antwort auf diese Frage kann wegen deren Komplexität, wenn überhaupt, lediglich in mehreren Schritten gegeben werden. Der erste dieser Schritte, den wir an dieser Stelle [Seite 1105] gehen wollen, zielt darauf hin, das **Bezugsproblem** zu identifizieren, das den Gegenstand dieses Abschnitts – die Methode der Missbrauchsanalyse – zu lösen helfen soll. Das Bundesgericht hat dieses Problem seit einigen Jahren klarsichtig erkannt, wobei es dieses in seinen Entscheiden meist nur kursorisch erwähnt, z.B. neulich mit der Wendung: «Die Beantwortung der Frage, *wann eine Verhaltensweise* im Einzelfall *missbräuchlich* im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG *ist*, ist *nicht einfach*, da die meisten Verhaltensweisen doppelgesichtig sind (vgl. REINERT, a.a.O., Rz 4.111; Botschaft KG I, BBl 1995 I 519)».[476] Kürzlich ist im Schrifttum, das sich nun verdienstvoll mit der Frage der Missbrauchsanalysemethode auseinanderzusetzen beginnt, derselbe Gedanken etwas ausgiebiger geäussert worden:

> «[D]em Wortlaut von Art. 7 […] KG [ist] keine klare Leitlinie […] zu entnehmen […]. Der Wortlaut steckt höchstens den allgemeinen Rahmen ab, indem er den betroffenen Subjekten hilft, auf eine […] missbräuchliche Verhaltensweise aufmerksam zu werden, ohne jedoch die Missbräuchlichkeit auch zu definieren».[477]

Solche Sätze sind keineswegs Ausdruck eines gewissen Haderns mit den hochgradigen Schwierigkeiten, die Art. 7 dem Rechtsanwender methodologisch aufbürdet; vielmehr ist es diesen Sätzen darum zu tun, das Bezugsproblem aufzudecken, welches die hier diskutierte Methode enträtseln sollte. Und dieses Bezugsproblem kann man mit einem einfachen, ja trivialen Satz auf den Punkt bringen: *Aus Art. 7 Abs. 1 und 2 geht nicht hervor, was die Missbräuchlichkeit eines bestimmten Verhaltens ausmacht*. Dieser Befund indiziert naturgemäss die nächste Frage: Wenn nun Art. 7 durch eine «normative Offenheit»[478] geprägt ist, so ist – zumindest auf Anhieb – nicht ersichtlich, wo die Kriterien zu finden sind, die ein missbräuchliches Verhalten von einem solchen zu differenzieren ermöglichen, das nicht missbräuchlich ist. Wir werden uns nachstehend ausschliesslich mit der methodischen Art und Weise auseinandersetzen, wie die Wettbewerbsbehörden und [Seite 1106] die Gerichte mit dieser Problematik umgehen (s. N 100 ff.).[479] Und zwar nicht zuletzt

deshalb, weil sich in den Praxen dieser Behörden viel kartellrechtliche Erfahrung sedimendiert hat, die auch in Zukunft noch sehr hilfreich sein wird.

bb) Duales Prüfraster

aaa) Konzept des dualen Prüfrasters

100 Das Vorgehen, das die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte bei der Analyse von inkriminierten Sachverhalten gegenwärtig befolgen, wird gemeinhin mit dem Ausdruck **«duales Prüfraster»**[480] bezeichnet. Diese Vorgehensweise hat sich seit dem Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes im Jahre 1996 allmählich herausgebildet und besteht aus zwei analytischen Schritten.[481] Im Ersten wird ergründet, ob eine *Wettbewerbsbeeinträchtigung* vorliegt, was im Modus geschieht, auf den wir sogleich eingehen werden (s. N 101 ff.). Wird die Frage bejaht, ist also der Tatbestand des Missbrauchs nach Art. 7 *prima facie* erfüllt, wird in einem *zweiten* Schritt geprüft, ob *Rechtfertigungsgründe* (sog. *«legitimate business reasons»*) zugunsten der inkriminierten Praktik des Marktbeherrschers vorliegen. Trifft das zu, wird das positive Ergebnis des ersten Untersuchungsschrittes, also der *prima facie*-Unzulässigkeitsbefund zurückgenommen. Von diesen zwei Prüfungsobjekten erwähnt der Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 lediglich die Wettbewerbsbeeinträchtigung (*sub verbo* «Behinderung» und «Benachteiligung»). Freilich herrschte bereits zur Zeit der Revision von 1994 einmütiger und vorbehaltloser Konsens darüber, dass Art. 7 die Möglichkeit der Rechtfertigung eines Missbrauchs zulässt. Wie in N 27 dargetan lässt sich dieses Dogma im Übrigen mühelos aus der Missbrauchsidee von Art. 7 ableiten: Die Rechtfertigung von unzulässigen Verhaltensweisen ist dieser Idee *inhärent*. Der Fragenkreis der *legitimate business reasons* wird indes aus Dispositionsgründen an einer anderen Stelle dieser Kommentierung von Art. 7 abgehandelt (s. N 170 ff.). Der vorliegende Abschnitt ist ausschliesslich den Problemen gewidmet, die mit dem *ersten* Prüfungsschritt einhergehen. Vorab wird untersucht, wie die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte mit der erwähnten «normativen Offenheit» von Art 7 umgehen, um diese Bestimmung auf relevante Sachverhalte anzuwenden (s. N 101). Alsdann wird diese Rechtsanwendung aus einer wirtschaftsrechtlich-funktionalen Perspek [Seite 1107] tive eingeschätzt (s. N 102). Daraufhin werden gewisse Elemente erarbeitet, um die gegenwärtige Praxis der Missbrauchsanalyse zu verfeinern (s. N 110 ff.).

bbb) Praxis des dualen Prüfrasters

101 Zu Beginn der Geltung des neuen Kartellgesetzes wurde die Analyse von Verhaltensweisen, die unter dem Verdacht standen, missbräuchlich i.S.v. Art. 7 zu sein, eine gewisse Zeit noch nach der typischen **«zivilistischen» Methode** durchgeführt.[482] Zumindest die Schreibe älterer Entscheide gehörte noch ganz dem Stil der traditionellen Schuljurisprudenz an.[483] Wirtschaftsrechtlich-funktionale Überlegungen kamen in dieser Hinsicht – zumindest der Tendenz nach – jedenfalls zu kurz. Die WEKO hat in dieser Zeitphase (und zuweilen noch bis in die kurze Vergangenheit) die Anwendung von Art. 7 nach einem Muster praktiziert, das i.d.R. (1) mit einem allgemeinen Teil über Art. 7 beginnt, welcher manchmal fast *«Lehrbuch-Charakter»* trägt, (2) um dann zu einem *klassischen Subsumtionsgeschäft* zu übergehen – d.h. zu einem solchen, das sich der traditionellen grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegungselementen bedient (die bekanntlich ihren unmittelbaren Ursprung in der Privatrechtswissenschaft des frühen 19. Jahrhunderts finden) –, (3) welchem sich zum Schluss eine Prüfung der Wettbewerbsbeeinträchtigung und der Rechtfertigung hinzufügt.[484] Die Gestalt die [Seite 1108] ses Prüfungsschemas variiert in den Details von Entscheid zu Entscheid. Das Schema als solches weist aber eben deswegen auch eine Neigung auf, die im Wirtschaftsrecht so grundlegenden *Funktionszusammenhänge* in der kartellrechtlichen Analyse zu vernachlässigen. Ferner ist zu bemerken, dass die Verflechtung des des Teiles «didaktische Ausführungen» mit dem Teil

«Tatbestandssubsumtion» nicht durchweg gelingt, ja zuweilen den Eindruck gibt, dass die belehrenden Darlegungen und die Rechtsanwendungserwägungen «getrennte Säle» bildeten. Freilich muss gleichzeitig hervorgehoben werden, dass die WEKO stets bemüht ist, *industrieökonomische Lehren* in die Entscheidgründe einfliessen zu lassen, sodass über diesen Umweg bedeutende funktionale Überlegungen den Entscheidprozess in die passende Richtung leiten.[485]

102 Über die Jahre hat gewiss die bundesgerichtliche Rechtsprechung einen massgeblichen Beitrag geleistet, um die Praxis der Wettbewerbsbehörden zunehmend in einem **wirtschaftsrechtlichen Sinne zu funktionalisieren** (s. N 29 f.). Diese Rechtsprechung hat diese Leistung anhand von zwei wirtschaftsrechtlichen Stichworten zu vollbringen versucht, die natürlich sofort, wie das in jeder Wissenschaft so ist, Kontroversen erzeugt haben. Diese Faktoren sind – stichwortartig umschrieben: (1) der «Schutzgegenstand des Kartellgesetzes» (s. N 103 ff.) und (2) der «Monismus oder der Pluralismus von Unzulässigkeitsmassstäben unter Art. 7» (s. N 106 ff.). Diese zwei Fragenkreise, die die Eckdaten der Missbrauchsanalyse im Rahmen des dualen Prüfrasters bestimmen, werden jetzt der Reihe nach auf ihre wirtschaftsrechtliche Funktionalität hin untersucht.

ccc) Schutzgegenstand des Kartellgesetzes

103 Nach dem Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes war in Doktrin und Praxis strittig, ob **Institutionenschutz** – womit Schutz des Wettbewerbs als *System* gemeint ist – oder **Individualschutz** – worunter Schutz der wirtschaftlichen *Persönlichkeit des Wettbewerbers* verstanden wird – gesetzliches Schutzobjekt bildet. Die Frage ist insofern von Relevanz, als die eine oder andere Variante zu unterschiedlichen *Wettbewerbsformen* führt: Während Institutionenschutz die *Effizienz* auf dem Markt fördert (s. N 115), trägt Individualschutz das Risiko in sich, dass *ineffiziente* Rivalen allzu lange auf dem Markt verbleiben, d.h. über die Dauer hinaus, wo es zur Verschwendung von knappen Gütern kommt (s. N 270, 507). Auch ist je nach gewählter Option damit zu rechnen, dass die Tatbestandsmerkmale der Missbrauchstypen von Art. 7 Abs. 1 und 2 verschiedenartig zu interpretieren sind.[486] Die Materialien scheinen einen etwas sonderbaren *Schutzdualismus* zu präferieren, wonach dem *Individualschutz* nur insofern Rechnung zu tragen sei, als [Seite 1109] dieser in den Rahmen des *Institutionenschutzes* passt.[487] Ein erheblicher Teil der Doktrin plädierte nach Inkrafttreten des Gesetzes für eine Beibehaltung des Doppelschutzes, tendierte also auf ein Lösungsmuster des «sowohl-als-auch», wobei dies noch nicht bedeutet, dass Einmütigkeit in allen betroffenen Problemkreisen herrschte. Gewisse Autoren akzeptierten zwar durchaus den Dualismus der Schutzziele, sprachen aber dem Individualschutz einen «dogmatischen Eigenwert»[488] schlechterdings ab. Damit setzte sich letztlich die Option des Institutionenschutzes durch, die den Individualschutz bloss *akzessorisch* schützt, ganz im Sinne des bekannten Ausspruches SCHLUEPs, der Wettbewerb sei nunmehr direkt geschützt, während der Persönlichkeitsschutz zur *Reflexwirkung* der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs werde.[489] Eine Mindermeinung hielt dafür, dass neben dem Institutionenschutz gleichgewichtet ein eigenständiger und dogmatisch selbstständiger Individualschutz weiterhin bestehe.[490] Die Kontroverse wird – freilich seit ungefähr 15 Jahren nur noch *«in the books»* – bis heute weitergeführt. Was indes hauptsächlich zählt, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung:

104 Im Grossen und Ganzen tendieren die Lausanner Bundesrichter in die Richtung eines Schutzdualismus mit Vorrang des Institutionenschutzes. Allerdings haben die relevanten Entscheide eine Entwicklung mit gewissen Nuancen durchlebt, die nicht ohne Bedeutung in der Praxis ist. Eine radikale Auffassung wurde im ersten einschlägigen Urteil, nämlich in BGE 135 II 60, vertreten, wo es um die Frage ging, ob Private Anspruch auf die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens i.S.v. Art. 27 haben. In diesem Entscheid ist zu lesen:

> «Da kein Rechtsanspruch [eines Privaten] auf die Eröffnung eines verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens besteht, weil dieses in erster Linie das **öffentliche Interesse an einem funktionierenden Markt** und **nicht private Anliegen** schützt […], ist (auch) eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde in diesem Zusammenhang ausgeschlossen […]».[491]

Die eigentlich interessante Frage ist, wie das Gericht diesen spezifischen Triggermodus des Institutionenschutzes juristisch motiviert. Es nimmt ersichtlich Rekurs auf das *Verwaltungsverfahrensrecht*, indem es feststellt, dass Eröffnung oder Nichteröffnung einer Vorabklärung gemäss Art. 26 keine Rechte begründet und dementsprechend auch nicht zum Erlass einer Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG Anlass gibt.[492] Hervorzuheben ist, dass [Seite 1110] in diesem Fall – nahezu identisch mit der richterlichen Argumentation im *SMA*-Urteil[493] – eine wirtschaftsrechtliche Frage nicht mit funktionalen, sondern mit *verwaltungsverfahrensrechtlichen* Gründen entschieden wurde. Aus einer wirtschaftsrechtlichen Optik vermag das nicht zu befriedigen. Denn die direkten Bezüge zur Wirtschaftsverfassung oder zum Zweckartikel des Kartellgesetzes (Art. 1) – und somit zu einer funktionalen Argumentation – fehlen gänzlich. Ambivalent wird sodann die Fragestellung in BGE 139 II 328 behandelt. Die entscheidende Passage lautet:

> «Während sich Konkurrenten gegen staatliche Wettbewerbsverzerrungen unter Anrufung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten zur Wehr setzen können […], gewährleistet das Kartellgesetz den wirksamen Wettbewerb zwischen Marktteilnehmern. Das spiegelt sich im Regelungszweck der Kartellgesetzgebung wider, die den *Wettbewerb als Institution* wie auch die *Persönlichkeit der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer* schützt […]. Spricht ansonsten das Prinzip des freien Wettbewerbs und seine verfassungsrechtliche Anerkennung gegen die besondere Beziehungsnähe unter den Konkurrenten, verhält es sich im Bereich des Wettbewerbsrechts gerade anders: Die Konkurrenten setzen sich – wenn auch in eigenem, ‹egoistischem› Interesse – für die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs ein».[494]

Das Eigentümliche an dieser Erwägung ist, dass in einem ersten Schritt das Bundesgericht von einer Gleichschaltung der beiden Schutzmodi ausgeht, um dann im letzten Satz anzudeuten (nicht: festzuhalten), dass der Institutionenschutz Vorrangstellung geniesst. Allerdings klären sich die Dinge mit dem *Swisscom Preispolitik ADSL II*-Entscheid: «Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz *oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb*».[495] M.a.W. verschmelzen sich Institutionen- und Individualschutz zur industrieökonomischen Figur des wirksamen Wettbewerbs, was soviel bedeutet wie: *ausnahmsloser Vorrang des Institutionenschutzes*. Zur Begründung dieses Richtersatzes wird im *Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteil in der Erwägung 4.2 auf die Erwägung 10.1.2 im *Publigroupe*-Entscheid verwiesen, wo der identische Satz steht (der im Lauftext vor FN 277 wiedergegeben wird). Das führt nicht weiter und muss vor allem als mangelhafte *ratio decidenda* eingestuft werden. Gleichzeitig ist in diesem Zusammenhang jedoch ein die Rechtssicherheit begünstigendes Moment hervorzuheben: Auch wenn die Gründe des soeben dargestellten Richtersatzes rechtlich ungültig sind, nimmt sich ihre Aussage glasklar aus: Das Kartellgesetz steht auf dem Boden eines Dualismus der Schutzgegenstände, wobei der Individualschutz nur zum Tragen kommt, wenn er sich mit dem Institutionenschutz *in optima forma* deckt. Bleibt der Makel: Der höchstrichterlichen Lösung des kartellgesetzlichen Schutzobjektsproblems fehlt bis heute eine *Rechtsgrundlage*. Oder ist die Konstruktion richterrechtlicher Ordnung?

[Seite 1111] Im Übrigen: Eine Evaluation der Debatte über den Schutzdualismus Institution/Individual ist so lange sinnvoll, als beide Bezugsgrössen in einem *asymmetrischen* Verhältnis zueinanderstehen, also die erste in einer bestimmten Konstellation Vorrang hat, die zweite in einer anderen. Wenn aber, wie dies die herrschende Lehre und die höchstrichterliche Praxis heute nahezu einmütig als Lösung befürworten, dass dem Institutionenschutz allenthalben Vorrang eingeräumt wird, ist nicht mehr wirklich nachvollziehbar, warum über den Schutzdualismus noch debattiert wird. Was könnte dann überhaupt noch die Funktion dieses Dualismus, der in Wahrheit keiner mehr ist, sein? Unsere Annahme geht dahin, dass

105

der Institution/Individual-*divide* eine Restanz aus den Gesetzesnovellen von 1962 und 1986 (und deren übernommenen Themen) darstellt, die sich in der Gegenwart zu einer ganz anderen Thematik mutiert hat: Zum Problemkomplex, den man mit den drei Stichworten **«Effekte»** einer Verhaltensweise auf den **«Wettbewerb»** einerseits und auf die **«Wohlfahrt»** andererseits charakterisieren könnte.[496] Auf diese Problematik werden wir aus Dispositionsgründen an einer anderen Stelle dieser Kommentierung von Art. 7 eingehen (s. N 114 ff.).

ddd) Missbrauchsmassstab: Monismus *vs*. Pluralismus

Ein Problem von fundamentaler Ordnung in der Missbrauchsanalyse gemäss dualem Prüfraster hat weder die Lehre noch die Praxis bislang zu bewältigen vermocht: Es besteht darin, dass seit Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes ungeklärt bleibt, ob die diversen Missbrauchstypen, die von Art. 7 erfasst werden, nach Massgabe (1) eines *einheitlichen Unzulässigkeitsmassstabs* oder vermittels (2) einer Reihe *verschiedenartiger, jeweils auf die einzelnen* der in der Wirtschaftsrealität *auftretenden Missbrauchsvarianten zugeschnittenen Kriterien* zu prüfen sind. Oder anders gewendet: Sollten die in der Marktwirklichkeit anzutreffenden Missbrauchsformen samt und sonders nach einem **Einheitsmassstab** oder differenziert, gemäss **mehreren andersgearteten Massstäben** beurteilt werden, die jeweils an die Eigentümlichkeiten der verschiedenen Missbrauchstypen adaptiert sind? **106**

Festzustellen ist, dass dieses Problem von dem in N 114 ff. abgehandelten Dogma präjudiziert wird, welches die Botschaft 1994 ins Leben gerufen hat.[497] Dieses präkonisiert erinnerlich, dass jegliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, die in den Anwendungsbereich einer der verschiedenen Fallgruppen des Katalogs von Abs. 2 oder in denjenigen einer richterrechtlich gebildeten Missbrauchsvariante fällt, *zusätzlich* noch die in Art. 7 Abs. 1 vermeintlich «enthaltenen *generellen Missbrauchskriterien*»[498] erfüllen muss, um als missbräuchlich zu qualifizieren. Oder in den eigenen Worten des Bundesgerichts: **107**

> «Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. *Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen*. Mit anderen Worten ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt […]. Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise, weshalb anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren ist, ob unzulässiges Verhalten vorliegt […]».[499]

[Seite 1112] Dem kann nicht gefolgt werden. In Wahrheit enthält Art. 7 Abs. 1 *keine Tatbestandsmerkmale*, weil diese Bestimmung, wie in N 63 nachgewiesen, eine *Generalklausel* darstellt,[500] die nach Schweizer Rechtsmethodik **durch die Bildung von Fallgruppen konkretisiert** wird. Diese Zusammenhänge seien an dieser Stelle der guten Nachvollziehbarkeit halber nochmals etwas ausführlicher in Erinnerung gerufen:

Das vom Bundesrat in der Botschaft 1994 erfundene – und methodologisch fehlerhafte (s. N 769 ff.) – Dogma hat zur Konsequenz, dass es zwangsläufig **nur einen Einheitsmassstab** für die Beurteilung sämtlicher von Art. 7 erfassten Missbrauchsvarianten zulässt. Dieses Dogma hat sich vor allem in der Spruchpraxis als ziemlich einflussreich erwiesen. Diesem folgen bisher sowohl die Wettbewerbsbehörden als auch das Bundesgericht in konstanter Praxis.[501] Eine das Problem veranschaulichende Erwägung der WEKO zu besagtem Dogma findet man z. B. im Fall *Sport im Pay-TV* aus dem Jahre 2016, wo es um eine Geschäftsverweigerung i.S.v. lit. a ging: **108**

> «[D]ie Prüfung der einzelnen Tatbestandsvarianten des Art. 7 Abs. 2 KG [hat] jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen. Vor diesem Hintergrund würde es *der Systematik des Art. 7 KG widersprechen*, im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG eine *Beseitigung des Wettbewerbs zu verlangen*, während *bei allen anderen*

Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung unbestrittenermassen *genügt*. *Sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG* sind *in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG* anzuwenden, welcher die *allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Tatbestandsvarianten* festlegt. Es wäre weder sachgerecht, bei einer einzigen Tatbestandsvariante von Abs. 2 die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen Varianten bzw. der Generalklausel, noch wäre es opportun, bei einer einzigen Tatbestandsvariante die Hürden tiefer zu setzen und damit ein ‹Einfallstor› für das Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu öffnen».[502]

Auch dieser Überlegung kann nicht gefolgt werden. Die in diesem Passus handgreiflich zum Ausdruck kommende Auffassung der Spruchpraxis ist in mehreren Hinsichten fragwürdig. Einmal deshalb, weil sie auf dem erwähnten bundesrätlichen Dogma fusst, das, wie in N 69 näher dargetan, formallogisch inkonsistent ist und schon allein deshalb keine sinnträchtigen und vor allem keine *wirtschaftsrechtlich-funktionalen* (s. N 29 f.) Ergebnisse in der Anwendung von Art. 7 gewährleisten kann. Um es nochmals kurz zu wiederholen: Methodologisch enthält eine Generalklausel keine Tatbestandsmerkmale, sondern bloss einen Rechtsgedanken; dieser wird dadurch konkretisiert, dass das Gericht auf der Basis dieses Rechtsgedankens Fallgruppen bildet, die jeweils richterrechtlich geschaffene Merkmale für jeden Tatbestand vorsehen, die zu der in Frage stehenden Fallgruppe gehören (s. N 71). Ausschlaggebend für eine kritische Haltung gegenüber dem soeben wiedergegebenen Passus aus dem von der WEKO gefällten Entscheid *Sport im Pay-TV*[503] ist folgender Umstand: Die angesprochene Praxis und Rechtsprechung, für welche [Seite 1113] dieser Entscheid repräsentativ ist, konfligiert mit der Phänomenologie des Missbrauchs i.S. v. Art. 7. Die von diesem Gesetzesartikel erfassten Verhaltensweisen offenbaren regelmässig unterschiedliche Strukturen – man denke etwa an das *einphasige* Verhalten der Einschränkung der Erzeugung i.S.v. lit. e (s. N 624 ff.) und an das *zweiphasige* Verhalten der Preisunterbietung i.S.v. lit. d (s. N 417 ff.) – und können ferner verschiedenartige wettbewerbsbeeinträchtigende Effekte erzeugen, wie dies z.B. die *secondary-line discrimination*, die eine *vertikale* Marktverschliessung (s. N 83) bewirkt und deshalb unter lit. b zu subsumieren ist (s. N 268 ff.), und die *primary-line discrimination*, die eine *horizontale* Marktverschliessung (s. N 82) erzeugt und deshalb dem Grundsatz nach unter lit. e fällt (s. N 624 ff.),[504] plastisch illustrieren.[505] Vor diesem phänomenologischen Hintergrund sei hier deshalb Folgendes festgehalten:

109 Angesichts der *empirischen Heterogenität* der Strukturen und Effekte, welche die verschiedenen Missbrauchsarten, die dem Verbot von Art. 7 unterstehen, aufweisen bzw. erzeugen, sollte die Policy eines *«one-size-fits-all»*-Unzulässigkeitsmassstabs, die die Spruchpraxis zurzeit – jedenfalls rhetorisch (aber nicht faktisch[506]) – befolgt, aufgegeben werden. Unsere These in kurzer Begründung: Ein Unzulässigkeitsmassstab i.S.v. Art. 7 bezweckt stets, dem Wettbewerbsschädigungspotenzial, das einer gegebenen Missbrauchsvariante innewohnt, möglichst effektiv beizukommen (s. N 147 ff.). Wenn nun die in der Marktwirklichkeit anzutreffenden missbräuchlichen Praktiken beherrschender Unternehmen in ihren Anlagen und Auswirkungen regelmässig divergieren, so lässt sich der Zweck von Art. 7 einzig dadurch wirksam verfolgen, dass die für die Missbrauchsaufsicht zuständigen Instanzen verschiedene Beurteilungskriterien entwickeln, die je [Seite 1114] weils dafür «kalibriert» sind, die idiosynkratischen wettbewerbsbeeinträchtigenden Gefahren einer spezifischen Praktik anzugehen. Für die Durchsetzung von Art. 7 bedingt diese Einsicht, dass den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten das benötigte **Arsenal von Unzulässigkeitsmassstäben**, von denen jeder einzelne für sich so konzipiert ist, dass er sich dafür eignet, das spezifische wettbewerbspolitische Bedrohungspotential einer gegebenen Fallgruppe von missbräuchlichen Verhaltensweisen zu ahnden, zur Verfügung steht. Ein Beispiel, um unsere These zu versinnbildlichen: Würde man einen Fall von *nichtpreislichem Ausbeutungsmissbrauch* (z.B. unangemessene Geschäftsbedingungen i.S.v. lit. c; s. N 351 ff) und den Sachverhalt eines *preisbezogenen Verdrängungsmissbrauchs* (z.B. eine Preisunterbietung i.S.v. lit. d; s. N 417 ff) mit dem gleichen Massstab beurteilen, so beginge man im einen oder anderen Fall mit

Sicherheit einen Typ I-Entscheidungsfehler (s. N 123). Anders gesagt: In sämtlichen Fallvarianten von Art. 7 ausschliesslich einen Einheitsmassstab zur Anwendung zu bringen, führte letztlich dazu, dass die Missbrauchskontrolle eine ansehnliche Anzahl *dysfunktionaler Resultate* erzeugte. Die Realisierung des vorliegend postulierten kartellrechtspolitischen Desideratums ist unter dem geltenden Kartellgesetz noch wenig fortgeschritten und vor allem sehr dürftig systematisiert, was sich hemmend darauf auswirkt, dass die Schweizer Wettbewerbspolitik an Konsistenz und Stimmigkeit zulegt. Rechtsmethodisch stellt Art. 7 diesem Anliegen keine Hindernisse in den Weg: Er räumt den Behörden und Gerichten allemal den erforderlichen interpretatorischen und rechtsfortbildenden Spielraum ein, um differenzierte Unzulässigkeitsmassstäbe zu entwickeln. Dieser methodische Spielraum, der den Zweck hat, verschiedenartige, an die diversen Missbrauchsvarianten adaptierte Massstäbe zu schaffen, ist richtiger Auffassung nach gesetzgeberisch gewollt: Hätte der Gesetzgeber eine Kartellrechtspolitik des *«one-size-fits-all»*-Unzulässigkeitsmassstabs angestrebt, so hätte er Art. 7 Abs. 1 *nicht als Generalklausel ausgestaltet*, sondern in dieser Bestimmung einen *einheitlichen Missbrauchsstandard expressis verbis* verankert.[507]

cc) Standards der Missbrauchsanalyse

aaa) Allgemeines

110 Dieser Bedarf an einem Pluralismus von Unzulässigkeitsmassstäben lässt die Frage aufkommen, wie diese auszugestalten sind, damit sich die «Politik des Gesetzes»[508] von Art. 7 in den sich über die Zeit anhäufenden behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen nicht fragmentiert, sondern eine *kongruente* bleibt. Was in diesem Zusammenhang zur Diskussion steht, ist die Integration dieser Massstäbe in eine *homogene «Logik»*. Man könnte die Frage auch folgendermassen formulieren: Wie lässt sich sicherstellen, dass die Missbrauchsanalyse den verfassungsrechtlichen Zielvorgaben von Art. 96 Abs. 1 BV und den gesetzlichen Anforderungen von Art. 1 KG auf Dauer entspricht? Die Antwort liegt richtiger Auffassung nach in der Setzung eines *dreipoligen Rahmens*, der die Bedingungen definiert, welchen besagte Massstäbe genügen müssen, damit sie denn auch tatsächlich das «Programm» von Art. 7 in die Praxis konsistent umsetzen. Die Funktion dieses Rahmens besteht darin, die folgenden *drei Fragen* zu beantworten: (1) Die erste Frage betrifft das Verhältnis von *Wirtschaftsverfassung* und Kartellrecht (als *Wirtschaftsfolgerecht*; s. N 29 f.): In welche *Zielvorgaben* sind die fraglichen **[Seite 1115]** Unzulässigkeitsmassstäbe einzubinden, um sicherzustellen, dass eine konsistente Wettbewerbspolitik gewährleistet ist? (2) Die zweite Frage bezieht sich auf *methodisch-prozedurale* Aspekte der Missbrauchsanalyse: Was genau bildet *Gegenstand* eines Untersuchungsverfahrens nach Art. 7 bzw., präziserer: auf welche *Elemente* des Zusammenspiels von Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens und von Wettbewerbsverhältnissen, die auf dem relevanten Markt vorherrschen, muss sich der Fokus der Untersuchungsbehörden richten, um nach Möglichkeit Entscheidungsfehler des Typs I und II (s. N 123) zu vermeiden? (3) Die dritte Frage ist auf die Klärung der *materiellrechtlichen* Voraussetzungen eines Missbrauchsbefundes gerichtet: Da die Verhaltensregeln von Art. 7 die Rechtsfigur des «Missbrauchs» lediglich in abstrakter Weise ansprechen, ohne diese auch nur annähernd zu definieren, ist das relevante Problem mit MARSDEN/BISHOP dahingehend zu umschreiben, dass «[…] the critical […] issue [is …] how to discriminate between conduct that merely makes things more difficult for competitors from that which harms not only competitors but also competition and therefore consumers»?[509] Auf diese drei Fragen gibt eine **Trias von Standards** Antwort: Zunächst der *wettbewerbspolitische Standard*, sodann der *Missbrauchsuntersuchungsstandard* und endlich der *Missbrauchsstandard*. Bevor diese drei Standards je für sich eingehend behandelt werden (s. N 114 ff.), soll zu Übersichtszwecken ihre jeweilige Funktion kursorisch charakterisiert werden:

(1) Der sog. **wettbewerbspolitische Standard** (oder *Endzweckstandard*) informiert über den *gesellschaftlichen Mehrwert*, den das Kartellgesetz zu schaffen hat. Er findet seinen Ausdruck in der Form eines obersten, die ganze Wettbewerbsgesetzgebung überdachenden *Kanons*.[510] Aus praktischer Sicht betrachtet stellt er das *«ultimative» Ziel* des behördlichen und gerichtlichen Betriebs dieser Gesetzgebung dar.[511] Diese Zielvorgabe ist im Schweizer Kartellrecht richtiger Auffassung nach die *Konsumentenwohlfahrt*, was in N 116 ff. eingehend begründet wird. An dieser Vorgabe müssen die grundlegenden Fragen der Anwendung von Art. 7 gemessen werden, wie z.B.: die Realisierung der *Effektivität* der Missbrauchskontrolle, die (Fort-)Entwicklung einer *in sich stimmigen Praxis* der Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu Art. 7, die Gestaltung *sachlich geeigneter Analyseinstrumente* und *Tests*, die zum Zwecke der Identifizierung und Beurteilung von qualifizierten Machtmissbräuchen eingesetzt werden usw. Kurzum: Der wettbewerbspolitische Standard hat die Funktion, den unbestimmten Rechtsbegriff des «Missbrauchs» i.S.v. Art. 7 und die daraus zu entwickelnden Unzulässigkeitsmassstäbe in der Weise zu konkretisieren, zu interpretieren und als Orientierung des Richterrechts zugrunde zu legen, dass die Vorgaben der Zielnorm von Art. 96 Abs. 1 BV und des Zweckartikels von Art. 1 KG verwirklicht werden. Wie diese Funktion zu erfüllen ist, bildet Gegenstand der Ausführungen in N 114 ff. **111**

(2) Art. 7 verlangt sodann die Entwicklung eines auf diese Bestimmung zugeschnittenen Untersuchungsstandards, d.h. des sog. **Missbrauchsuntersuchungsstandards** (oder *standard of proof*). Die Notwendigkeit, dass ein solcher Standard zur Verfügung steht, findet ihre Ursache in der *Phänomenologie des unilateralen Verhaltens* eines marktbeherrschenden Unternehmens (s. N 64). Worum es genau geht, lässt sich am besten anhand eines Vergleichs der Verhaltensweisen, die von Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 7 erfasst werden, mit dem Gebaren von Kartellisten i.S.v. Art. 4 Abs. 1, das nach Art. 5 unzulässig ist, erklären. Zwischen diesen zwei gesetzlichen Regelungen besteht ein *struktureller* [Seite 1116] *Unterschied*, der im vorliegenden Kontext zu einer zentralen Einsicht verhilft: Während Art. 7 undifferenziert an der *Marktposition* eines Unternehmens anknüpft – *«undifferenziert»* in dem Sinne, dass der Anknüpfungspunkt dieser Bestimmung, nämlich die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens i.S.v. Art. 4 Abs. 2 – die kartellrechtlich allemal unverdächtig und statthaft ist (s. N 5) –, *noch nichts* über die *«Missbräuchlichkeit»* des Verhaltens eines Marktbeherrschers (also über dessen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit) besagt[512] –, verfährt das Recht der Wettbewerbsabreden anders. Die Verschiedenheit der gesetzgeberischen Technik, die in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 benutzt wird, besteht darin, dass der Anknüpfungspunkt von letztgenannter Bestimmung die Unzulässigkeit des erfassten Verhaltens bereits *partiell präjudiziert*: Denn die Definition dieses Anknüpfungspunkts in Art. 4 Abs. 1 enthält bereits ein Merkmal, das für einen Unzulässigkeitsbefund i.S.v. Art. 5 unerlässlich ist. Dieses Merkmal ist dasjenige der *Kollusion*, das in den von Art. 4 Abs. 1 angeführten Begriffen *«Vereinbarungen»* und *«aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen»* enthalten ist und das eine *conditio sine qua non* des Verstosses gegen das Kartellrecht darstellt: Eine Kollusion verletzt das Gebot autonomen Verhaltens, welches *re vera* in Art. 5 Abs. 1 seine Grundlage hat, jedoch positivrechtlich in Art. 4 Abs. 1 stipuliert ist.[513] Warum dieser gesetzestechnische Unterschied? Dieser ist auf die *Industrieökonomik des unilateralen Verhaltens* zurückzuführen, die in N 64 skizziert wurde: An der *Form* eines solchen Verhaltens ist aus analytischer Perspektive *nicht* zu erkennen, ob dieses ein Potenzial zur Wettbewerbsbeeinträchtigung besitzt oder nicht.[514] Denn die Existenz eines derartigen Potenzials hängt *nicht ausschliesslich* von diesem Verhalten ab, sondern wird durch die konkreten Marktverhältnisse *mitbestimmt*, in deren Rahmen das fragliche Verhalten ausgeübt wird. Das Bundesgericht hat diese Tatsache im Fall *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II* explizit hervorgehoben: «Für die Frage, ob ein Sachverhalt unter Art. 7 KG fällt, ist […] die *Kombination* von *missbräuchlichem Verhalten* und *dessen Wirkung* relevant und nicht die Aufzählung in einem Verhaltenskanon».[515] Die Frage ist alsdann, welche Konsequenzen aus **112**

dieser höchstrichterlichen Feststellung folgen. Die Antwort gibt das Bundesgericht in seinem *Publigroupe*-Urteil selber: «[Es| ist festzuhalten, dass identisches Verhalten je nach den konkreten Umständen wettbewerbskonform oder wettbewerbswidrig sein kann (vgl. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 24 ad Art. 7 KG; ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., S. 304 f.). Insofern kann *nur einzelfallweise* eruiert werden, ob ein Verhalten diskriminierend ist».[516] Der letzte Satz in diesem Passus ist im Hinblick auf die vorliegend thematisierte Untersuchungsstandardfrage von kaum zu unterschätzender Bedeutung. Darin legt die Höchstinstanz im Ergebnis den für Art. 7 geltenden Grundsatz fest, dass dieser Gesetzesartikel – im Gegensatz zu Art. 5 – weder *per se*-Regeln,[517] Wettbewerbsbeseitigungsvermutungen noch quantitative oder [Seite 1117] qualitative *de minimis*-Schwellen *(Safe Harbours)* zulässt.[518] Dieser Grundsatz hat zunächst einmal die an sich triviale Folge, dass der Untersuchungsstandard des Wettbewerbsabrederechts (Art. 4 Abs. 1 und Art. 5) und derjenige des Missbrauchsrechts (Art. 4 Abs. 2 und Art. 7) sehr verschiedenartig sind, was sich hauptsächlich in einer *höheren Komplexität* des Untersuchungsstandards der Missbrauchskontrolle ausdrückt. Ursache dieses Umstands ist, dass dieser Standard die *«short cuts»* des Abrederechts nicht kennt (wie z.B. die Vermutungen von Art. 5 Abs. 3 und 4, die Unerheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen aufgrund der Marktanteile nach Ziff. 13 der Vertikalbekanntmachung usw.). Mit dem notgedrungenen Ausbleiben solcher *«short cuts»* im Recht von Art. 7 geht eine Konsequenz einher, die nachstehend den Angelpunkt unserer Ausführungen bildet und recht eigentlich die Gelenkstelle des Missbrauchsuntersuchungsstandards darstellt: Wenn das Bundesgericht sagt, dass «[…] nur einzelfallweise eruiert werden [kann], ob ein [… unilaterales] Verhalten [… missbräuchlich] ist»,[519] so spezifiziert es damit noch nicht, welche *konkreten Anforderungen*, insbesondere in *beweisrechtlicher* Hinsicht, an diese Einzelfallprüfung zu stellen sind. Mehrere Anforderungsvarianten bieten sich an. Ihnen ist sowohl in der Schweiz als auch in der Union gemein, dass die Qualifikation einer gegebenen Verhaltensweise als missbräuchlich im Rahmen besagter Einzelfallprüfung stets den *Nachweis* voraussetzt, dass dieses Verhalten *wettbewerbswidrige Auswirkungen* auf dem Markt zeitigt.[520] M.a.W.: Der Missbrauchsuntersuchungsstandard des Art. 7[521] und des Art. 102 AEUV[522] ist grundsätzlich *auswirkungsbezogen* bzw. *effects-based* (und nicht formbezogen bzw. *form-based*; s. N 127 f.). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Nachweis von wettbewerbsbeeinträchtigenden Effekten als *hinlänglich erbracht* anzuschauen ist, beantwortet das Unionsrecht je nach zuständiger Entscheidungsinstanz auf unterschiedliche Weise. Die Prioritätenmitteilung der [Seite 1118] Kommission scheint die tiefsten Anforderungen zu verlangen und betrachtet den Nachweis als erbracht,

> «[…] wenn aufgrund stichhaltiger und überzeugender Beweise der mutmaßliche Missbrauch *aller Wahrscheinlichkeit nach* zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschließung führen wird».[523]

Anzufügen ist der Wiedergabe dieses Passus allerdings, dass das Kriterium der «Wahrscheinlichkeit» verhältnismässig vage ist und der Kommission einen dermassen breiten Ermessensspielraum einräumt, dass dieser in Bezug auf die *Rule of Law* gewisse Bedenken erweckt.[524] Prägnanter und zumal genau umrissen ist die Rechtsprechung des EuGH, die zwar den Nachweis einer *potenziellen* wettbewerbswidrigen Wirkung genügen lässt,[525] aber den Begriff der Potenzialität an *qualifizierte Voraussetzungen* knüpft: Der Nachweis *irgendeines beliebigen* potenziellen Effekts reicht nicht aus. Nur wenn dargelegt wird, dass sich «[…] die *[potenzielle] wettbewerbswidrige Wirkung auf etwaige Behinderungen der Entwicklung* […] *der Wettbewerbsverhältnisse*] auf dem [relevanten] Markt […] und damit des Wettbewerbs auf diesem Markt […*bezieht*]»,[526] ist davon auszugehen, dass ein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 102 AEUV hinlänglich dargetan ist. Damit stellt der EuGH klar, dass die Gültigkeit des Beweises eines potentiellen Effekts stets voraussetzt, dass dieser in einem *adäquat-kausalen* Sinne *«geeignet»* ist,[527] den wettbewerbswidrigen Zweck des Verhaltens eines Marktbeherrschers zu erreichen.[528]

«Potenziell» ist eine Wirkung also in dem Falle nicht, da sie «rein hypothetischer Natur» ist.[529] Wie sich der Missbrauchsuntersuchungsstandard gemäss Art. 7 genau ausnimmt, wird in N 119 ff. eingehend behandelt.

(3) Eines sog. **Missbrauchsstandards** (oder *theory of harm*) bedarf es als Bestandteil der Missbrauchsanalyse deshalb, weil Art. 7 weder in seinem ersten noch in seinem zweiten Absatz wirklich angibt, unter welchen Bedingungen anzunehmen ist, dass ein bestimmtes Verhalten missbräuchlich ist. Das Bundesgericht hat dieses Problem, wie bereits in N 99 geschildert, kurz und bündig umrissen: «Die Beantwortung der Frage, wann eine Verhaltensweise im Einzelfall missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ist, ist nicht einfach, da die meisten Verhaltensweisen doppelgesichtig sind».[530] Just um diese Frage geht es beim sog. «Missbrauchsstandard». Um diesen Begriff zu erläutern, muss dargetan werden, worin seine *Funktion* im Rahmen der Missbrauchsanalyse besteht. Auf diese Frage hin haben ZENGER/WALKER angeführt, ein Missbrauchsstandard zeichne sich von [Seite 1119] seiner Funktion her dadurch aus, dass er Anleitungen für ein strukturiertes und zugleich *ex post* überprüfbares Vorgehen bei der Analyse einseitigen Verhaltens i.S.v. Art. 7 zur Verfügung stellt: «[A] theory of harm [sc. ein Missbrauchsstandard] imposes a *logically consistent* approach to the assessment of anticompetitive behaviour. If the theory of harm is made explicit by competition authorities, then this makes it much harder for internally inconsistent or speculative competition concerns to survive the process of assessment».[531] Mit der Floskel eines *«logically consistent assessment of anticompetitive behaviour»* sprechen diese Autoren das seit jeher die kartellrechtliche Praxis plagende Problem an, dass die Doppelgesichtigkeit von unilateralen Verhaltensweisen deren Beurteilung ausserordentlich erschwert.[532] Zurückzuführen sind diese Schwierigkeiten auf den Umstand, dass die Verhaltensweisen beherrschender Unternehmen, gleichviel ob missbräuchlich oder nicht, dasselbe Bild vermitteln bzw. dieselben Züge tragen, sodass sie voneinander kaum wirklich unterscheidbar sind. Einem Missbrauchsstandard kommt in der Missbrauchsanalyse in der Sache eine *Differenzierungsaufgabe* zu, deren Spezifität darin besteht, dass sie, anders als die in der Vergangenheit der Missbrauchsaufsicht lange verwendeten formbezogenen Untersuchungstechniken, eine *rational kontrollierte* Scheidung von missbräuchlichem und gesetzeskonformem Verhalten möglich macht.[533] Diese Funktion verlangt zwingend – was an anderer Stelle noch vertieft zu begründen ist (s. N 127) –, dass die Untersuchung eines inkriminierten Missbrauchssachverhalts auf dem Boden des *«effects-based approach»* durchgeführt wird, da die Untersuchung der *Form* einer bestimmten Verhaltensweise die rote Linie zwischen Missbrauch und Gesetzeskonformität nicht zu ziehen vermag (s. N 127).[534] Diese Feststellung ist allerdings nicht der Weisheit letzter Schluss: Eine Wirkungsanalyse ist zwar notwendig, aber nicht ausreichend, um einen Missbrauch i.S.v. Art. 7 darzutun. Denn die Analyse der Missbrauchseffekte muss noch dadurch vervollständigt werden, dass sie mit der Industrieökonomik in Einklang gebracht wird. Dies leistet der Standard, indem er eine *«‹ability, incentive, harm to consumers› methodology»*[535] zur Verfügung stellt. Worin diese «Methode» genau besteht und wie sie auf einen wettbewerbsbehördlich oder gerichtlich zu beurteilenden Sachverhalt Anwendung findet, bildet Gegenstand der Ausführungen in N 147 ff. **113**

[Seite 1120] bbb) Analyseinstrument I: Wettbewerbspolitischer Standard (Endzweckstandard)

Die Schweizer Wettbewerbsgesetzgebung muss ihre **Einheit** in einem obersten, gleichsam «ultimativen» Zweck – d.h.: in einem ganz und gar im *literalen* Sinne zu verstehenden *Endzweck* – finden, der als Orientierungspunkt für sämtliche rechtsmethodischen Operationen dient.[536] Mit Blick auf die Missbrauchsanalyse können als derartige Operationen hauptsächlich (1) die Fallgruppenbildung zwecks Konkretisierung der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1, (2) die Interpretation des Beispielkatalogs von Art. 7 Abs. 2 sowie (3) die industrieökonomische und rechtspolitische Fundierung von Praxis bzw. Rechtsprechung genannt werden. In der Sache geht es, wie schon in N 111 übersichtsmässig ausgeführt worden ist, um die **114**

Ermittlung des dem geltenden Kartellgesetz *sein Mass gebenden wettbewerbspolitischen Standards*. Oder mit BLAIR/SOKOL ausgedrückt: «The welfare standard matters precisely because one cannot undertake [… an antitrust] analysis without knowing what standard to apply».[537] Aus rein juristischer Perspektive lautet die Frage: Wie ist ein solcher Standard *verfassungs- und gesetzesrechtlich herzuleiten*[538] sowie *materiellrechtlich zu definieren*? Hält man sich an die Rechtsquellentheorie, so ist als Erstes die Bundesverfassung, *in casu* also zumal der sog. «Kartellartikel» (Art. 96 Abs. 1 BV), zu konsultieren. Diese Verfassungsnorm sieht vor, dass es dem Bund obliegt, «[…] Vorschriften *gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen* von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen [zu erlassen]»; gleichzeitig geht diese Bestimmung Hand in Hand mit Art. 1, um mit diesem eine einheitliche Basis der materiellen Normen des Kartellgesetzes,[539] also auch und zumal des Art. 7, zu bilden. Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG stellen somit die Gelenkstelle des geltenden Kartellrechts dar (s. N 143 ff.). Allerdings ist das gegenseitige Verhältnis dieser beiden Normen in Lehre und Praxis umstritten. Zurückzuführen ist die Kontroverse hauptsächlich auf den Umstand, dass dem Kartellartikel eine Eigentümlichkeit aneignet: Wie namentlich RHINOW nachgewiesen hat, zeichnet sich Art. 96 Abs. 1 BV durch eine «*doppelte Unbestimmtheit* […] hinsichtlich des *Ziels* sowie hinsichtlich der *einsetzbaren Mittel*» aus.[540] Die Konsequenzen dieser normativen Konstellation sind von der Doktrin nicht restlos geklärt, was freilich erst in N 144 ff. eingehender besprochen wird, da das Verhältnis von Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG in erster Linie für den Missbrauchsuntersuchungsstandard (s. N 119 ff.) von unmittelbarer Relevanz ist.

Hier geht es vorerst einmal um die **Funktion** des wettbewerbspolitischen Standards im Rahmen der Anwendung von Art. 7. Diese Fragestellung legt nahe, die wirtschaftsverfassungsrechtliche Basis der Missbrauchsanalyse ins Visier zu nehmen. Wie TERCIER stichhaltig bemerkt hat, weist die Formel der «*volkswirtschaftlich* oder *sozial schädliche[n]* Auswirkungen von […] Wettbewerbsbeschränkungen» teleologisch darauf hin, dass « [Seite 1121] l'article sur les cartels [sc. Art. 96 Abs. 1 BV] n'est qu'un *prolongement* et un *complément de l'art. 94 Cst.*».[541] Diese Verfassungsnorm sieht in ihrem zweiten Absatz vor, dass Bund und Kantone «[…] *mit der privaten Wirtschaft* zur *Wohlfahrt* […] *der Bevölkerung*» beitragen sollen. Daraus folgt, dass sich der Endzweck der Kartellgesetzgebung – also der von dieser Gesetzgebung «ultimativ» zu schaffende gesellschaftliche Mehrwert (s. N 111) – in der *sozialen Wohlfahrt* zu erblicken ist.[542] Allerdings muss ergründet werden, was unter diesem Begriff genau zu verstehen ist. Aus industrieökonomischem Blickwinkel ist die Frage, ob mit Letzterem das gemeint ist, was Ökonomen *«Konsumentenwohlfahrt»* nennen, oder das, was sie mit dem Terminus *«Gesamtwohlfahrt»* bezeichnen. Um den Unterschied zwischen diesen beiden Bezugsgrössen zu erläutern, ist vom *Konsumenten* (Käufer) bzw. dem Nachfrager[543] auszugehen: Dieser hat für jedes Gut einen sog. *«Reservationspreis»*, d.h. einen maximalen Preis, den er für das betreffende Gut zu zahlen bereit ist Der Marktpreis, zu dem er in der Regel erwirbt, wird freilich unter dem Reservationspreis liegen. Der aggregierte Preisvorteil sämtlicher Nachfrager nennt man *«Konsumentenrente»*. Analoges gilt für den *Produzenten* (Verkäufer) bzw. Anbieter:[544] Die «Produzentenrente» (als aggregierte Grösse) ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Marktpreis und jenem Preis, zu dem der Produzent gerade noch bereit ist, das Gut zu verkaufen.[545] Die Konsumentenrente mit der Produzentenrente addiert ergibt den Gesamtwohlfahrtsstandard (ohne Beachtung von sämtlichen denkbaren Wohlfahrtstransfers),[546] während die Konsumentenrente den Konsumentenwohlfahrtsstandard bildet, wozu allfällige Effizienzgewinne aus den Effekten des Missbrauchs qualifizierter Marktmacht hinzuzuschlagen sind, sofern gewährleistet ist, dass ein hinreichender Teil dieser Effizienzgewinne auf die Konsumenten übergehen.[547] Nun zur eigentlichen Gelenkstelle des Ganzen: Die soeben skizzierten Grundbegriffe liegen der *Wohlfahrtstheorie* zugrunde, welche im vorliegenden Zusammenhang unbedingt beizuziehen ist, da sie letztlich das Instrumentarium liefert, um das Programm zu entwerfen, das den Umgang mit

115

knappen Ressourcen innerhalb einer Volkswirtschaft bestimmt. Just in diesem Zusammenhang lehrt sie – was für unsere weitere Argumentation entscheidend ist –, dass das ökonomische Ziel einer Gesellschaft die *Maximierung des Gesamtnutzens* aus dem sinnvollsten Verbrauch knapper Ressourcen ist.[548] Sinnvoll ist dieser Verbrauch dann, wenn mit den verfügbaren Ressourcen *effizient* umgegangen wird.[549] Der Effizienzmaxime ist dann Genüge getan, wenn die beschränkten Güter, die einer Volkswirtschaft zur Verfügung stehen, an den Ort ihrer nützlichsten Verwendung zugeführt («statische» oder «allokatorische Effizienz»), kostenoptimal benutzt («Kosteneffizienz») und/oder für die Bereitstellung innovatorischer Leistungen verbraucht werden («dynamische» oder «Innovationseffizienz»).[550] In der Architektur der Wohlfahrtstheorie taucht an dieser Stelle freilich der erste klärungsbedürftige Zusammenhang mit dem Missbrauchsrecht i.S.v. Art. 7 auf, den SALOP folgendermassen erläutert: «The aggregate economic welfare [Seite 1122] standard [sc. *Gesamtwohlfahrtsstandard*] would condemn conduct only if it decreases the sum of the welfare of consumers (i.e., buyers) *plus producers* (i.e., sellers plus competitors); and *without regard to any wealth transfers*. Thus, efficiencies such as cost savings can trump demonstrable consumer injury. In contrast, the true consumer welfare standard [sc. *Konsumentenwohlfahrtsstandard*] would condemn conduct if it reduces the welfare of buyers, irrespective of its impact on sellers. Efficiency benefits count under the true consumer welfare standard, but only if there is evidence that enough of the efficiency benefits pass through to consumers so that consumers (i.e., the buyers) would directly benefit on balance from the conduct».[551] M. a.W. weist das Konzept der Effizienz gewissermassen eine ihm innewohnende Zwiespältigkeit auf: Es lässt offen, ob der Blick *grosso modo* auf die in Kumulation betrachteten Konsumenten- *und* Produzentenwohlfahrt *(Gesamtwohlfahrt)* oder allein auf die *Konsumentenwohlfahrt* zu richten ist. Damit sind wir zur alten Streitfrage in Sachen Verhältnis Kartellrecht/Wohlfahrtstheorie angelangt: «There has been long-standing antitrust controversy regarding the economic welfare standard for antitrust. Some commentators favor the aggregate economic welfare standard, (sometimes called the ‹efficiency› or ‹total surplus› standard); other commentators favor what will refer to as the true consumer welfare standard (sometimes called the ‹pure consumer welfare› or ‹consumer surplus› standard)».[552]

116 Es lässt sich, genau besehen, nicht sagen, dass bislang diese Problematik im Schweizer Schrifttum intensiv diskutiert worden wäre.[553] Auch sind pointierte Stellungnahmen zur Frage, ob das geltende Kartellgesetz am Konsumenten- oder Gesamtwohlfahrtsstandard (samt allen Zwischenvarianten[554]) ausgerichtet ist, selten. Einen solchen dezidierten Standpunkt vertreten verdienstvoll ZIRLICK und BANGERTER. Konkret treten sie für die **gesamtwohlfahrtstheoretische Spielart** ein. Dabei argumentieren sie weder auf der Grundlage von Art. 96 Abs. 1 BV noch auf derjenigen des Art. 1 KG, sondern gestützt auf eine direkte Bezugnahme auf Art. 5 KG. Begründet wird sie mit den folgenden Überlegungen:

> «Entscheidend für die Effizienzprüfung ist [sc. gemäss Art. 5 Abs. 2 …], ob sowohl die Konsumenten- als auch die Produzentenrente zu berücksichtigen sind oder nicht. Weder das Gesetz selbst noch die Praxis beantworten die Frage abschliessend. Es lässt sich die Meinung vertreten, grundsätzlich solle der wirksame Wettbewerb letztlich den Konsumenten zugutekommen, weshalb nur die Konsumentenrente relevant sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass zumindest in einem dynamischen Umfeld ein Teil der Produzentenrente namentlich als Folge von Markteintritten den Konsumenten zufliesst. Die in Art. 5 Abs. 2 Bst. b E-KG 2012 – in Anlehnung an die EU-Regelung – ursprünglich vorgesehene zusätzliche Voraussetzung der *angemessenen Verbraucherbeteiligung* wurde jedenfalls *nicht* ins Gesetz übernommen. Der Verzicht erfolgte aufgrund der Überlegung, dass die bei der Effizienzprüfung vorgesehene absolute Schranke, wonach die Abrede unter keinen Umständen zur Wettbewerbsbeseitigung führen darf, bereits hinreichend gewährleiste, dass die Effizienzgewinne immerhin z.T. über den Markt an weitere Marktteilnehmer (gemeint ist neben Konsumenten auch die nächste

Marktstufe) weitergegeben werden. Daraus darf gefolgert werden, dass der Effizienzbegriff des KG nicht der Konsumentenwohlfahrt dienen muss, sondern *gesamtwirtschaftlich* zu verstehen ist […]».[555]

117 [Seite 1123] Womöglich ist die Ansicht von ZIRLICK/BANGERTER haltbar, nämlich insofern – die Autoren sagen es *selber* –, als ihrer These die Voraussetzung eines **dynamischen Verständnisses des Wettbewerbs** zugrundegelegt wird.[556] Ob das Aufstellen dieser Voraussetzung allerdings an der Überzeugungskraft ihrer These etwas ändert, ist zweifelhaft: Diese Voraussetzung lässt sich nämlich gerade so gut umdrehen und zu Gunsten des Konsumentenwohlfahrtsstandards benutzen, wie dies der Bundesrat in der Botschaft 2012 im Hinblick auf die Fusionskontrolle demonstriert hat:

«Mit der Berücksichtigung der Effizienzvorteile geht auch die Wahl eines Wohlfahrtsmasses beziehungsweise des zu verwendenden Wohlfahrtsstandards einher. Der Bundesrat schlägt bezüglich Artikel 10 KG die Verwendung eines *dynamischen Konsumentenwohlfahrtsstandards* vor (die europäische sowie diverse weitere Wettbewerbsbehörden weichen bei der Zusammenschlusskontrolle ebenfalls vom Gesamtwohlfahrtsstandard ab). Dieser rückt eine Maximierung der Konsumentenwohlfahrt *über die Zeit* in den Vordergrund».[557]

Ein weiterer Aspekt von ZIRLICKs und BANGERTERs Auffassung dürfte sodann ebenfalls heikel sein: Die Autoren gehen davon aus, die absolute *Schranke der Wettbewerbsbeseitigung* von Art. 5 Abs. 2 lit. b – die unter Art. 7 ebenfalls gilt (s. N 177) – würde hinlänglich sicherstellen, dass Effizienzgewinne, die aus einer Wettbewerbsbeeinträchtigung (also *in casu*: aus einem i.S.v. Art. 7 missbräuchlichen Verhalten) herrühren,

«[…] immerhin z.T. über den Markt an weitere Marktteilnehmer (gemeint ist neben Konsumenten auch die nächste Marktstufe) weitergegeben werden».[558]

Die Annahme eines solchen Automatismus der angemessenen Verbraucherbeteiligung (i.S. v. Art. 101 Abs. 3 AEUV, aber auch von Art. 7 KG; s. N 177) ist doch, so wird man sagen müssen, ziemlich *«panglossianisch»* angedacht; oder m.a.W.: diese Annahme von ZIRLICK/BANGERTER ist insofern schwer vertretbar, als Art. 5 Abs. 2 lit. b keineswegs verlangt, dass im Zeitpunkt, wo sich die Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung entfalten, der Wettbewerbsdruck auf die betreffenden Unternehmen so stark wirkt, dass letztere diese Effizienzgewinne (z.B. in Form von tieferen Preisen) an die Verbraucher/Konsumenten weitergeben müssen. Diesen Umstand haben ZIRLICK/BANGERTER an einer anderen Stelle ihrer Kommentierung von Art. 5 selber anerkannt:

«[N]ach dieser Norm [sc. Art. 5 Abs. 2] [sind] – wie die Botschaft betont – nicht nur die aktuellen Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen […], sondern auch die sich aus der Abrede ergebenden zukünftigen Entwicklungen: Die Norm setzt nicht eine bestehende Wettbewerbsbeseitigung voraus, sondern lässt hierzu – dynamisch und prospektiv – bereits die Möglichkeit in der Zukunft genügen».[559]

Daraus folgt nun zwangsläufig: Wenn nicht gewährleistet ist, dass während der ganzen Dauer einer Wettbewerbsbeschränkung ein genügender Wettbewerbsdruck auf die im Markt aktiven Unternehmen lastet, um diese zur Weitergabe mindestens eines Teiles ihrer Effizienzgewinne zu nötigen, wird es (zumindest) Phasen geben, wo diese Weitergabe an die Nachfrager nicht erfolgt. Dann aber wird die These von ZIRLICK/BANGERTER problematisch. Denn die Hoffnung, dass in der Zukunft irgendwann mal eine angemessene Konsumentenbeteiligung an den Effizienzgewinnen einer Wettbewerbsbeeinträchtigung [Seite 1124] stattfindet, kann nicht genügen. Unter Art. 7 gilt jedenfalls das «Prinzip Hoffnung» nicht. Nun aber: Das wohl gewichtigste Argument gegen die referierte Auffassung von ZIRLICK/BANGERTER dürfte aus dem *Eurokompatibilitätsgebot* des Schweizer Kartellrechts hervorgehen: Nicht bloss nach der Prioritätenmitteilung, wo die Kommission ihre Praxis zu Art. 102 AEUV auf die Verbraucherwohlfahrt (bzw. Konsumentenwohlfahrt) ausgerichtet hat,[560] sondern – vor allem! – nach der Rechtsprechung der Unionsgerichte bildet die Konsumentenwohlfahrt ganz generell die Leitlinie für die europäische Missbrauchsaufsicht.[561] Nach den in N 40 ff. entwickelten Europakonformitätsgrundsätzen hat diese Tatsache auch für Art. 7 Geltung.[562]

Wenn es jetzt darum geht, ein **Fazit** aus den vorausgehenden Überlegungen zu ziehen, so dürfte die untersuchte Lage ziemlich eindeutig sein: Obwohl, wie dies ZIRLICK/BANGERTER treffend unterstrichen haben, «[w]eder das Gesetz selbst noch die Praxis […] die Frage abschliessend [beantworten]»,[563] konnte mit der in diesem Abschnitt vorgelegten *wirtschaftsrechtlich-funktionalen Argumentation*, die auf der Verschleifung von gesetzlichen Fragmenten[564] mit *industrieökonomischen Realien* fusst, Folgendes nachgewiesen werden: Der *wettbewerbspolitische Standard (Endzweckstandard)* der schweizerischen Missbrauchskontrolle wird vom (dynamischen) **Konsumentenwohlfahrtsstandard** hergegeben. Auf diesem *ersten* Missbrauchsanalysestandard (s. N 115) ist dementsprechend die vorliegende Kommentierung von Art. 7 gestützt. **118**

ccc) Analyseinstrument II: Missbrauchsuntersuchungsstandard *(standard of proof)*

Worum es im vorliegenden Abschnitt genau geht, sei anhand folgender **allgemeiner Bemerkungen** erläutert: Wettbewerbsregeln sollen in einer Weise angewendet werden, dass ihr rechtspolitischer *effet utile* nach Möglichkeit verwirklicht wird.[565] Die Schwierigkeit dieses Desideratums liegt im *Faktischen*: Jedem zu beurteilenden Kartellrechtssachverhalt eignet in der Praxis wegen seiner Komplexität ein *Informationsdefizit* an, welches den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten von vornherein verunmöglicht, eine Entscheidung zu fällen, die die *Gesamtheit* der an sich relevanten Rechtstatsachen berücksichtigt.[566] Die Anwendung des Missbrauchsverbots wirft deshalb die Frage auf, *wie* mit einem Bestand an zwangsläufig unvollständigen Fakten umzugehen ist. Ersichtlich liegt eine von Unstimmigkeiten und Widersprüchen geprägte Situation vor. Und in deren Zentrum stehen unweigerlich zwei antagonistische Interessenlagen: (1) Einerseits müssen die erwähnten Fakten im Verfahren so behandelt werden, dass der *wettbewerbspolitischen Agenda* möglichst zum Durchbruch verholfen wird. (2) Andererseits dürfen diese Fakten im Verfahren nicht in einer Weise eingeschätzt werden, dass die Entscheidung dem marktbeherrschenden Unternehmen ein Verhalten unterstellt, das dieses überhaupt nicht (oder auch nur teilweise nicht) an den Tag gelegt hat. Aus diesem Grund muss nach Mit **[Seite 1125]** teln und Wegen gesucht werden, die die *Wahrscheinlichkeit von Entscheidungsfehlern reduzieren* (s. N 123 ff.).[567] Und das bedeutet konkret: Es bedarf eines *Standards* für die *Beurteilung des erstellten Sachverhaltes*, der eine *Ausgewogenheit* zwischen den beiden im Widerstreit stehenden Interessenlagen herstellt. Und dies sollte der fragliche Standard in einer Weise tun, dass die von ihm zu schaffende Ausgewogenheit tunlichst zu überzeugenden bzw. plausiblen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden und Gerichte führt.[568] **119**

Für den in diesem Abschnitt zu behandelnden Missbrauchsuntersuchungsstandard bieten sich verschiedene Möglichkeiten der Ausformung an. Ausschlaggebend für die Auswahl dieser Möglichkeiten müssen die *konkreten Umstände* sein, in welchen sich der zu beurteilende Fall abgespielt hat. Das Bundesgericht hat in diesem Sinne immer wieder betont, dass Sachverhalte, die Art. 7 betreffen, nur *einzelfallweise* entschieden werden können.[569] Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine auf diese Art gefällte Entscheidung notwendig eine *reine Ermessensentscheidung* sein muss. Hier kommt das **Prinzip des Untersuchungsstandards** ins Spiel: Auch wenn sich die *«konkreten Umstände»* von Missbrauchsverbotsfällen nicht typisieren, kategorisieren oder in Klassen aufgliedern lassen, so können doch *Leitlinien* aufgestellt werden, die angeben, wie ein Phänomen des Alltags-, Wirtschafts- oder Berufslebens in einem missbrauchsrechtlichen Kontext zu betrachten ist. Was hiermit gemeint ist, wird vom Beispiel des *Post Danmark II*-Urteils, das der EuGH am 16.10.2015 gefällt hat, gut veranschaulicht. Das vorlegende Gericht hatte den Gerichtshof u.a. gefragt, «[…] ob Art. 82 EG dahin auszulegen ist, dass die wettbewerbsschädigende Wirkung eines Rabattsystems […] *wahrscheinlich* […] sein muss, damit sie in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fällt».[570] M.a.W.: Der EuGH wurde ersucht, einen Untersuchungsstandard für das Phänomen *«Wahrscheinlichkeit»* einer **120**

Wettbewerbsschädigungswirkung, die ein Rabattsystem erzeugt, aufzustellen. Die vom EuGH gegebene Antwort konkretisiert, wie ein Untersuchungsstandard *gebildet* wird:

> «[64] Was […] die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbsschädigenden Wirkung betrifft, ist […] für die Feststellung, ob ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese Stellung durch die Anwendung einer Rabattregelung missbräuchlich ausgenutzt hat, u.a. zu untersuchen, ob der Rabatt darauf abzielt, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken. […] [65] Insoweit darf […] die wettbewerbsschädigende Wirkung einer bestimmten Praxis nicht rein hypothetischer Natur sein. […] [66] Der Gerichtshof hat zudem entschieden, dass die Feststellung der Missbräuchlichkeit dieser Praxis den Nachweis voraussetzt, dass sie eine wettbewerbsschädigende Wirkung auf dem Markt hat, wenn auch nicht unbedingt im konkreten Fall, denn es genügt der Nachweis einer potenziellen wettbewerbsschädigenden Wirkung, durch die zumindest ebenso leistungsfähige Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden […]. […] [67] Daraus folgt, dass in den Anwendungsbereich von Art. 82 EG nur Unternehmen in beherrschender Stellung fallen, deren Verhalten geeignet ist, eine wettbewerbsschädigende Wirkung auf dem Markt zu entfalten. […] [68] In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Beurteilung, ob ein Rabattsystem geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken, unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände erfolgen muss, insbesondere der Modalitäten und Kriterien, nach denen die Rabatte gewährt werden, der Zahl der betroffenen Kunden und der Merkmale des Marktes, auf dem das Unternehmen in beherrschender Stellung tätig ist. […] [69] Diese Beurteilung **[Seite 1126]** dient der Feststellung, ob das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung von Wettbewerbern zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt […]».[571]

Der Untersuchungsstandard des Gerichtshofes für den *Nachweis der Tatbestandsmässigkeit einer Wettbewerbswirkung i.S.v. Art. 102 AEUV* lässt sich in vier Punkten *resümieren*: (1) Der Nachweis, dass die fragliche Auswirkung *rein hypothetischer Natur* ist, genügt unter dem Missbrauchsverbot nicht; (2) hingegen ist der Nachweis der *Potenzialität* besagter Wirkung in diesem Zusammenhang hinreichend, (3) sofern die Verhaltensweise des Marktbeherrschers, die ursächlich für die Wirkung ist, ihrerseits dafür *geeignet* ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen und (4) sofern *sämtliche relevanten Umstände* berücksichtigt worden sind. Nur wenn diese vier Analyseleitlinien eingehalten werden, ist der *Befund berechtigt*, dass das Verhalten eines beherrschenden Unternehmens zu einer wahrscheinlichen (oder tatsächlichen) Wettbewerbsbeeinträchtigung geführt hat.

121 Das soeben Gesagte zeigt vor allem eines: dass ein Missbrauchsuntersuchungsstandard nicht in *abstrakter* Manier gebildet werden kann. Umgekehrt muss er aber einen gewissen Grad an *Allgemeinheit* erreichen, um in der Missbrauchsanalyse zum Einsatz kommen zu können. Die Schwierigkeit seiner Ausgestaltung besteht also darin, dass er in einer Art «Mesozone» bzw. in einem «Dazwischen» zwischen Abstraktheit und Konkretheit angesiedelt ist. Immerhin können **drei breit umschriebene Fragenkreise** angegeben werden, zu denen der Untersuchungsstandard irgendeinen Leitsatz oder zumindest eine Richtungsangabe zum Umgang mit unvollständigen Fakten zur Verfügung stellen muss. In starker Vereinfachung lassen sich diese Fragenkreise folgendermassen charakterisieren: (1) Der *erste* Fragenkreis betrifft das Problem, ob die materiellrechtlichen Normen des Kartellgesetzes nach Massgabe eines *«form-basierten»* Ansatzes oder eines *«wirkungs-basierten»* Ansatzes angewendet werden müssen (s. N 126 ff.). (2) Gegenstand des *zweiten* Fragenkreises bildet das Thema, ob der Nachweis einer *potentiellen* Wirkung des inkriminierten Verhaltens genügt, um dieses als missbräuchlich i.S.v. Art. 7 zu qualifizieren, oder ob hierfür vielmehr noch dargetan werden muss, dass die Effekte der fraglichen Verhaltensweise *tatsächlich* eingetreten sind (s. N 119). (3) Beim *dritten*

Fragenkreis geht es darum, ob die Tatbestandsmässigkeit i.S.v. Art. 7 ein bestimmtes *Ausmass der Erheblichkeit* bzw. *Schwere* der Effekte einer zu beurteilenden Verhaltensweise voraussetzt (s. FN 693).

Die **Disposition** der nachstehenden Ausführungen, die diese drei Fragenkreise abhandeln, ist *dreistufig* angelegt: *Zunächst* wird die industrieökonomische Lehre von den *Entscheidungsfehlern* dargestellt, die gleichsam Prämisse der zwei weiteren Teile dieses Abschnitts bildet (s. N 123 ff.). *Alsdann* soll die Praxis des Untersuchungsstandards in der *Europäischen Union* beleuchtet werden (s. N 126 ff.). *Schliesslich* wird untersucht, wie die Frage dieses Standards hierzulande gehandhabt wird; dabei wird die Analyse – so viel sei vorweggenommen – gewisse Schwachstellen in der Dogmatik des *Schweizer Untersuchungsstandards* aufdecken; darum werden abschliessend gewisse Vorschläge präsentiert, die diesbezüglich Abhilfe schaffen sollen (s. N 131 ff.). **122**

(1) **Entscheidungsfehler** gliedert die Wettbewerbstheorie (in Übernahme von methodischen Ansätzen der Statistik, namentlich des sog. Hypothesentests) in zwei Kategorien auf, die im Kontext der Wettbewerbspolitik eher diskursive *Topoi* als mathematisch-präzise Instrumente der Fehlervermeidung darstellen: (a) Einerseits kann prokompetitives (zulässiges) Verhalten im Sinne einer *«over-inclusive intervention»* fälschlicherweise un [Seite 1127] tersagt werden (Fehler 1. Ordnung/Art; Typ I-Fehler; *false positives*); (b) andererseits kann es zu Versäumnissen kommen, antikompetitives (unzulässiges) Verhalten im Sinne einer *«under-inclusive intervention»* aufzugreifen (Fehler 2. Ordnung/Art; Typ II-Fehler; *false negatives*).[572] Diese Fehlertypen – die ELZINGA/MILLS anhand von einem Vergleich des Kartellrechts mit der Medizin prägnant erfasst haben: «In medicine, a false positive test results in the treatment of a healthy patient; a false negative results in no treatment of an ailing patient»[573] – waren bisher den Wettbewerbsbehörden insofern dienlich, als sie ihnen zwar bloss approximative, aber doch einigermassen entscheidungsstrukturierende Richtlinien für die Evaluation von Rechtsanwendungsschwierigkeiten im Rahmen von Sachverhaltsanalysen aufzustellen erlaubten.[574] Diese Richtlinien haben geholfen, die verschiedenen Missbrauchsarten nach dem Gesichtspunkt einzuteilen, zu welchen Entscheidungsfehlertypen diese Arten jeweils neigen.[575] Im Grossen und Ganzen scheinen sich nach manchen industrieökonomischen Studien in der Praxis *false positives* öfter als *false negatives* zu ereignen und werden deshalb im Allgemeinen von Ökonomen als sozialkostenträchtiger eingeschätzt, was freilich nicht unstreitig ist.[576] Auch ist in den letzten Jahren die Meinung vermehrt anzutreffen, dass in erster Linie *Verdrängungsmissbräuche* besonders anfällig für Fehler 1. Ordnung sind.[577] In der Union wird allerdings ein *over-enforcement* von Art. 102 AEUV kaum angenommen.[578] Nichts deutet zurzeit darauf hin, dass es sich mit Blick auf Art. 7 KG anders verhielte. Demgegenüber ist in der Missbrauchskontrolle das Bewusstsein darüber gewachsen, dass Fehler 2. Ordnung *keineswegs vernachlässigt* werden dürfen. Die lange vorherrschende Annahme, dass im Falle hochgradig beherrschter Märkte *Neueintritte* in der Tendenz ohne allzu grosse Schwierigkeiten machbar sind, ist in den letzten Jahren empirisch und theoretisch relativiert worden.[579] Es war denn auch diese Hypothese, die dazu beigetragen hat, bis in die jüngere Vergangenheit die Bedeutung von *false negatives* zu unterschätzen. WURMNEST hat aus diesen Betrachtungen den ausgewogenen Schluss gezogen, dass man davon abkommen sollte, **123**

> «[…] Regeln so eng zu fassen bzw. die ökonomischen Nachweisanforderungen so hoch zu schrauben, dass allein Typ-I-Fehler vermieden werden. […] Typ-II-Fehler sind insofern ‹Nichtinterventionen zu Lasten Dritter›, die denjenigen Marktteilnehmern zum Nachteil gereichen, die hierdurch in ihren Möglichkeiten, am Wettbewerb zu partizipieren, eingeschränkt werden. Aus diesen Vorgaben folgt, dass bezogen auf ein spezifisches Rechtsproblem, eine Abwägung der *verschiedenen Entscheidungsfehler unter Berücksichtigung der administrativen Kosten* durchzuführen ist […]».[580]

Auf diesen Punkt, der von hoher Bedeutung ist, ist später in N 127, 138 nochmals zurückzukommen.

124 Diese Richtkategorien – die als statistische Idealtypen (nicht: Realtypen) in ihrer Leistungsfähigkeit und Verlässlichkeit nicht überschätzt werden dürfen – haben sich in der Praxis bis zu einem gewissen Grad bewährt. Im jüngeren Schrifttum wird allerdings der Umgang der Wettbewerbsbehörden mit diesen Leitfäden von gewissen Autoren harsch [Seite 1128] **kritisiert**:[581] Die Qualifikation als «Fehler» setze eine vorgängige Festlegung von Massstäben «normativer Richtigkeit» voraus, ansonsten man ja gar nicht wisse, was Fehler 1. und 2. Ordnung seien.[582] Im gleichen Atemzug wird alsdann gefordert, diese Massstäbe müssten sich verlässlich in das *Justiziabilitätsideal* der primärrechtlichen *Schutzziele* (Union) oder der wirtschaftsverfassungsrechtlichen *Zielvorgaben* (Schweiz) einreihen können.[583] Sicherlich ist diese Kritik aus rein theoretischer Warte nicht unbegründet. Dennoch stellt sie einen im Ergebnis doch hypertrophen Anspruch an die kartellrechtliche Praxis. Die Monierung einer gewissen *Realitätsferne* kann ihr nicht erspart werden. In ihrem Desideratum verbirgt sich die Hoffnung, dass Wettbewerbstheorie und Kartellrechtsanwendung reibungslos interagieren könnten. Dies ist wohl ein zu hoch gestecktes Ziel, das gegenwärtig jedenfalls ausser Sichtweite steht, aber weiterhin als disziplinierendes Moment den Diskurs über Missbrauchskontrolle leiten sollte. Ihrer methodischen Gewissenhaftigkeit zum Trotz verliert diese Kritik O.W. HOLMESens denkwürdige Sentenz aus den Augen: «The life of the law has not been logic: it has been experience».[584] Just in diesem Sinne von *«Erfahrung»* sollte man weiterhin daran arbeiten, die pragmatischen Instrumente der Missbrauchsanalyse sozialkostenbewusst und marktwirklichkeitsnah – und zumal: ohne falsche Erwartungen – fortzuentwickeln.[585] Denn die inzwischen klassische Artikulierung der Vision eines *pragmatisch-funktional*, im Sinne eines *«second best»* (s. N 157) arbeitenden «Wettbewerbs» im *Metro*-Urteil des EuGH, wonach «[…] soviel Wettbewerb vorhanden sein [muss], dass die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele […] erreicht werden»,[586] wird wohl nie und mit Sicherheit nicht in absehbarer Zeit vermittels einer «mechanizistisch» abgestimmten Verschleifung von Industrieökonomik und Wettbewerbsrecht umsetzbar sein.[587]

125 [Seite 1129] Als zentrale Instrumente zur Vermeidung von Entscheidungsfehlern fungieren *Missbrauchsuntersuchungsstandards*.[588] Im nächsten Unterabschnitt wenden wir uns jetzt dem theoretischen Entwurf sowie der praktischen Handhabung dieser Standards in der **Europäischen Union** zu.

126 (2) Die **Europäische Kommission** hat mit der Prioritätenmitteilung veranschaulicht, wie die Bestimmung eines Untersuchungsstandards realisiert werden kann.[589] Vorab aber nochmals kurz zur Begrifflichkeit:[590] Ein Untersuchungsstandard bezeichnet die Anforderungsdichte an den zu erbringenden Nachweis eines Missbrauchs. HOVENKAMP verdeutlicht diese Idee am Beispiel der *rule of reason*: «The ultimate question about whether to apply the per se rule depends on whether the challenged practice has characteristics suggesting a more elaborate inquiry under the rule of reason will be either unnecessary or counterproductive».[591] Die erkenntnisleitende Frage lautet also: Soll auf die Struktur, d.h. auf die *Form*, der inkriminierten Verhaltensweise oder auf deren *Auswirkungen*, die diese im Markt zeitigt, abgestellt werden? Die zwei *idealtypischen* Untersuchungsstandards – die realtypisch auch in verschiedenen Kombinationen zur Anwendung anzutreffen sind (s. N 127 f.) – gehen historisch auf die US-amerikanische Rechtsprechung der ersten Jahrzehnte des *Sherman Act* zurück, die auf Art. 102 AEUV und Art. 7 KG manche methodische Einflüsse ausgeübt hat.[592] Im Einzelnen:[593]

127 (a) Eine *per se-rule*, um mit dieser zu beginnen, erklärt eine bestimmte Verhaltensweise für unzulässig, ohne eine sog. *in depth analysis*, d.h. ohne eine tiefschürfende Untersuchung ihrer Effekte auf den Wettbewerb vorzunehmen, weil – so jedenfalls die gängige Erklärung der *ratio* des *per se*-Konzepts im Schweizer Schrifttum[594] – langjährige Erfahrungen damit vorliegen, die gelehrt haben, dass die

erwähnten Effekte nahezu immer schädlich sind.[595] Im Hinblick auf Art. 102 AEUV halten manche Autoren dafür, dass ein *per se*-Ansatz nur mit grösster Zurückhaltung verwendet werden sollte: «*Per se* rules are only appropriate where (1) experience and logic suggests that the benefit/harm resulting from a practice is so clear and unambiguous that there is no point in waisting court or regulatory ressources in investigating its effects; and (2) the risk of false positives or false negatives is small».[596] In der Union (wie inzwischen in der Schweiz) spricht man im Hin [Seite 1130] blick auf die kartellrechtliche Analyse eines gegebenen Sachverhalts aufgrund einer *per se-rule* von **«formbasiertem»** oder **«verhaltensorientiertem» Ansatz** *(«form-based» approach)*; die zwei Konzepte – *per se-rules* einerseits und «formbasierter» Ansatz andererseits – sind allerdings nicht deckungsgleich, was in N 128 behandelt wird. Im CLF-Empfehlungsbericht vom 10.2.2005 wird der «formbasierte» Ansatz anschaulich – wenn auch etwas vereinfacht[597] – in folgender Manier beschrieben:

> «While economic effects are not examined directly, form-based rules are based on assumptions about harm, particularly with respect to exclusion. This approach leads to allegedly anti-competitive abuses being categorised under various headings, based on descriptions of behaviour that are likely to be prohibited regardless of their factual context or actual economic impact in any particular case. The *form of conduct* is examined, *rather than its effect on competition* in the market, or *on consumer welfare*».[598]

Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass man den «formbasierten» Ansatz nicht als Berücksichtigung der *Rechts*form, in welcher das marktbeherrschende Unternehmen gekleidet ist, begreifen darf.[599] «Form» bezeichnet in diesem Sinne die *rein deskriptive* Erfassung und Klassifizierung einer Verhaltensweise, die (zumindest faktisch) unter die Fiktion gestellt wird, sie sei schädlich.[600] In der industrieökonomischen Literatur ist der *«form-based» approach* anhand des folgenden Beispiels veranschaulicht worden:

> «Consider, for instance, an agreement between a buyer and supplier which commits the buyer not to purchase from rival suppliers. […]. Under a form-based approach, exclusive dealing by a dominant firm would be typically found anti-competitive by its very nature, independently of the market circumstances and of their effects. […] [A] form-based approach may end-up treating [… different practices having the same effects] differently precisely because the practices take a different form, and hence fall into different categories. But this may have the perverse consequences of promoting ‹abuse-shopping› by dominant firms, namely looking for the practice which – while achieving the same exclusionary objective – has the highest probability of staying below the radar of a competition authority or court and thus remain unchallegend».[601]

128 (b) Der zweite Regeltypus *(rule of reason)* geht die Frage der Zulässigkeit einer bestimmten Verhaltensweise mit Hilfe einer wettbewerbstheoretisch informierten Analyse von deren *Effekten* auf den Wettbewerb an.[602] In der Union (und ebenfalls hierzulande) ist mit Blick auf eine Wettbewerbsrechtsanalyse, die sich auf diesen Regeltypus stützt, von **«wirkungsbasiertem»** oder **«auswirkungsorientiertem» Ansatz** *(«effects-based» approach)* die Rede (wobei sich auch hier die zwei Begriffe nicht ganz decken; s. N 128 i.f.). Dieser Ansatz wird im Bericht über Art. 82 EGV (heute: Art. 102 AEUV), den der ECONOMIC ADVISORY BOARD ON COMPETITION POLICY im Juli 2005 vorgelegt hat («EAGCP-Paper»), folgendermassen charakterisiert:

> «An economics-based approach to the application of article 82 implies that the assessment of each specific case will not be undertaken on the basis of the form that a particular business practice takes (for example, exclusive dealing, tying, etc.) but rather will be based on the assessment [Seite 1131] of the anti-competitive effects generated by business behaviour. This implies that competition authorities will need to identify a competitive harm, and assess the extent to which such a negative effect on consumers is potentially outweighed by efficiency gains. The identification of competitive harm requires spelling out a consistent business behaviour based on sound economics and supported by facts and empirical evidence».[603]

Was *unilaterales* Verhalten anlangt, überwiegt in der Ökonomik die Ansicht, dass nur eine *rule of reason* der Komplexität des Sachverhalts gerecht werden kann, dass also *per se*-Regeln in diesem Zusammenhang allzu anfällig für Entscheidungsfehler sind.[604] Der Grund für diese Auffassung wurde im EAGCP-Paper folgendermassen zusammengefasst:

> «Adopting […] an effects-based approach would ensure that these various practices [sc. Verhaltensweisen, die in den Anwendungsbereich von Art. 102 AEUV fallen] are treated consistently when they are adopted *for the same purpose*».[605]

M.a.W.: Die bloss «formorientierte» Untersuchung einer missbrauchsverdächtigen Verhaltensweise sagt wenig bis nichts über deren Effekte auf den Wettbewerbsprozess aus.[606] Allerdings wird man die Verwendung des *«form-based» approach* nicht ausschliessen dürfen. Gewisse doktrinelle Deutungen der jüngeren Rechtsprechung des EuGH – gemeint sind zumal die Urteile *Tomra*,[607] *Post Danmark II*[608] und *Intel*[609] – suggerieren, der Gerichtshof habe gewisse Elemente des «verhaltensorientierten» Ansatzes unter Art. 102 AEUV für rechtskonform gehalten. Ob diese Entscheidungsinterpretationen zutreffen oder nicht, wird an anderer Stelle besprochen (s. N 137 ff.). Man sollte sich aber bewusst bleiben, dass nach dem Kartellgesetz in gewissen (eher seltenen) Fällen ein «formbasierter» Ansatz seine Berechtigung haben kann; deshalb sollte man diesen nicht endgültig verabschieden.

129 Wettbewerbsbehörden sind seit jeher geneigt, den «formbasierten» dem «auswirkungsorientierten» Ansatz vorzuziehen, und dies schon nur deshalb, weil jener in der Praxis einfacher zu handhaben ist.[610] Das ist verständlich. Im europäischen Wettbewerbsrecht wurde, wie erwähnt, diese Neigung 2009 auf Ebene der Kommissionspraxis durch die Festlegung eines (möglichst) klar formulierten Untersuchungsstandards für die Missbrauchsaufsicht unter Kontrolle zu bringen versucht. In der Prioritätenmitteilung ist die Massgeblichkeit einer industrieökonomisch aufgeklärten Prüfung von Missbrauchssachverhalten mit folgenden Worten kundgegeben worden:

> [Seite 1132] «Bei der Anwendung von Artikel 82 [jetzt Art. 102 AEUV] auf Behinderungsmissbräuche von Unternehmen in marktbeherrschender Stellung wird sich die Kommission auf diejenigen missbräuchlichen Verhaltensweisen konzentrieren, die den Verbrauchern am meisten schaden. Wettbewerb kommt den Verbrauchern in Form niedrigerer Preise, höherer Qualität und eines größeren Angebots an neuen oder verbesserten Waren und Dienstleistungen zugute. Deshalb wird die Kommission bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts darauf achten, dass die Märkte reibungslos funktionieren und die *Verbraucher von der Effizienz und Produktivität profitieren*, die ein *wirksamer Wettbewerb* zwischen Unternehmen *hervorbringt*».[611]

Die Untersuchungsstandardfrage ist Teil eines vor etwa fünfzehn Jahren begonnenen Projektes der Modernisierung der europäischen Missbrauchskontrolle, das vor allem in der Absicht eingeleitet wurde, Art. 102 AEUV auf eine ökonomisch fundierte Basis zu hieven, welche vergleichsweise derjenigen entspricht, auf der sich das Recht der Wettbewerbsvereinbarungen (Art. 101 AEUV) und der Zusammenschlusskontrolle (VO 139/2004[612]) befindet.[613] Die Reform begann mit dem von der Kommission im Dezember 2005 vorgelegten Diskussionspapier über gewisse Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen,[614] woraus nach verschiedenen Konsultationen die sog. *Prioritätenmitteilung* vom 9.2.2009 entstanden ist.[615] Diese Mitteilung betrifft ausschliesslich *Verdrängungsmissbräuche* (*exclusionary practices*; s. N 73 ff.), die von der Kommission als Ursachen der *schwerwiegendsten* Wettbewerbsschädigungen eingestuft werden.[616] Diese Effekte konterkarieren nach Auffassung der Kommission in beträchtlichem Ausmasse die von wirksamem Wettbewerb erfahrungsgemäss zu erwartende Steigerung der Verbraucherwohlfahrt[617] sowie die allokative und dynamische Effizienz von Unterneh [Seite 1133] men.[618] Diese Annahme, die der Prioritätenmitteilung zugrunde liegt, fusst auf der industrieökonomischen Erkenntnis, dass nicht die Wettbewer*ber* des Marktbeherrschers, sondern der Wettbewer*b* (als Institution) zu schützen ist:

> «[…] [D]er Kommission [geht es] vor allem darum, *den Wettbewerbsprozess* und *nicht einfach die Wettbewerber zu schützen*. Dies kann durchaus bedeuten, dass *Wettbewerber*, die den

> Verbrauchern in Bezug auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation *weniger zu bieten* haben, *aus dem Markt ausscheiden*».[619]

Nach diesem Abriss des Untersuchungsstandards im Recht der Union gehen wir jetzt zur Rechtslage in der **Schweiz** über. **130**

(3) Kraft des *Eurokompatibilitätsgebotes*, dem Art. 7 nach Praxis des Bundesgerichts, wie in N 47 ff. dargetan, untersteht,[620] könnte – rein theoretisch – eine *systematische* Berücksichtigung der Prioritätenmitteilung und dementsprechend ihres *Untersuchungsstandards* bei der Praxis der Schweizer Missbrauchskontrolle in Erwägung gezogen werden. Allerdings wäre das dem Sinn und Zweck dieses Gebots nicht unbedingt förderlich. Denn mit der Prioritätenmitteilung wurde nicht beabsichtigt, die Rechtslage – und das bedeutet namentlich auch die Rechtsprechung des EuG und des EuGH – in der europäischen Missbrauchsaufsicht zusammenzufassen und festzuschreiben.[621] Die Art. 102 AEUV anwendenden Gerichte sind daran ohnehin nicht gebunden. Die Rechtsprechung [Seite 1134] der Gerichte in der Union entwickelt sich zum Teil denn auch in eine andere Richtung als jene, die dieses Dokument präkonisiert.[622] Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Prioritätenmitteilung nach dem Primärrecht der Union einen sehr atypischen und deshalb auch kontroversen «Rechtsakt» darstellt, dessen Geltungsstatus ungeklärt ist: **131**

> «Gemäss dem EuGH darf die Kommission zur wirksamen Erfüllung der in Art. 105 Abs. 1 AEUV aufgeführten Aufgaben den ihr vorliegenden Beschwerden unterschiedliche Priorität zuweisen. […] Indem die Kommission im Prioritätenpapier ein generell-abstraktes Aufgreifkriterium einführt, bewegt sie sich ausserhalb der […] Rechtsprechung».[623]

All diese Gründe sprechen zwar nicht gegen eine Beachtung der Prioritätenmitteilung in der Schweiz, aber sicherlich gegen eine *systematische* Ausrichtung der Praxis zu Art. 7 auf dieses Dokument. Bisher haben die schweizerischen Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu Recht auf die Prioritätenmitteilung nur situativ und punktuell Bezug genommen.[624] Ein Untersuchungsstandard – vergleichbar mit demjenigen der Prioritätenmitteilung (s. N 126 ff.) – ist im schweizerischen Missbrauchskontrollrecht eine Angelegenheit, die gegenwärtig noch behutsam angegangen werden muss und es sollten in diesem Bereich noch keine *faits accomplis* geschaffen werden. Der Aufschub der Aufstellung von selbstbindenden Leitlinien durch die WEKO, die in einer der Prioritätenmitteilung analogen Art ausgestaltet wären, ist zurzeit deshalb begründet.

Mit Blick auf einen Schweizer Untersuchungsstandard für das Missbrauchsverbot von Art. 7 sind in den gegenwärtigen akademischen Debatten (s. N 6 ff.) kaum eine der relevanten fundamentalen Prämissen unangefochten. Dieser Umstand ist Anlass dazu, der Frage nachzugehen, worin das **wirtschaftsrechtlich-funktionale Kernproblem** des Untersuchungsstandards von Art. 7 genau liegt, oder anders gesagt, was der Grund dafür ist, dass die Thematik dieses Standards dermassen umstritten ist. Wie stets bei Fragen von solch erheblicher Bedeutung empfiehlt es sich auch vorliegend, als Erstes an die *Wirtschaftsverfassung* (s. N 30) anzuknüpfen. Zu diesem Zweck geben wir hier eine doktrinelle Aussage wieder, die die einschlägige Ausgangslage besonnen und ausgewogen beschreibt: **132**

> [Seite 1135] «Die Formulierung [sc. von Art. 96 Abs. 1 BV], dass die Wettbewerbsgesetzgebung sich ‹gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen› zu richten habe, wurde aus der alten Bundesverfassung übernommen. […]. In Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung zur alten Vorschrift […] bringt die Botschaft [sc. der BV 1997] in Bezug auf den neuen Kartellartikel zum Ausdruck: ‹Zu den Mitteln der Kartellpolitik äussert sich Absatz 1 [sc. von Art. 96 BV] nicht. Der Gestaltungsspielraum des Kartellgesetzgebers ist beträchtlich; unter Umständen kann er auch partiell das Mittel des Kartellverbotes einsetzen›. […]. Die Grenze des Gestaltungsspielraums wird durch die Vorgabe gezogen, dass eine generelle Untersagung von […Wettbewerbsbeschränkungen] als solchen nicht zulässig wäre. Ansonsten ist der Gesetzgeber frei».[625]

Hält man hier kurz auf rein analytischer Ebene inne (d.h. ohne dass bereits versucht würde, die *Policy* dieser Verfassungsnorm auszumachen), so zeigt sich, dass die in Art. 96 Abs. 1 BV verankerte Formel zweierlei impliziert. Zunächst die Notwendigkeit, eine *rein logische* Unterscheidung zu treffen: jene zwischen (1) Wettbewerbsbeschränkungen *mit* schädlichen Auswirkungen und (2) solchen, die überhaupt *keine* Effekte oder bloss derartige zeitigen, welche *weder* wirtschaftlich *noch* sozial *schädlich* sind.[626] Sodann fordert die Formel der «wirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen» eine zweite, diesmal *zielidentifizierende* Differenz: (1) Nur Wettbewerbsbeschränkungen, die sich schädigend auswirken, *soll der Bund bekämpfen*. (2) Wettbewerbsbeschränkungen ohne solche Effekte *sollen nicht Gegenstand* der aufgrund des Kartellartikels *erlassenen Gesetzesvorschriften bilden*.[627] Relevant an diesen beiden Unterscheidungen ist nun – und jetzt begeben wir uns wieder auf das *rechtspolitische* Parkett –, dass sie mit Art. 96 Abs. 1 BV nicht nur in der *Wirtschaftsverfassung* verankert sind; die Formel der «volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen» steht ebenfalls in Art. 1, tritt also in besonderem Kleid auf, nämlich in demjenigen des *kartellgesetzlichen Zweckartikels*. In den feinfühligen Nuancen dieser legislativen Konstellation liegt, wie jetzt darzutun ist, der ganze *Stein des Anstosses* der im vorliegenden Kontext relevanten Kontroversen.

(a) In der Folge wird das erwähnte *Kernproblem* des Untersuchungsstandards von Art. 7 in **zwei Schritten** ergründet. Zunächst präsentieren und untersuchen wir kritisch die zwei hauptsächlichen kartellrechtlichen Denkschulen hinsichtlich ihrer Position in Bezug auf diesen Untersuchungsstandard (s. N 134 ff.). Sodann ziehen wir die sich aufdrängenden Schlüsse aus unserer kritischen Analyse (s. N 143 f.). **133**

(aa) Ein Teil der Lehre (nachstehend: **«Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip»**) untersucht die Untersuchungsstandardsproblematik aufgrund der These, dass die materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Art. 4, 5, 7 und 9 f.) die Unzulässigkeit [Seite 1136] einer bestimmten Verhaltensweise nur zu begründen vermögen, wenn diese *effektiv Auswirkungen auf den Wettbewerb* hat.[628] Um dies darzutun, wird *unmittelbar* an der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Zielnorm von Art. 96 Abs. 1 BV angeknüpft, die dem Bund die Kompetenz zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften gegen «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» zuweist.[629] Schlüsselbegriff dieser Bestimmung ist, so die Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip, der *«Schädlichkeitsbegriff»*.[630] Dieser setze immer *«Tatsächlichkeit»* der Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung voraus. Denn ein Verhalten, das *keine tatsächlichen* Auswirkungen erzeuge, könne *nicht schädlich* sein.[631] Dementsprechend verstosse die Anwendung materieller Kartellrechtsnormen, die sich *formaler* Kriterien bediene, gegen den verfassungsrechtlichen Kartellartikel, da sie die Tatsächlichkeit und damit die Schädlichkeit von wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen nicht belege.[632] m.a.W. stehe lediglich eine Anwendung von materiellem Wettbewerbsrecht im Einklang mit Art. 96 Abs. 1 BV, die mithilfe vom *«effects-based» approach* erfolgt. Dieser Untersuchungsstandard stellt, so das Fazit der vorliegend resümierten Lehre, eine *Verfassungsvorgabe* dar.[633] Freilich interpretiert diese Lehre das Konzept der Tatsächlichkeit in einer radikalen Weise. Nämlich dahingehend, dass dieses Konzept *keine Ausnahmen* vom Prinzip der *Einzelfallanalyse* dulde, d.h. vom Prinzip einer Untersuchung, die zumindest so viel *tatbestandsrelevante Rechtstatsachen* berücksichtige, dass die Tatsächlichkeit der Wettbewerbsschädigung als erwiesen gelten könne. Immerhin sei die verfassungsrechtliche Legitimität einer behördlichen Intervention dann zu anerkennen, wenn die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der nahen Zukunft eintreten würden, obwohl deren Tatsächlichkeit naturgemäss nicht beweisbar sei.[634] Denn es sei nicht vernünftig, in derartigen Situationen ein Aufgreifen von drohenden wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen zu unterlassen.[635] Allerdings müsse dann im Sinne des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils *Paul Koch AG* die Voraussetzung erfüllt sein, dass die fragliche Verhaltensweise « [Seite 1137] […] nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet […] sei], **134**

die [… wettbewerbsbeschränkende] Wirkung zu erzeugen».[636] Demgegenüber lehnt die Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip die Figuren der *«potenziellen»* und der *«objektiv geeigneten»* Wettbewerbsbeschränkung (s. N 134 i.i) als nicht ausreichend ab, um den Anforderungen von Art. 96 Abs. 1 BV zu genügen.

135 Würdigt man die Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip, so verdient die These, dass das Kartellgesetz auf der Basis des *«effects-based» approach* steht, **grundsätzliche Zustimmung**, dies unter **zwei Vorbehalten**, die in der Folge in N 136 ff. behandelt werden. Für diese These sprechen einmal die Materialien des geltenden Erlasses, hat doch die Botschaft 1994 kundgetan, dass eine Wettbewerbsbeschränkung «nicht *an sich* unzulässig» sei,[637] vielmehr verstösst nach den Materialien eine solche nur unter der Voraussetzung gegen das Gesetz, dass deren «Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt wurde».[638] Auch in der Sache ist diese These gerechtfertigt:

> «Th[e] form-based application may stifle pro-competitive conduct, taking into account the essentially political decision-making in large cases, the risk of confirmation bias (where the investigator is the prosecutor, judge and executioner), the slow and therefore costly procedure, […], and the marginal judicial review of prohibition decisions by the [… courts]. The combination of these factors is a powerful disincentive for a possibly dominant undertaking to engage in any competitive conduct that may be found to constitute abuse».[639]

Schliesslich weist auch das Eurokompatibilitätsprinzip (s. N 40 ff.) in diese Richtung: In der Union sind unter Art. 102 AEUV *per se*-Regeln ausgeschlossen.[640]

136 Allerdings wirft die Begründung der These, die die Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip vertritt, ein Problem auf: Es ist nicht ersichtlich, wie der Grundsatz der kartellgesetzlichen «Auswirkungsorientierung» unmittelbar aus der Wirtschaftsverfassung ableitbar ist. Dieses Problem liegt in der *juristische Konstruktion*, auf welcher die Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip aufbaut: Im Gutachten von RHINOW/BIAGGINI über die Frage der Verfassungsmässigkeit der Kartellgesetzrevision von 1994 wird festgehalten, dass sich Art. 96 Abs. 1 BV über die *Mittel* der Kartellgesetzgebung in keiner Weise äussert und « […] den Einsatz jedes zweckdienlichen Mittels zulässt, […] voraus [Seite 1138] gesetzt, das gewählte Mittel werde zielkonform und verhältnismässig ausgestaltet und eingesetzt».[641] Da sich der *«effects-based» approach* als eine Frage der Mittel ausnimmt, bleibt ungeklärt, wie dieser Ansatz *direkt* aus dem Kartellartikel der Verfassung hergeleitet werden könnte, wenn diesem keine Angaben zur Mittelfrage zu entnehmen ist. Eben deshalb ist eine **andere dogmatische Konstruktion** unerlässlich, um die im Grundsatz und in der Sache durchaus treffliche These der vorliegend diskutierten Lehre *rechtsgültig* zu begründen. Auf die in dieser Abhandlung vorgeschlagene Konstruktion – die teils andersartige *Konsequenzen* als das juristisch unzulängliche Konstrukt dieser Lehre mit sich bringt – wird in N 144 ff. eingegangen.

137 Alsdann lenkt die Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass die Kontroverse *«effects-based»* versus *«form-based» approach* nicht bloss den Verfassungsrahmen der Kartellgesetzgebung und den in verschiedenen Hinsichten problematischen Begriff der «Schädlichkeit» einer Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 96 Abs. 1 BV betrifft. Auch das Konzept der «Tatsächlichkeit» der Auswirkungen einer missbräuchlichen Verhaltensweise kann nicht als gelöst angeschaut werden. Das Verständnis dieses Konzepts, das die hier diskutierte Lehre vorschlägt, lässt ein vertracktes Problem in Erscheinung treten, das man als ein solches *«kartellrechtstheoretischen»* Charakters qualifizieren kann. Das Konzept der *«tatsächlichen»* Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung besitzt einen in der kontinentalen Wettbewerbsrechtstradition wenig thematisierten Bezug zur fundamentalen Frage der *Kosten einer Kartellrechtsordnung*. Aufgewendet werden diese Kosten, um die verfassungsrechtlich verankerte Marktwirtschaftsordnung – eine der drei idealtypisch denkbaren Lösungen des Problems, wie mit *knappen Ressourcen* möglichst *effizient* umgegangen werden kann[642] – auf Ebene des

Wirtschaftsfolgerechts zu implementieren.[643] Es wäre nun wegen dieser Implementationsfunktion eine *wettbewerbspolitische Ironie*, fielen die Kosten eines Kartellrechtssystems höher als jene an, die dieses System mittels Ahndung von Wettbewerbsbeschränkungen einzusparen hilft.[644] Die Krux dieser an sich evidenten Tatsache ist, dass die Vor- und Nachteile eines Kartellgesetzes *empirisch* nur sehr partiell quantifizierbar sind. Deshalb kann in dieser Frage nur *induktiv* vorgegangen werden. Man wird damit beginnen, die *Arten* von Kosten auszumachen, die eine solche Gesetzgebung entstehen lässt. Im Prinzip lassen sich in dieser Hinsicht zwei grobe Kategorien unterscheiden:[645] (1) Zunächst die Kosten der *Einrichtung* und des *Betriebs* eines *Kartellrechtssystems (out-of-pocket costs)*; (2) sodann die sozialen Kosten der Fehlentscheidungen von Behörden und Gerichten (*costs of making errors* in der Gestalt der geschilderten Fehlertypen der *false positives* und *false negatives*; s. N 123 ff.).[646] Dabei umfassen die Kosten der zweiten Art nicht bloss solche, die die *Adressaten* eines fehlerhaften behördlichen Entscheids unmittelbar zu tragen haben; auch die Sozialkosten sind mitzuberücksichtigen, die aus den Ineffizienzen entstehen, welche darauf zurückzuführen sind, dass alle von einer Fehlentscheidung abstrakt betroffenen Unternehmen – also namentlich die Konkurrenten des geahndeten und allenfalls sanktionierten Unternehmens – *de facto* gezwungen werden, ihr Verhalten an das *sachwidrige* Präjudiz anzupassen.[647] Während sich die Kosten der [Seite 1139] ersten Kategorie bilanziell erfassen lassen, sind diejenigen der zweiten Kategorie aus naheliegenden Gründen in Zahlen kaum quantifizierbar. Dass diese verschiedenen Sozialkosten einer Wettbewerbsgesetzgebung *wirtschaftswissenschaftlich* erkannt und theoretisch plausibel belegt worden sind (obwohl sie *empirisch* kaum auszuweisen sind), verleitet namentlich zur Frage: Ist es wohlfahrtstheoretisch sachgerecht, dass bei gewissen Typen von Wettbewerbsbeschränkungen stets wieder aufs Neue eine detaillierte Analyse ihrer Wirkungen im Einzelfall vorgenommen wird?

Die **moderne Industrieökonomik** tritt in dieser Frage für folgende *pattern prediction* [648] ein: **138**

> «[I]n thinking about how to achieve the antitrust goal of maximizing [… social welfare], in a number of cases, setting up […] per se rules for prohibited actions will be more sensible than attempting to do a full analysis of every business decision».[649]

Zumal AREEDA hat diesen Gesichtspunkt mit dem Argument begründet:

> «We have certainly learned from merger, monopoly, and rule of reason cases that proving markets and power is difficult, complex, expensive and time-consuming. The courts wisely decline to *burden the system* with such proof when the only thing defendants can say for themselves is, ‹We tried to exploit the public but failed›».[650]

Diese Ausführungen dürfen allerdings nicht in einem verabsolutierten Sinne verstanden werden. Präzisierungen drängen sich in verschiedenen Richtungen auf. Vor allem muss vorweg betont werden, dass entgegen einem oft anzutreffenden Missverständnis in der kontinentalen Literatur eine *per se-rule* (s. N 127) durchaus eine gewisse Flexibilität hinsichtlich der Berücksichtigung von Effekten eines Missbrauchs qualifizierter Marktmacht besitzt. AREEDA drückt dies mit den Worten aus: «The [Supreme] Court expressly *denied a sharp dichotomy between rule of reason and per se*. Rather, there is a spectrum in which the rule of reason can sometimes be applied in the twinkling of an eye».[651] Was dies konkret bedeutet, hat BRUNET am Beispiel des *Supreme Court*-Urteils *Broadcast Music, Inc.* v. *CBS*[652] veranschaulicht:

> «Although Justice White's opinion conceded that the two defendants' numerous members had joined together to sell at one price, he refused to simplistically and automatically label the restraint ‹price fixing.› Instead, he closely examined the economic purpose and likely effect of the alleged restraint in rejecting the conclusion of the Second Circuit that a per se approach was applicable: ‹[I]n characterizing this conduct under the per se rule, our inquiry must focus on whether the effect and, here because it tends to show effect, […] the purpose of the practice are to threaten the proper operation of our predominantly free-market economy – that is, whether

> the practice facially appears to be one that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output, and in what portion of the market, or instead one designed to ‹increase economic efficiency and render markets more, rather than less, competitive›».[653]

[Seite 1140] Mithin gibt es Varianten der *per se-rule*, welche, in mehr oder weniger reduziertem Mass, auf das Prinzip der *rule of reason* hin tendieren und die Berücksichtigung von Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens erlauben und sogar verlangen. Vor diesem Hintergrund muss nunmehr der Begriff der «Tatsächlichkeit» der Effekte einer Wettbewerbsbeschränkung näher unter die Lupe genommen werden. Dieser Begriff verlangt nicht zwangsläufig, dass er in der radikalen Manier interpretiert wird, die die Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip präkonisiert, d.h. in der Weise, dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung durch ein missbräuchliches Verhalten *nur* mittels Einzelfallanalyse von erstellten Fakten dargetan werden kann (s. N 134). Die «harte» Gleichung, dass nur «tatsächliche» Effekte in diesem spezifischen Sinne die Schädlichkeit einer gegebenen Verhaltensweise nachweisen können, verkennt den Wert von behördlichen und gerichtlichen Kartellrechtspraxen – also den Wert *«kost-barer»* Erfahrungen, die bei der jahrelangen Anwendung des Kartellgesetzes gewonnen wurden – und unterschätzt tendenziell die Bedeutsamkeit der wohlfahrtstheoretischen Frage der Kosten des Betriebs eines Kartellrechtssystems. Ein *per se*-Ansatz hat zwar fraglos nicht die Feinfühligkeit einer *rule of reason*-Analyse. Sein guter Sinn liegt aber in einem industrieökonomischen *tradeoff*: Die Sozialkosten, die daraus entstehen, dass die Anwendung einer *per se-rule* auf eine spezifische Klasse von missbräuchlichen Verhaltensweisen zu einer gewissen Anzahl von *false positives* und *negatives* führt, sind nach Ansicht vieler Ökonomen *bei weitem geringer*, als würde man diese Klasse stets einer *rule of reason*-Analyse unterstellen.[654] M.a.W. wäre es aus wohlfahrtstheoretischer Perspektive nicht gerechtfertigt, wollte man eine Kartellgesetzgebung *ausschliesslich* aufgrund eines streng verstandenen und keine gerechtfertigten Ausnahmen duldenden «wirkungsbasierten» Ansatzes durchsetzen. Einzelne (aber letztlich gewiss nur *seltene*) Klassen von missbräuchlichen Verhaltensweisen können nach vorherrschender Industrieökonomik und zumal nach geltendem Recht *ohne* detaillierte Einzelfallanalyse beurteilt werden, um nachzuweisen, dass sie wettbewerbsbeeinträchtigend sind.[655] Die ganze Problematik besteht alsdann darin, wie diese (raren) Klassen identifiziert werden können.

Inspiration liefert womöglich die europäische Debatte über sog. **«naked restraints»** (**139**
«nackte» bzw. *«reine»* Wettbewerbsbeschränkungen).[656] In der Prioritätenmitteilung geht die Kommission davon aus, dass es zum Untersuchungsstandard *Ausnahmen* gibt. Nämlich dann, wenn eine Praktik des beherrschenden Unternehmens in *evidenter* Weise *nur* das *Ziel* der Wettbewerbsbeeinträchtigung haben kann; in diesem Fall ist nämlich ebenso evident, dass eine Analyse der Effekte besagter Praktik *überflüssig* ist. Hier geht es um die im Schrifttum vielberedte *Randziffer 22* der Prioritätenmitteilung mit folgendem Wortlaut:

> «In bestimmten Fällen kann die Kommission auf eine eingehende Untersuchung verzichten und dennoch zu dem Schluss kommen, dass das fragliche Verhalten wahrscheinlich den Verbrauchern schaden wird. Sollte es Anzeichen dafür geben, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens im Grunde nur den Wettbewerb behindern kann und keine Effizienzvorteile entstehen, kann die Kommission auf wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen schließen. Dies wäre unter anderem dann der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Abnehmer daran hindert, Produkte seiner Wettbewerber zu testen, oder ihnen finanzielle Vorteile dafür einräumt, dass sie diese Produkte nicht testen, oder wenn es einen Vertriebshändler oder Abnehmer dafür bezahlt, die Einführung eines Produkts eines Konkurrenten zu verzögern».[657]

[Seite 1141] Ob eine derartige «reine» Beschränkung vorlag, war einer der Prüfungsgegenstände im Fall *Intel*. Die Fakten waren die folgenden: *Intel* hatte mehreren Erstausrüstern (sog. *Original Equipment Manufacturers*, abgekürzt: OEM) Zahlungen geleistet, um diese dazu zu bewegen, die Kommerzialisierung gewisser Produkte von AMD – dem alleinigen Rivalen von *Intel*, der auf dem Markt eine gewisse Bedeutung hatte –

entweder zu verzögern, abzusagen oder sonstwie zu behindern. Die Kommission untersagte diese Handlungen von *Intel* ohne Wirkungsanalyse als wettbewerbswidrige Marktverschliessung, die gegen AMD gerichtet war.[658] Das Gericht schützte diesen Entscheid vollumfänglich, akzeptierte also namentlich die Figur der «nackten» Beschränkung,[659] wogegen *Intel* beim EuGH ein Rechtsmittel einlegte.[660] Der Gerichtshof wies den Fall an das EuG zurück. Was die von den zwei Vorinstanzen anerkannte *«naked restraint»* anbetrifft, so äusserte sich der EuGH in folgendem Sinne:

> «[139] In diesem Fall ist die Kommission […] verpflichtet, das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber zu prüfen […]. [140] Die Analyse der Eignung zur Verdrängung ist ebenfalls maßgeblich für die Beurteilung der Frage, ob sich ein Rabattsystem, das grundsätzlich unter das Verbot des Art. 102 AEUV fällt, objektiv rechtfertigen lässt. Außerdem kann die für den Wettbewerb nachteilige Verdrängungswirkung eines Rabattsystems durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen werden, die auch dem Verbraucher zugutekommen […]. Eine solche Abwägung der für den Wettbewerb vorteilhaften und nachteiligen Auswirkungen der beanstandeten Praxis kann in der Kommissionsentscheidung nur im Anschluss an eine Analyse der dieser Praxis innewohnenden Eignung zur Verdrängung mindestens ebenso leistungsfähiger Wettbewerber vorgenommen werden. […] [141] Wenn die Kommission in einer Entscheidung, mit der die Missbräuchlichkeit eines Rabattsystems festgestellt wird, eine solche Analyse vornimmt, *hat das Gericht das gesamte Vorbringen der Klagepartei zu prüfen*, mit dem die Richtigkeit der Feststellungen der Kommission zur Verdrängungsfähigkeit des betreffenden Rabattsystems in Frage gestellt werden soll».[661]

Die Quintessenz dieser (wie immer etwas kryptischen) Erwägungen des Gerichtshofes hat PODSZUN auf den Punkt gebracht: *«Procedure, not substance»*.[662] Ausgedeutscht heisst diese Formel, dass der EuGH *kein materiellrechtliches*, sondern ein *verfahrensrechtliches* Urteil gefällt hat: Im *Intel*-Urteil hat der Gerichtshof entschieden, dass das Gericht die Effektenanalyse der Kommission inhaltlich überprüfen muss, *sofern eine Verfahrenspartei* (*in casu*: *Intel) dies verlangt*. Daraus ergibt sich u.a., dass sich der EuGH über die Frage der «reinen» Beschränkung *nicht geäussert* hat. Die Frage steht somit weiterhin unentschieden im Raum. Sollte aber letztlich der Gerichtshof diese «Kategorie» von Wettbewerbsbeeinträchtigung anerkennen, so müsste geklärt werden, wie diese unter dem Missbrauchsuntersuchungsstandard zu behandeln wäre. In dieser Hinsicht schliessen wir uns gänzlich der Lehrmeinung von ROTH an, der Folgendes vorgeschlagen hat:

> «[I]n begrifflicher Hinsicht [stellen] ‹naked restrictions› (nackte/reine Beschränkungen) augenscheinlich nicht das ‹Art. 102 AEUV›-Pendant zu ‹bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen› [sc. i.S.v. Art 101 AEUV] dar, sondern benennen im Missbrauchsverbot vielmehr eine beispielhafte By-object- (oder By-nature-)Verhaltensweise, bei welcher die Kommission ‹auf eine eingehende Untersuchung verzichten› können will. Es erscheint nun aber […] naheliegend, dass im Falle der Anerkennung einer eigentlichen Super-Kategorie der By-object-Beschränkungen **[Seite 1142]** gleichsam im Rahmen von Art. 102 AEUV die Möglichkeit zur Rechtfertigung eröffnet wird: Auch hier sollte ein ‹by object› inkriminiertes Verhalten keine Per-se-Missbräuchlichkeit begründen können».[663]

Aus den vorangehenden Überlegungen drängen sich folgende **Schlussfolgerung** auf: **140**
Die Tatsache, dass das Kartellgesetz und somit Art. 7 aus den in N 135 dargestellten Gründen auf der Basis eines *«effects-based» approach* steht, darf nicht dahingehend aufgefasst werden, dass sich dieser Missbrauchsuntersuchungsstandard in bestimmten Fällen (s. N 137 ff.) gegen eine «kupierte» Effektenanalyse sperren würde. Man muss nämlich dieses Kriterium immer auch in seinem *funktionalen* Kontext betrachten, also im Kontext des verfassungsrechtlichen Grundentscheids für eine *Wettbewerbsordnung*. Das ultimative Ziel dieser Ordnung ist die *Gewährleistung der Konsumentenwohlfahrt*. Aus wirtschaftsrechtlicher Perspektive rechtfertigt nichts, dass man in *unbegrenzter Striktheit* am kartellgesetzlichen Prinzip des «auswirkungsorientierten» Ansatzes festhält, wenn *wohlfahrtstheoretisch überwiegende Motive* für den Rückgriff auf eine der verschiedenen *per se*-Methodologien sprechen.[664] Damit ist gesagt, dass in einem Regime des *«effects-based»*

approach – wie dasjenige des geltenden Kartellgesetzes – die Verwendung einer solchen Methodologie eine *Ausnahme* darstellt, die stets auf einem Argument fussen muss, welches den gesetzgeberisch angeordneten Missbrauchsuntersuchungsstandard wegen seiner wohlfahrtsökonomischen Gewichtigkeit verdrängt. Das ist der Fall, wenn die Analyse einer gewissen Kategorie missbräuchlicher Verhaltensweisen mithilfe des «wirkungsbasierten» Ansatzes zu einer Beeinträchtigung der Wohlfahrt führte. Der *Funktionalismus* des Kartellgesetzes (s. N 29 f.) gebietet, dass das wohlfahrtstheoretische Kalkül *Vorrang* vor einem formalistischen Festhalten am Wortlaut des Gesetzes hat. Alles andere würde den Grundentscheid der Wirtschaftsverfassung für ein marktwirtschaftliches Koordinationssystem seines Sinnes entleeren.

(bb) Ein anderer Teil der Doktrin (nachstehend: **«Lehre vom Verbotsprinzip»**) bringt eine Reihe von Argumenten vor, die im Lichte der bisherigen Diskussion zum Teil neu und, wie diejenige der Lehre vom tatsächlichen Schädlichkeitsprinzip, ebenfalls ziemlich radikal sind. *In nuce*: Die Hauptthese dieses Ansatzes lautet: Anlässlich der Revision von 2001 sei das *Missbrauchsprinzip* aus der Kartellgesetzgebung *«verbannt»* und durch das *Verbotsprinzip ersetzt* worden.[665] Begründet wird diese Ansicht mit folgenden Überlegungen: **141**

> «Vorher [sc. vor der Revision von 2001] war eine Sanktionierung nur ‹indirekt›, nämlich für den Ungehorsam gegenüber einer behördlichen Verfügung oder einer gerichtlichen Entscheidung, möglich. Direkte Sanktionen können nicht auf das Missbrauchsprinzip gestützt werden: Nach diesem ist tatbestandsmässiges Verhalten zunächst erlaubt und wird erst mit dem rechtskräftigen Entscheid einer Rechtsanwendungsinstanz unzulässig […]. Eine Sanktionierung für den Verstoss gegen das Gesetz ist auf der Grundlage des Missbrauchsprinzips nicht denkbar, da das be [Seite 1143] treffende Verhalten zum Tatzeitpunkt legal ist. Direkte Sanktionen sind nur mit dem Verbotsprinzip erklärbar, da nach diesem Unzulässigkeit von Anfang an besteht».[666]

Daraus wird gefolgert, dass die Gesetzesvermutungen von Art. 5 Abs. 3 und 4 sowie der Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 das Ergebnis einer *«formorientierten Gesetzgebungstechnik»*[667] darstellten, welche der Gesetzgeber ausgewählt habe, um die *Zielvorgaben* von Art. 96 Abs. 1 BV zu verfolgen.[668] Diese «Gesetzgebungstechnik» fände ihren Ausdruck darin, dass gemäss Kartellgesetz keine «Notwendigkeit einer umfassenden Wirkungsanalyse in jedem Einzelfall» bestehe. Denn

> «[e]s wäre für eine wettbewerblich verfasste Marktwirtschaft schädlich, wollte man Kernbeschränkungen unabhängig von einer allfälligen Effizienzrechtfertigung unter Hinweis auf angeblich ausbleibende Wirkungen einen Freibrief erteilen».[669]

Analysiert man die Argumentation der Lehre vom Verbotsprinzip, so ist vorab anzumerken, dass diese an einem *unheilbaren juristischen Konstruktionsfehler* leidet. Dieser rührt vom Umstand her, dass das **Missbrauchsprinzip Verfassungsrang geniesst**, was allein schon daran erkennbar ist, dass Art. 96 Abs. 1 BV nach einhelliger Doktrin kein *totales* Kartellverbot zulässt.[670] Im Übrigen ist dieser Punkt in den Materialien der Kartellgesetzrevision von 1994 (nochmals) klar und deutlich bekräftigt worden: «Unter dem *durch die Bundesverfassung vorgegebenen Missbrauchsprinzip* kann eine Wettbewerbsbeschränkung erst als unzulässig gelten […], wenn ihre Unzulässigkeit rechtskräftig festgestellt worden ist».[671] Weil in der Doktrin niemand auch nur ansatzweise die Meinung vertritt, dass dem Gesetzgeber irgendwelche Kompetenzen zustehen, die Verfassung zu suspendieren oder abzuändern – solches stellte schon einen frontalen Angriff auf die Schweizer Rechtskultur dar –, entspricht die Ansicht, dass die Revision von 2001 die Kartellgesetzgebung auf die Grundlage des Verbotsprinzips verlagert habe, nicht der *Verfassungslage*.[672] Sie steht fraglos im klaren Widerspruch dazu. Ferner ist gegen die Lehre vom [Seite 1144] Verbotsprinzip einzuwenden, dass die Behauptung unzutreffend ist, wonach der Kartellgesetzgeber vermeintlich eine «formorientierte Gesetzgebungstechnik», was auch immer mit diesem Terminus gemeint ist, benutzt hat (s. N 66). Im schweizerischen Schrifttum erscheint der Begriff, soweit ersichtlich, **142**

erstmals im Jahre 2018.[673] Aus zeitgeschichtlichem Blickwinkel hat es eine solche Technik in der schweizerischen Kartellgesetzgebung *nie* gegeben; sie wurde von der legislativen Gewalt des Bundes *nie* kundgegeben und der Kartellgesetzgeber war sich der Möglichkeit einer derartigen Technik anlässlich der Revisionen von 1994 und 2001 schlechthin *nie* bewusst; es darf ohne Weiteres unterstellt werden, dass auch niemand in der Schweiz – sei es auf der politischen Bühne, sei es aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Perspektive, oder sei es aus der Sicht der kartellrechtlichen Theorie und Dogmatik – eine derartige schon 1994 überholte und rückschrittliche Gesetzgebungstechnik wollte (s. N 66). Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Abstützung der Lehre vom Verbotsprinzip auf die Differenz «Missbrauchsprinzip/Verbotsprinzip» überhaupt tragfähig ist, um zur Rettung ihrer schwerst defizienten Hauptthese irgendetwas beizutragen. Wir meinen, dies sei nicht der Fall. Wie namentlich SCHLUEP immer wieder betont hat, haben beide Konzepte über die zwei bis drei letzten Jahrzehnte an Aussagekraft eingebüsst (was selbstredend nicht bedeutet, dass das Missbrauchsprinzip nicht verfassungsrechtlichen Ranges wäre und dem Kartellgesetzgeber zur Disposition stände; das ist eine andere Frage, nämlich eine solche des Verfassungsrahmens für die Legislation; s. N 45).[674] Dem hat sich die herrschende Lehre und zumal RHINOW[675] als Hauptverfasser der Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Revisionen von 1995 und 2001, angeschlossen.[676] In der Tat stellen das Missbrauchs- und das Verbotsprinzip *überkommene wettbewerbsgesetzgeberische Leitbilder* dar. Es lässt sich kaum mehr leugnen, dass diese Leitbilder mit den sich wandelnden Anforderungen an eine Kartellgesetzgebung – konkret: den Anforderungen, die eine zunehmend von *Innovation* und *Digitalisierung* getriebene Wirtschaft stellt, welche die klassischen Wettbewerbsbeschränkungskategorien nach und nach transformiert[677] und daher den Komplexitätsgrad der industrieökonomischen Analyse entsprechend ansteigen lässt –, nicht mitzuhalten vermochten.[678] Gesichert ist jedenfalls die Einsicht, dass diese Schemata die entscheidende Frage, ob sich die Praxis von Art. 7 nach dem «wirkungsbasierten» oder dem «verhaltensorientierten» Ansatz zu richten hat, nicht beantworten können. Diese Frage entscheidet sich heute, wie in N 135 dargetan, auf einem ganz anderen Terrain. Die Lehre vom Verbotsprinzip anerkennt das selber: «[D]ie Gleichsetzung der Begriffspaare ‹Missbrauchs-/Verbotsprinzip› und ‹auswirkungsbezogene/formorientierte Betrachtungsweise› [ist] falsch […]».[679] Aus diesen Einwänden ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass das Fundament der Lehre des Verbotsprinzips – ihre Hauptthese (s. N 141) – juristisch schlechthin inexistent ist, dies mit der Konsequenz, dass ihr mitnichten gefolgt werden kann.

143 [Seite 1145] (b) Die kritische Besprechung der zwei hauptsächlichen Denkschulen im schweizerischen Kartellrecht hat namentlich die Einsicht zu Tage gefördert, dass die dogmatische Konstruktion, welche den Untersuchungsstandard der materiellen Kartellrechtsnormen fundieren soll, diffus und ungeklärt bleibt. Auch hat sich gezeigt, dass beide Lehren einen wichtigen Punkt übersehen: Dass nämlich Art. 1 nicht eine «Konkretisierung» von Art. 96 Abs. 1 BV ist. Von «Konkretisierung» sollte nur im Zusammenhang mit einer klassischen Generalklausel gesprochen werden (s. N 63, 71), was der Kartellartikel in seiner verfassungsrechtlichen Funktion *nicht* ist: Dieser gibt die *Mittel* der Kartellgesetzgebung *in keiner Weise* an, sondern setzt dem Gesetzgeber ausschliesslich einen *legislativen Rahmen mit Zielvorgaben*. Innerhalb dieses Rahmens hat dieser die Mittel des Kartellgesetzes *autonom* zu bestimmen, ist also in diesem spezifischen Punkt an keine Verfassungsvorgabe gebunden. Das hat der Kartellgesetzgeber in erster Linie dadurch getan, dass er **Inhalt, Sinn und Zweck von Art. 1 selbständig festgelegt** hat. Diese Einsicht ist komplex. Mit ihr gehen eine Reihe von schwierigen Problemen einher, die genau besehen bis heute von der Doktrin noch kaum wirklich erkannt, geschweige denn gelöst worden sind. Von allen diesen Fragen können wir vorliegend nur jene zwei aufgreifen, welche unmittelbar Art. 7 betreffen (s. N 144 ff.).

144 (aa) Bis heute ist das **Verhältnis von Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG** – und das ist das erste hier relevante Problem – *nicht* geklärt. Im Schrifttum wird die Meinung

vertreten, dass Art. 1 stets unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Kartellartikels ausgelegt werden muss.[680] Diese Notwendigkeit folge daraus, «[…] dass sich Art. 1 sowohl sprachlich als auch inhaltlich auf Art. 96 Abs. 1 BV stützt»; deshalb sei «[d]er Einwand, aufgrund des weiten Ermessensspielraums des Gesetzgebers sei die Verfassung […] für die Rechtsanwendung nicht mehr relevant, […] unzutreffend». Nun: Gerade dieser Einwand muss vorliegend erhoben werden. Er drängt sich deshalb mit Nachdruck auf, weil in der Ansicht, Art. 96 Abs. 1 BV sei für die Interpretation von Art. 1 KG «inhaltlich und sprachlich» einschlägig, ein Denkfehler steckt. Es trifft nicht zu, dass sich Art. 1 KG sowohl «sprachlich» als auch «inhaltlich» auf Art. 96 Abs. 1 BV stützt.[681] M.a.W.: Art. 1 KG ist, wie erwähnt, keine «Konkretisierung» von Art. 96 Abs. 1 BV (im technischen Sinne; s. N 71), wie man dies zuweilen liest. Und zwar aus zwei miteinander verquickten Gründen: Wenn der Kartellgesetzgeber die Formel der «volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen» in Art. 1 KG aufgenommen hat, so hat das *keine* «inhaltliche und sprachliche» Korrelation mit dem Text von Art. 96 Abs. 1 BV. Das konkret gewählte Konzept des Zweckartikels ist von dieser Bestimmung nicht gefordert. Denn diese lässt dem Kartellgesetzgeber eine Mittelwahlfreiheit, vorausgesetzt, dass der Verfassungsrahmen eingehalten wird. Die Wendung «volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen» in Art. 1 ist weder *in der Sache selbst* noch *methodisch eine Wiederholung des Wortlauts des Kartellartikels*.[682] Vielmehr liegt im legislativen Beschluss, diese Vokabeln im Text von Art. 1 KG zu verwenden, eine *autonome* und *im Rahmen seiner Kompetenzen souveräne Entscheidung des Gesetzgebers* über das *adäquateste Mittel* [Seite 1146] für die Implementation der *Zielvorgaben* von Art. 96 Abs. 1 BV. Man darf sich von dieser textlichen Übereinstimmung nicht beirren lassen. Denn, wie die verschiedenen professoralen Gutachten über die Verfassungsmässigkeit des geltenden Kartellgesetzes aufgedeckt haben: Dem Kartellartikel eignet eine «doppelte Unbestimmtheit […] hinsichtlich des Ziels sowie hinsichtlich der einsetzbaren Mittel» an.[683] Deshalb ist sich die Verfassungslehre einig, «[…] dass der Kartellartikel im Prinzip den Einsatz jedes zweckdienlichen Mittels zulässt, unter Einschluss des gesetzlichen Verbots bestimmter schädlicher Kartellpraktiken, vorausgesetzt, das gewählte Mittel werde zielkonform und verhältnismässig ausgestaltet und eingesetzt».[684] Demnach ist in Art. 96 Abs. 1 BV die juristische «Substanz» gar nicht verfügbar, um zur «sprachlichen und inhaltlichen» Interpretation von Art. 1 KG etwas Gehaltvolles auszusagen. Welchen Unterschied macht es praktisch, wenn man, wie hier befürwortet, zwischen dem materiellrechtlichen Gehalt von Art. 96 Abs. 1 BV und demjenigen von Art. 1 KG eine strikte Trennung, ja eine *eigentliche* Disjunktion macht. Die Antwort ist methodischer Ordnung: Art. 1 ist in diesem Fall nicht als Konkretisierung des Kartellartikels und (u. a.) unter Berücksichtigung dessen Materialien zu verstehen; vielmehr ist Art. 1 inhaltlich und konzeptionell *autonom* zu begreifen und seinen *Sinn* nach seiner *eigenständigen* Genesis und Evolution unter Beachtung *seiner* wirtschaftsrechtlichen Funktionalität, *seiner* Grammatik, *seiner* Teleolo [Seite 1147] gie, *seines* systematischen Status usw. zu erschliessen. Das ist ein Unterschied, der im Kontext einen *mass* geblichen Unterschied macht.

(bb) Das im vorliegenden Kontext sich stellende zweite Problem von Relevanz liegt **145**
auf der Hand: Sie betrifft die Frage, was denn eigentlich Art. 1 *tatsächlich* sagt. Die Antwort muss aufgrund der **Funktion** gegeben werden, die Art. 1 *innerhalb des Kartellgesetzes* zukommt. Dieser Bestimmung ist eine selbstständige Aufgabe zugedacht, die MARTENET/TERCIER präzise auf den Punkt gebracht haben:

> «[L]a disposition [sc. Art. 1] doit servir de toile de fond à *l'interprétation de toutes les dispositions de la loi*. On sait que, dans le système d'argumentation pratiqué par les autorités suisses et déduit de l'art. 1 I CC, l'interprète doit se fonder sur ‹la lettre ou l'esprit› des normes légales. C'est dire qu'il doit retrouver, derrière l'expression littérale de la règle, tout ce qui l'explique et la justifie. *C'est avant tout le cas*, à côté des arguments historique et systématique, *de l'objectif poursuivi par le législateur*, selon ce que l'on appelle savamment l'argument téléologique. *L'interprétation doit répondre au but que la règle doit permettre d'atteindre*».[685]

Art. 1 könnte man somit als ein vom Gesetzgeber gewähltes Wahrzeichen für den «Geist» des Kartellgesetzes bezeichnen. Als Inbegriff der wettbewerbspolitischen *Mittel*, mit welchen der Gesetzgeber die Zielvorgaben des Kartellartikels zu verwirklichen beschlossen hat, geniesst Art. 1 insofern eine methodologische Vorrangstellung, als er den Rechtsfindungsprozess als Leitfaden oder «Wegweiser»[686] zu lenken hat. Damit wird keineswegs gesagt, dass Art. 1 auf irgendwelche Weise die Regeln der Rechtsmethodik ersetzt, verändert oder verdrängt. Die Regeln von Art. 1 ZGB sind, wie im Recht sonstwo auch, nach gewachsener Praxis, Übung, Konvention usw. für das Auffinden der dem Sachverhalt angemessenen Fallnorm einschlägig, d.h. für die Ermittlung der Bedeutung einer Kartellrechtsnorm in deren Verschleifung mit den relevanten Fakten berufen. Der Sondercharakter von Art. 1 hat seinen Grund vielmehr darin, dass der Gesetzgeber innerhalb seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen autonom in dieser Bestimmung eine kartellgesetzliche «Metaregel» fixiert hat. Dementsprechend muss man die Funktion von Art. 1 darin sehen, dass dieser den Rechtsanwender auf diese «Metaregel» *verpflichtet*, welche die Botschaft von 1994 mit folgenden Worten umschrieben hat: «Massgebend ist, ob die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung volkswirtschaftlich oder sozial *schädlich* sind. Nur wenn die *Schädlichkeit im Einzelfall festgestellt* wurde, ist die Wettbewerbsbeschränkung *unzulässig*».[687] Was folgt aus dieser Funktion von Art. 1? Die [Seite 1148] Antwort ergibt sich aus dem operativen «Schlüsselbegriff»,[688] die diese «Metaregel» für die Anwendung der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes vorsieht. Dieser Schlüsselbegriff lautet: «Gebot des Nachweises der *Schädlichkeit* einer Wettbewerbsbeschränkung»; das ist die *Kernaussage* von Art. 1 hinsichtlich der Missbrauchsuntersuchungsstandardsfrage. Die Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung setzt mithin grundsätzlich die *Feststellung deren Schädlichkeit* aufgrund einer *Analyse* der *Fakten*, die mit Blick auf eine gegebene Wettbewerbsbeschränkung sachverhaltsrelevant sind, voraus. Diese Voraussetzung ist jedoch *nicht* mit einem Gebot der *Einzelfallanalyse* bei jedem von den Wettbewerbsbehörden aufgegriffenen Sachverhalt gleichzusetzen. Diese Frage wird in N 137 ff. behandelt. Vorliegend steht Folgendes im Fokus:

146 Entscheidend ist zunächst, dass dieser Satz auf die Vokabel «Schädlichkeit» abstellt, die semantisch ein *Wirkungsmoment* enthält und keinen *Formbegriff* darstellt.[689] Ebenso bedeutsam ist alsdann, dass dieser Schlüsselbegriff die *normative Tragweite* seiner Aussage klarstellt: Es geht in Art. 1 nicht um Gesetzgebung, sondern um *Rechtsanwendung*.[690] Man missversteht diese Dimension der Vorgaben von Art. 1, wenn man diesen dahingehend begreift, «[…] dass die Schädlichkeit der Auswirkung *im kartellrechtlichen Tatbestand* ihren Niederschlag finden muss».[691] Art. 1 verlangt in Wahrheit, wie bereits signalisiert (s. N 145), dass die Schädlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen der behördlichen oder gerichtlichen *Fallanalyse* nachgewiesen wird, d.h. im Zuge der *real* stattfindenden Anwendung der materiellen Normen des Kartellgesetzes. Das verfassungsrechtliche Gutachten zur Revision von 2001 hat dieses Prinzip bestätigt:

> «Gemäss Artikel 164 Absatz 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. […]. Es ist unbestritten, dass diese Anforderungen auch im Wirtschaftsrecht zu beachten sind. Trotzdem anerkennen Lehre und Rechtsprechung, dass hier […sc. im Kartellrecht] die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe […] unumgänglich sind. Wichtige Weichenstellungen erfolgen vielfach erst auf der Stufe der Verordnung oder – wie hier – erst *im Rahmen der behördlichen Rechtsanwendung*. Eine solche Verlagerung der Entscheidungsmacht auf die Ebene der *Gesetzesanwendung* lässt sich gewöhnlich rechtfertigen, wenn die rasche Anpassung einer Regelung an sich wandelnde Verhältnisse erforderlich ist (Flexibilitätsbedürfnis, mangelnde Voraussehbarkeit), oder wenn es um komplexe Fragen vorwiegend ‹technischer› Natur geht und die Handlungsform des formellen Gesetzes (bzw. das Verfahren der Gesetzgebung) sich für die fragliche Regelung als wenig geeignet erweist. […] Der unbestimmte und *entwicklungsoffene* Schlüsselbegriff der ‹volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen› (Art. 96 Abs. 1 BV) verlangt eine situativ differenzierende Beurteilung kartellistischer Praktiken und *sperrt sich daher gegen eine abschliessende Fixierung kartellrechtlicher Tatbestände auf Gesetzesstufe*».[692]

[Seite 1149] Daraus lässt sich folgern, dass das Kartellgesetz kraft Art. 1 **grundsätzlich einem «wirkungsbasierten» Ansatz** (s. N 128 f.) folgt.[693] Als Missbrauchsuntersuchungsstandard bedeutet dieser Befund, dass die Unternehmen erwarten dürfen, dass behördliche Interventionsvoraussetzung das Vorliegen von rechtstatsächlichen Anhaltspunkten ist, die auf Marktauswirkungen ihres Verhaltens hinweisen.[694] Mit der Achtung dieser gesetzlich fundierten Erwartung gewährleisten die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte die erforderliche Rechtssicherheit. Zurzeit zeigt die Praxis zu dieser Regel allerdings kein einheitliches Bild.[695] Das Gesagte resümierend kann festgehalten werden, dass die Bedeu [Seite 1150] tung von Art. 1 im Rahmen der Anwendung von Art. 7 hauptsächlich im Bereich der *Missbrauchsanalyse* liegt (s. N 145 f.).

ddd) Analyseinstrument III: Missbrauchsstandard *(theory of harm)*

147 Wir kommen jetzt zum dritten (und letzten) Bestandteil der Missbrauchsanalyse, zum *Missbrauchsstandard* bzw. (als Synonym) zur *theory of harm*. Im Mittelpunkt dieses Abschnittes steht die Frage, *was* mit diesen zwei (gleichbedeutenden) *Begriffen* konkret bezeichnet wird und welche *Funktion* damit in der Missbrauchsanalyse erfüllt wird. Um diese Frage anzugehen, muss die *Ursache* des Bedürfnisses nach einer *theory of harm* ins Visier genommen werden. Zurückzuführen ist dieses Bedürfnis darauf, dass die Missbrauchskontrolle in den letzten zehn Jahren von einem «formbasierten» auf einen «wirkungsbasierten» *Ansatz* verlagert worden ist (s. N 64), und dass die Effekte einer Beschränkung *ohne* Missbrauchsstandard nicht geordnet analysiert werden können.[696] Aus dieser Feststellung lässt sich auf die Aufgabe dieses Standards innerhalb der Missbrauchsanalyse schliessen: Mit diesem Instrument kann das Vorgehen der Wettbewerbsbehörden oder der Gerichte im Rahmen einer Effektenanalyse **auf eine der Sache angemessenen Art strukturiert** werden. Konkret: Eine *theory of harm* ist dafür da, um eine durchzuführende Effektenanalyse in einzelne Schritte aufzuteilen, die nach einer geordneten Abfolge – gleich etwa dem Inhaltsverzeichnis eines Buches – jeweils benannt und thematisch umschrieben werden können. Damit wird den Mitgliedern einer Behörde bzw. eines Gerichts ermöglicht, ihre analytische Tätigkeit nach Massgabe eines «Plans» zu verrichten, anstatt zu riskieren, sich in unzusammenhängende oder zufallsbedingte Untersuchungshandlungen zu verlieren. Diese Strukturierung hat eine bedeutsame *Konsequenz*: Sie macht die Missbrauchsanalyse im Nachhinein (d.h.: *ex post*) überprüfbar. Diese einführenden Worte bedürfen der Erläuterung:

148 BELLAMY/CHILD haben die Funktion eines Missbrauchsstandards mit folgenden Worten charakterisiert: Dieser Standard bilde «[…] an *economic narrative* that enables a competition authority or a court to apply *sound economic principles* to the facts of a case».[697] Dieser Satz gibt in zwei Stichworten – *«Narrativ»* und *«fundierte ökonomische Prinzipien»* – an, was die *zwei «grossen Fragen»* des Missbrauchsstandards darstellen. Die **erste «grosse Frage»**, die wir jetzt in Angriff nehmen, lautet: Aus welchem *Grund* hat [Seite 1151] sich dieses Instrument in der Missbrauchsanalyse aufgedrängt? Was ist seine genaue Aufgabe? Wie schon ausgeführt (s. N 64), ist man sich seit ca. einem Jahrzehnt darüber einig, dass die Untersuchung (1) der wechselseitigen Verquickungen von (a) unilateralem Verhalten und (b) konkreten/aktuellen Marktverhältnissen, die (2) die Effekte der Verhaltensweise eines beherrschenden Unternehmens (3) selber, alleine und selbständig bestimmen, integrativer Bestandteil des Rasters einer Analyse von inkriminierten Missbrauchssachverhalten bilden sollte. ROTH hat zu Recht bemerkt, dass die moderne Industrieökonomik inzwischen auf generalisierte Aussagen über die Auswirkungen einseitiger Verhaltensweisen (fast gänzlich) verzichtet hat. Denn dasselbe Verhalten könne wegen den laufend variierenden Marktbedingungen nicht schematisch als «wettbewerbskonform» oder «wettbewerbswidrig» eingestuft werden (s. N 64). Daraus leitet ROTH die überzeugende Einsicht ab:

> «[Dieser Umstand] macht […] eine einzelfallweise Beurteilung [sc. der Effekte des inkriminierten Verhaltens] anhand einer rule of reason erforderlich […]. In der Kombination

ergibt sich daraus der Anspruch, über eine theory of harm zu verfügen, welche die im jeweiligen Einzelfall eingetretenen respektive wahrscheinlichen negativen (wohlfahrts-) ökonomischen Effekte des inkriminierten wettbewerblichen Verhaltens zu belegen vermag».[698]

Diese Feststellung lässt erahnen, was die Antwort auf die erste «grosse Frage» des vorliegend diskutierten Standards ist: In der Missbrauchsanalyse braucht es nicht nur die Leitung derselben durch einen (überdachenden) *Kanon* (Stichwort: Wettbewerbspolitischer Standard bzw. Endzweckstandard; s. N 111, 114 ff.), braucht es nicht bloss Leitlinien betreffend den *Umgang mit zwangsläufig unvollständigen Fakten*[699] (Stichwort: Missbrauchsuntersuchungsstandard bzw. *standard of proof*; s. N 112, 119 ff.), sondern es wird auch ein Standard benötigt, der vorgibt, wie die Durchführung der einzelnen Arbeitsschritte einer Wirkungsanalyse systematisch vorbereitet wird, damit sich am Schluss die einzelnen schrittweise erzielten Prüfresultate zu einem *kohärenten «ensemble»* zusammenfügen lassen.

Wie sehr erforderlich ein Missbrauchsstandard in der Praxis ist, kann an einem berühmten europäischen Fall illustriert werden, nämlich am **Beispiel der *Michelin II* -Entscheidung**.[700] Diese Entscheidung – die Teil einer Urteilsreihe bildet, die im Schrifttum wegen ihrer «hoffnungslosen Lostrennung von der Wettbewerbsrealität» als *«economic wasteland»* bezeichnet wurde[701] – lässt jeglichen industrieökonomischen Sinnzusammenhang vermissen. Vorweg die **Fakten**: Zu beurteilen waren u.a. Mengenrabatte mit progressiv gleichmässig abgestuften Sätzen, die über einen Zeitraum von einem Jahr bemessen wurden. Der erreichte Rabattsatz wurde auf den gesamten Jahresumsatz angewendet. Bei nicht erreichter Absatzmenge wurde der Rabatt nicht verweigert, sondern das Nichterreichen der fraglichen Menge wurde dadurch sanktioniert, dass der Händler (d.h. der Kunde von *Michelin*) in die nächsttiefere Rabattsatzstufe fiel. Für diesen war der finanzielle Verlust dieser Abstufung geringfügig. Dieser betrug lediglich 0.06%, was darauf zurückzu [Seite 1152] führen war, dass das *Michelin*-System insgesamt ganze siebenundvierzig Rabattstufen kannte.[702] Nach dieser Schilderung des Sachverhalts fragt sich, wie der Fall vom EuG **analysiert** wurde. Dieses verzichtete auf die Durchführung irgendwelcher Tests in Bezug auf die Frage, ob die behaupteten Effekte empirisch festzustellen sind, und erkannte daraufhin, dass *Michelin* mit seinem System die Händler nachhaltig an sich gebunden habe. Diese Erkenntnis begründete das Gericht u.a. mit dem Argument, die Händlerbindung würde durch den einjährigen Bezugszeitraum fest etabliert (gemäss EuG wäre ein dreimonatiger Bezugszeitraum unproblematischer gewesen);[703] ferner führte das EuG aus, diese Bindungswirkung werde dadurch verschärft, dass der Rabattsatz nicht aufgrund des erwarteten, sondern aufgrund des tatsächlichen Verkaufsvolumens festgelegt werde; damit werde nämlich der Druck auf die Händler gesteigert, am Jahresende zusätzliche Käufe zu tätigen;[704] in die gleiche Richtung wirke sich der Umstand aus – so das Gericht weiter –, dass der Rabattsatz auf der Basis des gesamten Jahresumsatzes (und nicht bloss auf derjenigen der mit den zusätzlichen Mengen erreichten Stufe) errechnet werde;[705] schliesslich unterstrich das EuG, dass das Rabattsystem von *Michelin* nicht auf einer objektiven wirtschaftlichen Rechtfertigung fusse;[706] diesen Schluss begründete es damit, dass *Michelin* nicht nachgewiesen habe, dass die Jahresmengenrabatte auf tatsächlichen Kosteneinsparungen beruhten.[707] Nach dieser Faktenanalyse kam es zum **Entscheid** des EuG: Dieses befand, dass das fragliche Rabattsystem «[…] die Wesensmerkmale eines Treuerabattsystems aufweist».[708] Als solches erzeuge es eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung zulasten der Rivalen von *Michelin*. Denn den gebundenen Händlern würde jegliche Möglichkeit genommen, auf dem nachgelagerten Markt das günstigste Angebot zu wählen und den Lieferanten ohne spürbaren wirtschaftlichen Nachteil zu wechseln. Damit habe *Michelin* gegen Art. 82 EG (heute: Art. 102 AEUV) verstossen.[709] Eine **kritische** Würdigung des Entscheids muss von der Frage ausgehen, aus welchem Grund das EuG eine Wirkungsanalyse für unnötig hielt (denn darin liegt letztlich die ganze Problematik des Urteils verborgen). Dieser Grund wird in der Ziffer 258 des Urteils angegeben:

149

«[… Z]u bemerken [ist], dass die Kommission […] die konkreten Wirkungen der missbräuchlichen Praktiken *nicht geprüft* hat. Sie *musste* dies […] *auch nicht* […]. […Denn die] Schwere der Zuwiderhandlung ist […] anhand der *Art und des Zwecks der missbräuchlichen Verhaltensweisen* festgestellt worden Die Kommission ging nämlich davon aus, dass die von der Klägerin angewandten Rabattsysteme […] *Treuerabattsysteme* gewesen seien, die ‹darauf abzielte[n], *Wettbewerber von Michelin* von den französischen Märkten für neue […] und für runderneuerte Reifen zu *verdrängen* […]›».[710]

[Seite 1153] Erkennbar wird an dieser Ziffer 258 sofort, dass das EuG eine *reine* «formbasierte» Analyse durchgeführt hat. Das bedeutet im Ergebnis, dass das Gericht eine *per se*-Regel angewendet und somit auf eine *theory of harm* verzichtet hat; dieser Verzicht muss als verpasste Chance des Gerichts, zu einem sachlich angemessenen Entscheid zu gelangen, angeschaut werden. Als «Narrativ» hätte nämlich eine *theory of harm* eine einleuchtende, glaubwürdige und nachvollziehbare Erklärung des Verhaltens von *Michelin* abgegeben. Demgegenüber unterstellte das Gericht aber, der blosse «Gegenstand» des *Michelin*-Rabattsystems – dessen «Form» bzw., in den Worten des EuG selber, *«d[ie Art und de[r] Zweck […] des missbräuchlichen Verhaltens […]»*[711] – mache dessen Effekte auf dem Markt dermassen offensichtlich, dass sich eine Analyse dieser Effekte schlechthin erübrige. Gerade dem war aber in Wirklichkeit nicht so: Eine solche Analyse hätte (aller Wahrscheinlichkeit nach) gezeigt, dass das fragliche Rabattsystem mangels empirisch festzustellender Effekte keineswegs «[…] die Wesensmerkmale eines Treuerabattsystems» trug,[712] sondern faktisch wie ein System *linearer Volumenrabatte* funktionierte,[713] das der EuGH im *Hoffman-La Roche*-Urteil mit gutem Grund als *zulässig* qualifiziert hatte.[714] Deshalb hätte sich zwangsläufig erwiesen, dass ein linearer Volumenrabatt keine wirkliche Bindungskraft besitzt (was der Gerichtshof, wie gerade erwähnt, schon ca. zwanzig Jahre vor dem *Michelin II*-Urteil richtig gesehen hatte[715]). Diese kritischen Bemerkungen leiten die Aufmerksamkeit, genau betrachtet, nicht bloss auf den Umstand, dass eine *theory of harm* in der Regel aufzudecken vermag, dass ein behördlicher/gerichtlicher Entscheid in der Sache falsch ist. Da ist noch mehr:

Die soeben vorgetragene Kritik des *Michelin II*-Urteils weist in der Tat auch darauf hin, dass ein Missbrauchsstandard den Rechtsanwender notwendig mit der Frage konfrontiert, von welchen *theoretischen Prämissen* bei der Planung einer Wirkungsanalyse auszugehen ist. Dieser Standard ist also nicht nur ein Instrument, das zur Artikulierung eines «Narrativs» des faktisch Geschehenen zwingt – Stichwort: «wie die Geschichte wirklich war» – und so *ex post* eine Plausibilitätskontrolle eines behördlichen/gerichtlichen Entscheids erlaubt. Dieser Standard ist darüber hinaus ebenfalls ein **Instrument zur Selektion von ökonomischen Theorien**, das eine *Auswahl* von möglichen wirtschaftlichen Grundlagen des nach Art. 7 zu fällenden Entscheids zur Verfügung stellt. Auf diesen Punkt haben bekanntlich[716] BELLAMY /CHILD mit folgenden Worten aufmerksam gemacht: «A theory of harm […] *enables* a competition authority or a court *to apply sound economic principles to the facts of a case*».[717] Damit sind wir bei der **zweiten «grossen Frage»** des Missbrauchsstandards angekommen (s. N 148): Wie genau gelingt es dem hier fraglichen Standard, eine Behörde oder ein Gericht in die Lage zu versetzen, einen Entscheid auf *«sound economic principles»* zu basieren. Diese Frage verlangt, dass ein Blick nach Europa geworfen wird, und zwar auf die Prioritätenmitteilung, die sehr grundsätzlich auf die Figur der *Marktverschliessung* abstellt.[718] Und zwar so grundsätzlich, dass dieses Dokument (zumindest im Sinne einer *praesumtio violenta*) anzunehmen scheint, dass der Nachweis einer Marktverschliessung *ipso facto* den Nachweis einer [Seite 1154] konsumentenwohlfahrtsschädigenden Wettbewerbsbeschränkung erbringt. In Wahrheit stellt diese Annahme aber ein *unzulässiges Kurzschliessen* dar. Eine Ausschliessung von Rivalen ist wettbewerbstheoretisch nämlich *unproblematisch*, solange sie nicht als *«wettbewerbswidrig»* zu qualifizieren ist, d.h. (1) solange sie nicht den Wettbewerbsprozess hemmt und (2) solange daraus keine Nachteile zulasten der Konsumenten hervorgehen. Beides – d.h. sowohl (1) als auch (2) – muss in einem kartellrechtlichen Verfahren zwingend belegt werden. Es lässt sich aus der Feststellung der Existenz einer Marktverschliessung *mitnichten* (zumindest nicht:

150

direkt) folgern, dass der Wettbewerb beschränkt und die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigt ist (s. N 151). Ein solcher Automatismus im Schlussfolgern wird *in casu* von der Industrieökonomik einmütig abgelehnt. Just dies ist nun die Stelle, wo, nach einem Teil der europarechtlichen Doktrin,[719] welcher wir uns anschliessen, die Prioritätenmitteilung *enigmatisch* wird, um nicht zu sagen: *unvollständig* ist. Und zwar «unvollständig» in dem Sinne, dass die Europäische Kommission in diesem Dokument überhaupt nichts darüber sagt, *wie* die «Wettbewerbswidrigkeit» einer Marktverschliessung nachgewiesen werden kann. MARSDEN/BISHOP haben diesen Punkt im bisherigen Schrifttum am deutlichsten herausgestrichen: In der Prioritätenmitteilung habe die Kommission eine Schicksalsfrage ganz einfach offen gelassen, nämlich «[…] the critical, albeit difficult, issue of how to discriminate between conduct that merely makes things more difficult for competitors from that which harms not only competitors but also *competition* and therefore *consumers*».[720] Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. Was diese Autoren letztlich feststellen, ist, dass die Prioritätenmitteilung in ihrer Methodik *lückenhaft* ist.

151 Deshalb die Frage: Wie kann diese Lücke gefüllt werden? Es gibt diesbezüglich zwar Antwortvorschläge von Seiten der Lehre[721] und des EuGH,[722] aber, soweit ersichtlich, noch keinen, der sich in der Praxis bewähren konnte.[723] Zurzeit muss mit dieser Lücke gelebt werden. Diese Einsicht ist zwar unbefriedigend, aber unausweichlich. Sie hat in [Seite 1155] der Praxis die Konsequenz, dass, wie dies das Bundesgericht wiederholt gesagt hat, der Nachweis einer Wettbewerbs- und Konsumentenwohlfahrtsschädigung nur dadurch geleistet werden kann, «[…] dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der **Einzelfallanalyse** festgestellt wird».[724] Dass man die Leistungsfähigkeit des Missbrauchsstandards im Bereich der hier diskutierten Frage nicht vorantreiben kann, ist kein unabwendbares Schicksal. Gegenwärtig lässt sich der festgestellte Befund aber nicht vermeiden.

[Seite 1156] *6. Kausalität*

a) Allgemeines

152 Die in Art. 7 Abs. 1 verwendete Formel, dass das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen dann unzulässig ist, wenn der Wettbewerb «[…] *durch* den Missbrauch *ihrer* Stellung auf dem Markt *[…]*» beeinträchtigt wird, wirft die Frage auf, ob diese Bestimmung einen **Kausalzusammenhang** zwischen den Merkmalen «Marktbeherrschung» und «Missbrauch» verlangt. Dieselbe Frage stellt sich alsdann, wenn man den Passus im Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 betrachtet, der den *Effekt* des Missbrauchsmerkmals auf dem Markt benennt. Dieser Satzteil besagt, dass der Wettbewerb «*durch* den Missbrauch» *beschränkt* werden muss, um Tatbestandsmässigkeit zu begründen. Die Missbrauchsauswirkung *«Wettbewerbsbeschränkung»* wird in Art. 7 Abs. 1 *sub verbo* «[…] andere Unternehmen in der *Aufnahme* oder *Ausübung* des Wettbewerbs *behindern* oder die Marktgegenseite *benachteiligen*» ausgedrückt. Zieht man diese Wirkung ebenfalls in Betracht, wird augenfällig, dass der Text des ersten Absatzes von Art. 7 wechselseitige Kausalbezüge zwischen dem Merkmal der Marktbeherrschung und demjenigen des Missbrauches einerseits und zwischen dem Tatbestandselement «Missbrauch» und seiner wettbewerbsbeschränkenden Wirkung andererseits andeutet. Aus diesem *grammatikalischen* Aufbau des Gesamtsatzes von Art. 7 Abs. 1 geht m.a.W. hervor, dass der Gesetzgeber womöglich die Absicht hatte, das Bestehen eines kausalen Zusammenhanges zwischen *zwei* oder gar *drei* Merkmalen des Tatbestandes von Art. 7 zur Anwendungsvoraussetzung dieser Bestimmung zu machen. Es sind dies: (1) die *marktbeherrschende Stellung*, (2) der *Missbrauch* und (3) dessen *Wirkung* («Wettbewerbsbeschränkung») auf dem relevanten Markt oder auf einem verbundenen (vor- oder nachgelagerten) Drittmarkt[725] (vgl. Schaubild 1).[726] Im Folgenden gilt es zu ergründen, ob Art. 7 eine oder mehrere dieser drei Kausalitätsvarianten als Tatbestandselement bedingt. Diese Frage ist deshalb von

kaum zu unterschätzender Bedeutung, weil sie unmittelbar das in N 1 geschilderte Paradox betrifft, welches dieser Norm inhärent ist.

[Seite 1157] *b) Kausalitätstypologie*

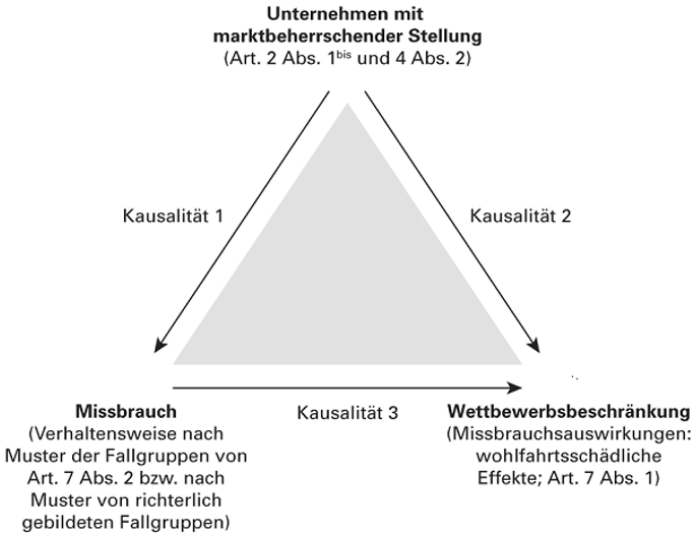

Fig. 1: Kausalitätsvarianten zwischen den Tatbestandsmerkmalen von Art. 7 KG

154 Anlässlich der Darstellung dieses Paradoxes wurde festgestellt, dass der Umgang damit anspruchsvolle Fragen aufwirft. Diese Probleme müssen mithilfe von der jetzt darzustellenden **Theorie der kausalen Beziehungen zwischen den Tatbestandsmerkmalen von Art. 7** angegangen werden, was die nachstehenden Überlegungen begründen werden (s. N 155 ff.). Diese Theorie deckt eine erst seit ein paar Jahren rechtswissenschaftlich näher studierte Facette des Tatbestandes von Art. 7 auf.[727] Wie geschildert (s. N 72) verankert diese Norm den Grundsatz, dass Marktbeherrschung als solche zulässig ist und *nur* deren Instrumentalisierung zum Zwecke, Verhaltensweisen auf dem Markt durchzusetzen, die unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen nicht ausführbar wären bzw. wirkungslos blieben,[728] gesetzwidrig ist.[729] Dieses *«nur»* ist das Problem hier. Es ist die Gretchenfrage der Norm schlechterdings: Wie lässt sich die feine Linie ziehen zwischen (1) der Marktbeherrschung als Zustand, der zwar den Wettbewerb belastet,[730] aber der Erhaltung des marktwirtschaftlichen Anspornsystems hinzunehmen ist und daher angängig ist,[731] und [Seite 1158] (2) den missbräuchlichen Verhaltensweisen – Wettbewerbsbeschränkungen in der Tat –, die wohlfahrtsschädlich und daher untersagt sind? Diese Frage kann allein mithilfe von den drei Tatbestandsmerkmalen, die jeweils an einem der Winkel des Dreiecks von *Schaubild 1* (d.h. Marktbeherrschung, Missbrauch, Wettbewerbsbeschränkung) angesiedelt sind, nicht angemessen beantwortet werden. Sie muss im Lichte der eventuellen Kausalitäten näher betrachtet werden, die zwischen diesen Merkmalen bestehen können:[732]

c) Kausalitätsfunktion

aa) Kausalität «Marktbeherrschung/Missbrauch» *(Kausalität 1)*

155 An sich würde man eigentlich erwarten, dass Art. 7 ein Kausalverhältnis zwischen **Marktbeherrschung** und **Missbrauch** forderte *(Kausalität 1)*. Gerade das aber ist zu verneinen.[733] Denn bei Lichte besehen besagte ein derartiges Verhältnis zwischen diesen zwei Merkmalen nichts über die Kernfrage, ob das Verhalten des Marktbeherrschers wettbewerbsbeeinträchtigende und wohlfahrtsschädliche Effekte zeitigt, sondern lediglich, dass das zur Verwirklichung des Missbrauchs *verwendete Mittel* die qualifizierte Marktmacht i.S.v. Art. 4 Abs. 2 ist.[734] Wie der EuGH im Fall *Hoffmann-La Roche* festgestellt hat, setzt der Missbrauchsbegriff nicht voraus, «dass

die durch eine beherrschende Stellung erlangte Wirtschaftskraft als Mittel für die Verwirklichung des Missbrauchs eingesetzt [… wird]»;[735] auch *andere* Mittel können (und werden) zu diesem Zwecke eingesetzt (z.B. ausschliessliche Bezugsverpflichtungen, Treuerabatte usw.).[736] Müsste man Art. 7 stets so auslegen, dass sich der Missbrauch kausal auf die Marktbeherrschung abstützt, könnten die Auswirkungen eines Missbrauches auf einem Drittmarkt, der mit dem beherrschten Markt verbunden ist, auf welchem aber das inkriminierte Unternehmen keine beherrschende Stellung innehat, vom Verbot dieser Bestimmung nicht erfasst werden.[737] Die Prüfung von *Kausalität 1* wäre deshalb reine Form-, nicht Wirkungsanalyse (s. N 126 ff.), da ein Missbrauch mit seinen (allfälligen) Effekten auf den Wirtschaftsprozess keineswegs gleichgesetzt werden darf; die beiden Grössen sind analytisch strikt zu trennen.[738] Aus *Kausalität 1* – so ist resümierend festzuhalten – liessen sich keinerlei Schlüsse für ein tiefgründigeres Verständnis des Art. 7 immanenten Paradoxes ableiten. Und just darauf – in der Lehre wird diese Frage zuweilen auch mit den Bezeichnungen der «Janusköpfigkeit» oder der «Doppelgesichtigkeit» der Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen angesprochen – kommt es an.

bb) Kausalität «Marktbeherrschung/Missbrauchsauswirkungen» *(Kausalität 2)*

156 Ebenfalls unerheblich ist, ob zwischen **Marktbeherrschung** und **Missbrauchsauswirkungen** ein ursächlicher Zusammenhang besteht *(Kausalität 2)*. Eine solche Kausalität [Seite 1159] zu verlangen, liefe darauf hinaus, Marktbeherrschung als solche unter Verbot zu stellen.[739] Deshalb widerspräche die Forderung, die Tatbestandsmässigkeit von Art. 7 von *Kausalität 2* abhängig zu machen, dem Konzept selbst dieser Bestimmung.[740]

cc) Kausalität «Missbrauch/Missbrauchsauswirkungen» *(Kausalität 3)*

157 Nach Art. 7 kommt es, wie jetzt zu zeigen ist, einzig und allein darauf an, dass eine kausale Beziehung zwischen **Missbrauch** und **dessen wettbewerbswidrigen Wirkungen** *(Kausalität 3)* nachweisbar ist.[741] Der Grund dafür, die Anwendung dieser Norm von diesem Kausalitätstypus abhängig zu machen, ergibt sich aus folgender Argumentation: (1) Auszugehen ist davon, dass die Industrieökonomik schon seit geraumer Zeit dargetan hat – nämlich seit den 1950er Jahren –, dass der dynamische Prozess der Konkurrenz stets von **Funktionsunvollkommenheiten** gestört wird (sog. *«theory of second best»*).[742] Vollkommener Wettbewerb – etwa nach dem klassischen Modell der atomistischen Konkurrenz (sog. homogenes Polypol) – ist in der Realität kaum je anzutreffen.[743] Die dem Wettbewerb immanenten Dysfunktionen stellen mithin keine Anomalie dar, sondern sind ein ganz gewöhnliches und vor allem unvermeidliches Phänomen in der Marktwirtschaft. Diese Funktionsmängel können verschiedenartige Ursachen haben, sind also bei Weitem nicht immer auf Wettbewerbsverfälschungen zurückzuführen, die vom Verhalten der um die Wette werbenden Unternehmen erzeugt werden.[744] (2) Demnach erlaubt der blosse Befund, dass erstens – Faktum (α) – das Gebaren eines marktbeherrschenden Unternehmens der «Form» einer missbräuchlichen Verhaltensweise entspricht,[745] und dass zweitens – Faktum (β) – nicht sämtliche Funktionen des Wettbewerbs « [Seite 1160] vollkommen» erfüllt werden,[746] *unter keinen Umständen* den Schluss, dass das Vorliegen von Fakten (α) und (β) den Tatbestand von Art. 7 erfüllt. Dafür braucht es mehr, dafür braucht es zusätzlich des Nachweises eines weiteren Moments (eines *«plus factor»*). (3) Damit ein derartiger Schluss im Einklang mit den Anforderungen der *Rule of Law* steht, muss der **Beweis** erbracht werden, dass ein Kausalzusammenhang zwischen Faktum (α) und Faktum (β) besteht.[747] Oder, was dasselbe bedeutet: dass *Kausalität 3* auf der Grundlage des zu beurteilenden Sachverhalts nachweisbar ist. (4) Erst wenn dieser Kausalitätstypus belegt ist, darf die missbräuchliche Verhaltensweise dem marktbeherrschenden Unternehmen zugerechnet werden. Diese **Zurechnung** hat ihren Grund zunächst in der Wirtschaftsverfassung (Art. 96 Abs. 1 BV), dann aber vor allem – ausführlich wird

dieser Punkt an anderer Stelle dieser Kommentierung nachgewiesen (s. N 128 ff.) – in Art. 1 KG, der bei der Anwendung der materiellen Normen des Kartellgesetzes den Gebrauch des sog. *«wirkungsbasierten» Ansatzes* verlangt, wie dies heute ein bedeutender Teil der Doktrin fordert: «L'art. 96 I Cst met en effet l'accent sur les conséquences (*«Auswirkungen»*, «effetti») […]».[748] In dieser voraussetzungsvollen Form der Zurechnung liegt der grundlegende Mechanismus, der einen rechtsstaatlich verantworteten Umgang mit dem Paradox von Art. 7 (s. N 2 ff.) gewährleistet. (5) Dieser **fundamentale Mechanismus** stellt sicher, dass die Anwendung von Art. 7 der bereits wiedergegebenen Sentenz LEARNED HANDs – «The successfull competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins» (s. N 1) – Genüge tut, d.h. ein marktbeherrschendes Unternehmen keiner kartellrechtlichen Verantwortlichkeit aussetzt, bloss weil es marktbeherrschend ist *(«false positives»)*. Die Funktionsweise dieses Mechanismus kann mit drei Argumenten näher erläutert werden:[749] (a) Als Erstes entkräftet der Nachweis von *Kausalität 3* das hypothetische Verteidigungsargument, dass die dominante Position eines marktbeherrschenden Unternehmens auf *überlegene* Produkte oder Dienstleistungen zurückzuführen sei; denn im Rahmen des Kausalitätserfordernisses kann diesem oder einem ähnlichen Argument keine *analytische Relevanz* zukommen; die marktbeherrschende Stellung steht hier nicht zur Diskussion. Ein irgendwie legitimierendes Moment, das sich aus der rechtmässigen Akquisition dieser Position ergeben würde, wird *a priori* aus der Kausalitätsprüfung ausgeschlossen.[750] Die Subsumtion des Sachverhalts unter diese Norm erfolgt daher unter *ausschliesslicher* Berücksichtigung der **Effekte**, die von der **Verhaltensweise** (und nicht von der marktbeherrschenden Position[751]) [Seite 1161] des inkriminierten Unternehmens erzeugt werden.[752] (b) Als Zweites belegt der Nachweis von *Kausalität 3*, dass sich marktbeherrschende Unternehmen einer Verhaltensweise bedient haben, die sich von allen vorstellbaren Verhaltensvarianten unterscheidet, die realisierbar ist, solange eine Marktbeherrschung nicht existiert. Vor Entstehung dieser Stellung stand dieses Unternehmen mangels Machtfaktor zwangsläufig unter der disziplinierenden Kraft eines Wettbewerbs *on the merits*; während dieser Zeit konnte es sich dem disziplinierenden Druck dieser Rivalitätsform nicht entziehen. Das Vorhandensein von *Kausalität 3* offenbart, dass der Marktbeherrscher im zu analysierenden Fall eine **Verhaltensweise** adoptiert hat, die **unter Wettbewerbsbedingungen nicht möglich** ist und deshalb antikompetitiv ist, weil sie eine *«Abweichung von den normalen Folgen der Marktbeherrschung»* darstellt.[753] (c) Als Drittes fördert der Nachweis von *Kausalität 3*, dass das **Anreizsystem** des Marktes durch die Machtmissbrauchskontrolle nicht geschwächt wird,[754] indem Rechtssicherheit geschaffen wird, dass Marktbeherrschung als solche nicht unter Verbot gestellt wird.[755]

dd) Implikationen

aaa) «Rückläufige» Kausalitäten

158 Abzulehnen sind «rückläufige» Kausalitäten der Art, dass das aufgrund «formbasierter» oder typisierter Kriterien behauptete Vorliegen missbräuchlicher Verhaltensweisen[756] die Annahme rechtfertigt, es liege eine marktbeherrschende Stellung vor.[757] Diese in der Lehre vereinzelt vertretene Auffassung wurde von der Rekurskommission zu Recht verworfen.[758] Sie ist mit dem Konzept von Art. 7 unvereinbar, nicht nur weil das Verhalten von Marktbeherrschern regelmässig *behavioristisch* ambivalent ist («Doppelgesichtigkeit»[759]; s. N 64), sondern auch wegen der logischen **Zirkelschlüssigkeit** eines (lediglich auf Mutmassungen aufbauenden) Vorgehens, das von einem (vermeintlichen, bloss «verhaltensbasiert» identifizierten; s. N 127) missbräuchlichen Marktverhalten auf die Existens einer Marktbeherrschung rückschliesst, um aus dieser Folgerung dann wiederum einen Missbrauch i.S.v. Art. 7 abzuleiten.[760] M.a.W. handelt es sich bei diesem Ansatz [Seite 1162] um eine höchst unzuverlässige Untersuchungsprozedur, die im Übrigen, was

zuweilen vorgebracht wird,[761] auch keine theoretische bzw. methodische Strukturähnlichkeit mit dem US-amerikanischen *case law* zur Messung von Monopolisierungsgraden aufweist.[762]

bbb) Verbundene Märkte

159 Der Kausalzusammenhang zwischen Missbrauch und dessen antikompetitiven Effekten kann in verschiedenen **Marktkonstellationen** in Erscheinung treten. Eine erste – und typologisch naheliegendste – dieser Formen besteht darin, dass sich der Missbrauch auf *demselben* Markt auswirkt, auf dem die marktbeherrschende Stellung des inkriminierten Unternehmens angesiedelt ist.[763] Allerdings ist ebenfalls denkbar, dass sich die Auswirkungen des Missbrauchs auf einem *anderen* Markt entfalten.[764] Dabei ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass dieser andere Markt vom inkriminierten Unternehmen beherrscht wird.[765] Das entspricht grundsätzlich einem Denken in Kategorien des *leveraging* (s. N 603 ff.).[766] Im Einzelnen muss der soeben geschilderte Grundsatz in verschiedenen Hinsichten präzisiert werden:

160 [Seite 1163] Was die **Voraussetzungen** einer «Märkteverbundenheit» anlangt, so orientieren sich WEKO und Sekretariat i.d.R. an der Praxis des EuGH, namentlich an den einschlägigen Ausführungen in den *Tetrapak II*-Urteilen des EuG[767] und des EuGH [768]. In diesem Fall war nach dem Gerichtshof von Relevanz, «[…] daß die Quasimonopolstellung von Tetra Pak auf den aseptischen Märkten und ihre führende Stellung auf den von diesen verschiedenen, aber eng mit ihnen verbundenen nichtaseptischen Märkten dieses Unternehmen in eine Lage versetzten, die einer beherrschenden Stellung auf der Gesamtheit der relevanten Märkte gleichkam. Ein Unternehmen, das sich in einer solchen Lage befindet, vermag zwangsläufig vorherzusehen, daß sein Verhalten unter Artikel 86 des Vertrages [sc. Art. 102 AEUV] fallen kann».[769] Stellt man – unabhängig von diesem Entscheid – auf die zwei Faktoren *«Marktbeherrschung»* und *«antikompetitive Effekte»* der missbräuchlichen Verhaltensweise ab, so lassen sich *theoretisch* vier unterschiedliche Fallkonstellationen auseinanderhalten: (1) das missbräuchliche Verhalten findet auf dem beherrschten Markt statt und seine Auswirkungen sind daselbst spürbar; (2) dieses Verhalten findet auf dem beherrschten Markt statt und seine Auswirkungen sind auf einem anderen, nicht beherrschten Markt spürbar; (3) die fragliche Verhaltensweise findet auf einem nicht beherrschten Markt statt und seine Auswirkungen sind auf dem beherrschten spürbar; (4) diese Verhaltensweise findet auf einem nicht beherrschten Markt statt und seine Auswirkungen sind daselbst spürbar.[770] Im Lichte des von Art. 7 anvisierten «Normalfalles», in welchem Beherrschung, Missbrauch und dessen Effekte auf demselben Markt vorliegen, führt lediglich die vierte Konstellation zu dogmatischen Schwierigkeiten (also der Sachverhalt, wo ein Unternehmen mit qualifizierter Macht auf Markt A eine Verhaltensweise auf dem von ihm bearbeiteten, aber nicht beherrschten Markt Z an den Tag legt, die an sich, d.h. formal, die Ingredienzen eines Missbrauchs i.S.v. Art. 7 enthält, und die Effekte dieses Verhaltens auf dem Markt Z spürbar sind). Wie CLERC bemerkt: «La condition de l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif n'est normalement pas remplie dans un tel cas». [771] Trotzdem gibt es *ausnahmsweise* Fälle, in denen die Fakten einer solchen Konstellation, die grundsätzlich ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 7 liegen, dennoch auf eine *wohlfahrtsschädliche Wettbewerbsbeeinträchtigung* hinauslaufen.

161 Der einschlägige *leading case* der WEKO ist der Entscheid *Supermédia*, wo diese Behörde der Auffassung war, dass die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 erfüllt sein können, sofern der einschlägige Sachverhalt auf der *Ebene von Art. 4 Abs. 2* **drei Kriterien** entspricht: (1) Das dominante Unternehmen darf zunächst nicht bloss auf dem beherrschten Markt, sondern muss zugleich auf einem *zweiten Markt aktiv* sein, wo es über *keine qua* [Seite 1164] *lifizierte Macht* verfügt;[772] (2) seine *Position* auf diesem zweiten Markt muss aber als *«führend»* betrachtet werden können (« *prééminence* sur le marché distinct»[773] bzw. als «*führende* Stellung»[774]); (3) der zweite

Markt muss schliesslich einen *«engen Konnex»* mit dem beherrschten aufweisen («liens de *connexité étroits*»).[775] Das Kriterium des «engen Konnexes» kennt bislang keine allgemeine Definition, sondern lässt sich zurzeit nur *kasuistisch* umschreiben. Als Leitlinie können immerhin die einschlägigen Ausführungen des EuGH im *TeliaSonera*-Urteil dienen:

> «Art. 102 AEUV enthält keinen ausdrücklichen Hinweis hinsichtlich der Erfordernisse im Zusammenhang mit der Lokalisierung des Missbrauchs auf den Produktmärkten. Der sachliche Anwendungsbereich der besonderen Verantwortung, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung trägt, ist daher anhand der spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln, die eine Situation geschwächten Wettbewerbs erkennen lassen (Urteil Tetra Pak /Kommission, Randnr. 24). […] Daraus folgt, dass bestimmte Verhaltensweisen auf anderen als den beherrschten Märkten, die sich entweder auf letztere oder auf Märkte auswirken, die ihrerseits nicht beherrscht werden, missbräuchlich sein können (vgl. in diesem Sinne Urteil Tetra Pak/Kommission, Randnr. 25). […] Zwar setzt die Anwendung von Art. 102 AEUV einen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich missbräuchlichen Verhalten voraus, der in der Regel nicht gegeben ist, wenn sich ein Verhalten auf einem von dem beherrschten Markt verschiedenen Markt dort auswirkt. Handelt es sich jedoch um verschiedene, aber verbundene Märkte, so können besondere Umstände eine Anwendung von Art. 102 AEUV auf ein Verhalten rechtfertigen, das auf dem verbundenen, nicht beherrschten Markt festgestellt wurde und sich dort auswirkt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 3. Oktober 1985, CBEM, 311/84, Slg. 1985, 3261, Randnr. 26, und Tetra Pak/Kommission, Randnr. 27)».[776]

Der «enge Konnex» nimmt mithin vielfältige Formen an: Er kann z.B. darin bestehen, dass dasselbe Material zur Verpackung der Erzeugnisse auf dem beherrschten und auf dem verbundenen Markt verwendet wird, was zeigt, dass die Nachfrager auf dem erstgenannten Markt auch potentielle Kunden auf dem zweitgenannten sein können;[777] ferner ist ein solcher Konnex etwa zu bejahen, wenn ein vertikal integriertes Unternehmen, das einen vorgelagerten Markt beherrscht, auf dem nachgelagerten versucht, die dort tätigen Rivalen durch die Beschneidung deren Margen zu verdrängen.[778] Die WEKO stellt als *generellen Test* auf die Dogmatik von Art. 4 Abs. 2 ab, die in einem ersten Schritt an [Seite 1165] die Möglichkeit eines *unabhängigen* Verhaltens des Unternehmens mit qualifizierter Macht auf dem beherrschten Markt anknüpft:

> «Du fait de cette prééminence et de cette connexité [sc. entre marché dominé et marché adjacent], l'entreprise peut manifester sur le marché distinct une *indépendance de comportement* par rapport aux autres opérateurs présents. Cette indépendance lui confère, *sans qu'il faille établir qu'elle y détient une position dominante*, une responsabilité particulière dans le maintien d'une concurrence effective et non faussée».[779]

Stets sind aber über diesen Test hinaus die Umstände des konkreten Sachverhalts zu untersuchen.

ccc) Kollektive Marktbeherrschung

162 In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass die in N 158 ff. geschilderten Grundsätze im Falle einer kollektiven Marktbeherrschung[780] keine Anwendung finden. Begründet wird diese Auffassung damit, es sei in Anlehnung an die europäische Rechtsprechung[781] davon auszugehen, dass « […] seules les pratiques qui sont en relation avec la position dominante collective sont susceptibles d'être sanctionnées».[782] Damit scheint ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen kollektiver Marktbeherrschung und Missbrauch postuliert zu werden. Dieser Auffassung sind verschiedene Schwächen eigen. Zunächst ist die Berufung auf das Urteil *Compagnie maritime belge* nicht einschlägig und deshalb irrelevant, weil die referierten Ausführungen des EuGH eine andere Frage als die hier behandelten Fragen, nämlich die Beziehungen zwischen den Oligopolisten untereinander, betreffen.[783] Vor allem aber spricht nichts für eine Verschärfung der dargestellten Kausalitätsregeln in oligopolistischen Märkten: Das eigentliche Problem liegt in der Kausalität des Missbrauchs und seiner Effekte, was im Oligopol voraussetzt, dass die Wirkungen des wettbewerbswidrigen Verhaltens eines oder mehrerer Oligopolisten

auf ihre strategische Reaktion zurückzuführen sind, welche die kollektive Marktbeherrschung begründet.[784] Diese Frage ist aber derjenigen des ursächlichen Zusammenhangs vorgeschaltet, darf also damit analytisch nicht vermengt werden.[785] Deshalb wird man auch im Oligopol die geschilderten Kausalitätsgrundsätze (N 158 ff.) *mutatis mutandis* anwenden.[786]

[Seite 1166] *d) Spruchpraxis*

163 Die frühe Praxis der **Wettbewerbsbehörden** zur Kausalitätsfrage ist in erster Linie darum bemüht, die relevanten Fragestellungen aufzuspüren. Der Schlussbericht des Sekretariats vom 4.11.2002 i.S. *VSW-Aufnahmebedingungen*, in welchem über eine Voruntersuchung wegen Verdachts auf Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b referiert wird, scheint das Erfordernis eines kausalen Zusammenhanges zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch i.S.v. Art. 7 *(Kausalität 1)* abzulehnen.[787] Deutlich lässt sich hingegen das Sekretariat in diesem Fall dahin vernehmen, dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch missbräuchliches Verhalten «auch mittelbar erreicht werden [kann], das heisst, ohne dass die Marktmacht des beherrschenden Unternehmens unmittelbar zur Erreichung der Behinderung eingesetzt wird».[788] Dem scheint die WEKO knapp ein Jahr später im Fall *Veterinärmedizinische Tests/Migros* widersprochen zu haben. Sie vertrat die Auffassung, dass «[d]ie besonderen Missbrauchstatbestände gemäss Artikel 7 Absatz 2 KG […] keine indirekte Ausübung von Marktmacht vor[sehen]».[789] Im Anschluss an diese Feststellung meinte die WEKO allerdings, dass sich solche Fälle «[indirekter Ausübung von Marktmacht] ohne weiteres unter den Auffangtatbestand von Artikel 7 Absatz 1 KG subsumieren [lassen]».[790] *In casu* erachtete sie diesen Tatbestand als erfüllt, weil die «[…] von der Migros diktierten Abnahmebedingungen für Schlachthöfe […] faktisch zu einer Eliminierung des Wettbewerbs zwischen den Labors [führen]».[791] Anzunehmen ist wohl, dass zwischen Sekretariat und WEKO dem Prinzip nach Einigkeit bestand: *Kausalität 1* sei nicht erforderlich und würde – auch das war mutmasslich die Meinung dieser Behörden – die Anwendung von Art. 7 auf Auswirkungen missbräuchlichen Verhaltens, die sich auf verbundenen Märkten spürbar machten (s. N 159 ff.), vereiteln. Was aus diesen frühen Entscheiden hervorgeht, ist indes, dass die Problematik allfälliger Kausalitäten zwischen den verschiedenen Tatbestandsmerkmalen von Art. 7 (und allenfalls Abs. 2) noch nicht in ihrer ganzen Tragweite identifiziert war.

164 Der WEKO-Entscheid vom 5.2.2007 i.S. *Terminierung Mobilfunk*, in dem es um die Frage von unangemessenen Preisen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c ging, brachte in Lehre und Praxis einen (längst fälligen) Denkprozess über die hier diskutierte Kausalitätsproblematik in Gang. In diesem Fall erweckt die WEKO den Eindruck, von ihrem Entscheid *Veterinärmedizinische Tests/Migros* abweichen zu wollen, indem sie den Begriff der «Erzwingung» nach Art. 7 Abs. 2 lit. c lediglich vom Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung abhängig macht:

> «[…] Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG [setzt] voraus, dass die unangemessenen Preise erzwungen werden. Für eine Erzwingung genügt es, wenn das marktmächtige Unternehmen kraft seiner Verhandlungsposition die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln durchzusetzen vermag. Die Erzwingung bezieht sich damit vor allem auch auf die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens und stellt kein qualifiziertes missbräuchliches Verhalten dar».[792]

[Seite 1167] In seinem Urteil über die gegen den Entscheid der WEKO erhobene Beschwerde ist das **Bundesverwaltungsgericht** dieser Auffassung nicht gefolgt. Es hielt dafür, dass das Erzwingungsmerkmal mit dem Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung nicht automatisch erfüllt sei; vielmehr müsse es eigenständig bewiesen werden.[793] Allerdings geht aus den Erwägungen dieses Urteils nichts hervor, was für die allgemeine Frage der Kausalitäten zwischen den Merkmalen des Tatbestandes von Art. 7 relevant wäre.[794] Unglücklich an den Ausführungen sowohl der WEKO als auch des Bundesverwaltungsgerichts ist, dass sie zwei Fragen vermengen, die, wie nachstehend zu zeigen ist, voneinander streng zu unterscheiden sind: (1) Die Frage danach, welche der

Kausalitäten 1–3 nach Art. 7 zu beweisen ist, und (2) diejenige nach der konkreten Bedeutung des *Erzwingungsbegriffs* von Art. 7 Abs. 2 lit. c. Im Hinblick auf das Merkmal «Erzwingung» schloss sich das Bundesgericht in BGE 137 II 199 der Vorinstanz an.[795] Seine Überlegungen werden an einer anderen Stelle dieser Kommentierung behandelt (s. N 377 ff.).

165 Was **BGE 137 II 199** zu einem *leading case* zur allgemeine Lehre des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung macht, ist der Umstand, dass das Bundesgericht darin – und zwar zum ersten Mal in der schweizerischen Praxis und Rechtsprechung zu Art. 7 – *ausdrücklich* den Kausalzusammenhang zwischen Missbrauch und dessen Auswirkungen *(Kausalität 3)* als ein *konstitutives Merkmal* des Tatbestandes von Art. 7 anerkennt.[796] Und dies zu Recht, ist doch ein *rechtsstaatlicher* Umgang mit dem dieser Be [Seite 1168] stimmung inhärenten Paradox nur dann gewährleistet, wenn – wie in N 157 dargetan – dieser Kausalitätsnexus nachgewiesen wird. Allerdings ist der vom Bundesgericht vorgetragene Argumentationsstrang in diesem Urteil nicht gradlinig; diese Instanz grenzt ihre Ausführungen über die Kausalitätsproblematik im generellen Tatbestand von Art. 7 nicht immer streng von ihren Überlegungen ab, die spezifisch den Begriff «Erzwingung» in Art. 7 Abs. 2 lit. c betreffen. M.a.W. hält sie diesen Begriff und die fragliche Kausalitätsproblematik nicht genügend auseinander.[797] In diesem Sinne bedürfen die einschlägigen Erwägungen in BGE 137 II 199 bis zu einem gewissen Grad einer interpretatorischen Aufarbeitung. Die Kernaussagen der Höchstinstanz ergeben sich, wie im Schrifttum richtig bemerkt wurde, aus der *«Logik des Entscheides»*.[798] Die Deutung des Urteils im Hinblick auf die hier diskutierte Kausalitätsfrage erfolgt an dieser Stelle in zwei Schritten:

166 (1) Auszugehen ist von Erwägung 4.3.4, wo vorab daran erinnert wird, dass Marktbeherrschung als solche nicht missbräuchlich ist (s. N 72). Danach bemerkt das Bundesgericht: «[V]ielmehr muss [zwecks Erfüllung des Tatbestandes von Art. 7] zur Marktbeherrschung als qualifizierendes Element eine *unzulässige* Verhaltensweise hinzutreten […]».[799] Mit den Vokabeln «unzulässige Verhaltensweise» ist hier nicht bloss der Begriff des «Missbrauchs» als «bares», isoliert betrachtetes Kriterium von Art. 7 gemeint. Angesprochen wird damit in Wahrheit das in dieser Norm stipulierte « *Verbot* missbräuchlichen Verhaltens» und folglich die das Merkmal «Missbrauch» konstituierenden Kriterien (namentlich seine Auswirkungen im Markt) und der vom Gesetz verlangte Bezug zwischen diesen (ob nun dieser Bezug *Kausalität 1*, *2* oder *3* ist, bildet gerade eine der von BGE 137 II 199 zu klärenden Fragen). Was mit dieser Erwähnung des *«unzulässigen»* Missbrauchs in seiner kartellrechtlichen Ganzheit beabsichtigt ist, lässt der nächste Satz des Bundesgerichts in Erwägung 4.3.4 erkennbar werden: «Dieses Erfordernis [sc. das Erfordernis des Nachweises einer ‚Erzwingung› i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c[800]] wäre weitgehend obsolet, würde reine *Ursächlichkeit* für unangemessene Geschäftsbedingungen genügen […]».[801] Hiermit drückt das Bundesgericht Folgendes aus: Würde die Struktur des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 2 lit. c den allgemeinen Merkmalen von Art. 7 entsprechen, wäre es nicht nötig, *in casu* eine zusätzliche Analyse vorzunehmen (nämlich die Analyse der Frage, ob eine «Erzwingung» tatsächlich gegeben ist);[802] denn aufgrund der vorinstanzlichen Verfahren steht jedenfalls soviel fest, dass der Tatbestand von Art. 7 im Fall, der dem Bundesgericht zur Beurteilung vorliegt, erfüllt ist. Anders gesagt: Entscheidend ist die im soeben wiedergegebenen Satz aus Erwägung 4.3.4 enthal [Seite 1169] tene *Differenzierung* zwischen Art. 7 Abs. 2 lit. c und den allgemeinen Prinzipien von Art. 7: Mit diesem weist das Bundesgericht darauf hin, dass die erstgenannte Norm ein Spezialmerkmal kennt (nämlich: die «Erzwingung»), das mit der alleinigen Standardprüfung nach Art. 7 nicht belegt ist und deshalb einer zusätzlichen, eigenständigen Prüfung bedarf.[803] Aus dieser Aussage ergibt sich – gleichsam im Umkehrschluss –, dass sich die Standardprüfung von Art. 7 nicht nur auf die Merkmale «Marktbeherrschung» und «Missbrauch» bezieht, sondern zusätzlich noch den Beweis einer vom Bundesgericht so genannten **«Ursächlichkeit»** verlangt. Was unter diesem Begriff zu verstehen ist, gibt die Höchstinstanz nicht ausdrücklich an.

(2) Um die Bedeutung dieses Begriffs zu ergründen, muss die Tatsache näher analysiert werden, dass das Bundesgericht im Hinblick auf die nach Art. 7 durchzuführende Analyse auf das Urteil des EuGH im Fall *Konkurrensverket /TeliaSonera Sverige*[804] verweist.[805] In diesem hat der Gerichtshof im Rahmen der Anwendung von Art. 102 AEUV eine Rechtsprechungsänderung vorgenommen: **167**

> «[D]ie Feststellung der Missbräuchlichkeit einer derartigen Praxis [sc. der *in casu* vom Marktbeherrscher praktizierten Preispolitik] [… setzt] den Nachweis voraus, dass sie eine wettbewerbswidrige Wirkung auf dem Markt hat […]».[806]

Die herrschende Lehre im europäischen Kartellrecht versteht diesen Satz dahingehend, dass nach Art. 102 AEUV ein *Kausalzusammenhang* zwischen der *missbräuchlichen Verhaltensweise* des marktbeherrschenden Unternehmens und deren *Auswirkungen* auf den Wettbewerb bewiesen werden muss (d.h., in den hier verwendeten Worten, dass das Vorliegen von *Kausalität 3* [s. N 157] verlangt wird).[807] Dieses Verständnis des im Entscheid *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige* formulierten Kausalitätskriteriums ist in der Folge vom EuGH in seinen Urteilen *Post Danmark I* und *II*[808] ausdrücklich bestätigt [Seite 1170] worden.[809] Wenn das Bundesgericht nun unmittelbar nach seiner Verweisung auf den Entscheid *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige* bemerkt, dass der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. c «mehr» als blosse «Ursächlichkeit» verlangt,[810] ist daraus zu folgern, dass dieser Begriff ein Merkmal bezeichnet, das im Rahmen des allgemeinen Prüfungsrasters von Art. 7 erfüllt sein muss. Daraus ergibt sich, dass die Berufung des Bundesgerichts auf das Urteil *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige* nur eines bedeuten kann: dass nämlich unter «Ursächlichkeit» die **Kausalität zwischen Missbrauch und seinen Effekten** zu begreifen ist.[811] Eine weitere Stelle in BGE 137 II 199 spricht ebenfalls für diesen Sinn [Seite 1171] des Begriffs. In Erwägung 4.3.4 zitiert das Bundesgericht als Beleg für das Erfordernis einer «Ursächlichkeit» nach Art. 7 die Vorauflage der vorliegenden Kommentierung – wo schon wie hier (s. N 21) – die Auffassung vertreten wurde, dass der Tatbestand dieser Bestimmung den Nachweis von *Kausalität 3* (s. N 157) voraussetzt. Als *Fazit* ist deshalb festzuhalten, dass die Höchstinstanz in BGE 137 II 199 diese Kausalität als konstitutives Merkmal des Tatbestandes von Art. 7 deklariert hat.

Die Kausalitätsregel von BGE 137 II 199 hat sich in der **Praxis** und Rechtsprechung der letzten Jahre durchgesetzt und ist heute in der Lehre weitgehend anerkannt und kaum noch kontrovers (s. N 169). Der 2015 von der WEKO gefällte Entscheid *Online-Buchungsplattformen für Hotels* ist zweifelsohne der bislang *dogmatisch* führende Anwendungsfall dieser Regel. Der relevante Passus in diesem Entscheid lautet: **168**

> «So geht die Lehre im Zusammenhang mit Art. 7 KG im Allgemeinen davon aus, dass zwischen einer marktbeherrschenden Stellung und dem in Frage stehenden missbräuchlichen Verhalten grundsätzlich kein kausaler Zusammenhang vorliegen muss. Die Kausalität wird zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen Wirkungen gefordert. […] Damit tritt im Fall von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG *neben dem allgemeinen Erfordernis der Kausalität zwischen dem Missbrauch und den wettbewerbswidrigen Wirkungen* ein zusätzliches Element hinzu, jenes der Kausalität zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch».[812]

In diesen Motiven unterscheidet die WEKO messerscharf zwischen der *Kausalität 3* (s. N 157), die zum allgemeinen Tatbestand von Art. 7 gehört, und dem Begriff «Erzwingung» i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c, der einen verschiedenartigen, an anderer Stelle zu behandelnden Kausalzusammenhang voraussetzt (s. N 384). Auch das Bundesverwaltungsgericht ist in seinem Urteil *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL* dem Bundesgericht gefolgt: Der vorliegend fraglichen Voraussetzung von Art. 7 werde völlig entsprochen,

> «[…] wenn bei einer Gesamtwürdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, dass *von der Preisgestaltung* [sc. der missbräuchlichen Verhaltensweise] des marktbeherrschenden Unternehmens *eine potentiell beeinträchtigende Wirkung für die Abnehmer des Vorprodukts* [sc. Effekt des Missbrauchs] *ausging* […] Diese Einschätzung entspricht im Ergebnis auch der EU-Wettbewerbspraxis zur Preis-Kosten-Schere (vgl. […] EuGH, EU:C:2011: 83, TeliaSonera, Ziff. 64)» (H.v.d.V.).[813]

Im Einklang mit BGE 137 II 199 steht sodann auch die Begründung der WEKO in der Verfügung *Sport im Pay-TV*, wo sie auf die Frage, ob Art. 7 auf die missbräuchliche Verhaltensweise der *Swisscom* anwendbar ist, die sich auf verbundene Märkte auswirkt, antwortete: Ja, sofern die Existenz «eines Kausalzusammenhangs zwischen der vorgeworfenen Verhaltensweise und der Wettbewerbswirkung [nachweisbar ist]».[814] Im Fall *Supermédia*, in dem eine sehr ähnliche rechtstatsächliche Konstellation wie im Sachverhalt des Entscheids *Sport im Pay-TV* vorlag, hat die WEKO das hier fragliche Kausalitätserfordernis erneut bestätigt:

> «Le comportement abusif d'une entreprise dominante peut avoir pour effet d'entraver ses concurrents actuels ou potentiels *sur le marché dominé*, mais aussi *sur un marché connexe* (en amont ou en aval) qui présente un *lien de connexité étro*it avec le marché dominé et sur lequel [Seite 1172] l'entreprise dominante ne dispose pas (encore) d'une position dominante, mais où elle est déjà active ou a l'intention d'entrer. Ainsi et comme notamment relevé par le TAF dans l'affaire *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL* ou encore la COMCO dans l'affaire *Sport im Pay-TV*, un comportement peut être qualifié d'abusif alors même qu'il se produit et a des effets sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise est en position dominante».[815]

e) Lehre

169 Eine ältere Lehre, die sich unmittelbar nach Inkraftsetzen des geltenden Kartellgesetzes gebildet hatte, hielt dafür, dass die Tatbestandsmerkmale «Marktbeherrschung» und «Missbrauch» in einem Kausalitätsverhältnis stehen müssen.[816] Diese Auffassung wird noch gegenwärtig von einer Minderheit der Doktrin vertreten.[817] Allerdings wird sie heute in der Doktrin mit unterschiedlichen Argumenten verworfen. Vereinzelt wird der Grund in der Figur des Strukturmissbrauchs (s. N 189) erblickt: «Ein Kausalzusammenhang zwischen beherrschender Stellung und Missbrauch ist […] nicht erforderlich: Die Beseitigung einer Wettbewerbsstruktur kann – bei käuflicher Übernahme eines Konkurrenten – ohne Einsatz der marktbeherrschenden Stellung erfolgen».[818] Dem ist nicht zu folgen, da dieser Missbrauchstypus in der Schweiz, wie in N 95 f. nachgewiesen, dem Kartellgesetz unbekannt ist, da er mit dem sog. Fusionsprivileg unvereinbar ist (s. N 97); seine Anwendung stellte folglich einen Verstoss gegen Bundesrecht dar. Die juristisch stichhaltigen Motive für die Ablehnung von *Kausalität 1* wurden in N 155 dargetan, worauf an dieser Stelle verwiesen wird, und liegen der gegenwärtig herrschenden Lehre zugrunde. Diese ist der Ansicht, dass Art. 7 einen Kausalzusammenhang zwischen **missbräuchlicher Verhaltensweise** und deren **Effekten** auf dem beherrschten oder einem damit verbundenen Markt (*Kausalität 3*; s. N 157) verlangt.[819] Mithin deckt sich die in der Doktrin vorherrschende Auffassung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (s. N 165 ff.).

7. Legitimate business reasons

a) Allgemeines

170 Nach herrschender Lehre und Praxis ist der Umstand, dass in Art. 7 (im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 2) von **Rechtfertigungsmöglichkeiten** keine explizite Rede ist, mitnichten dahingehend zu verstehen, der Gesetzgeber habe diese Möglichkeiten ausschliessen wollen. (1) Solche Möglichkeiten können sich einmal aus einer *wirtschaftsrechtlich-funktionalen Interpretation* von Art. 7 ergeben. Danach liegt ein *erster Grund* für die Zulassung von *legitimate business reasons* darin, dass diese Möglichkeit als Bestandteil des Missbrauchsbegriffs selbst zu betrachten ist, d.h diesem Begriff *inhärent* ist.[820] Eine bestimmte Verhaltensweise ist dann nicht als missbräuchlich zu betrachten, wenn sie *bes* [Seite 1173] *sere Ergebnisse als der Wettbewerb* erbringt (sofern sie dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht die Gelegenheit in die Hand spielt, in Zukunft Wettbewerb zu beseitigen). Diese Erkenntnis geht in erster Linie auf Generalanwalt JACOBS zurück, der in seinen Schlussanträgen im Fall *Syfait* vorgetragen hat, dass die dem Gerichtshof zur Beurteilung vorliegende Lieferbeschränkung nur missbräuchlich ist, «[…] sofern das marktbeherrschende

Unternehmen keine objektive Rechtfertigung aufführen könne, die angemessen und von hinreichendem Gewicht sei».[821] Anders gesagt: Ein *prima facie*-Befund missbräuchlicher Verhaltensweise, der das Resultat des ersten Prüfungsschrittes im Rahmen des von Praxis und Rechtsprechung praktizierten dualen Untersuchungsrasters bildet (s. N 100 ff.), gehört nicht immer zur Kategorie des Missbrauchs i.S.v. Art. 7. Erst nach Feststellung eines Fehlens von *legitimate business reasons* ist in gewissen Fällen eine Tatbestandsmässigkeit nach dieser Bestimmung zu bejahen.[822] (2) Ein *zweiter Grund* für die Zulassung von *legitimate business reasons* kann darin liegen, dass es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen zustehen muss, seine *kommerziellen Interessen legitim wahrzunehmen*. Das geht unmittelbar aus den Materialien hervor:

> «Wettbewerblich relevantes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Sach **[Seite 1174]** liche Gründe, welche ein strategisches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens als zulässig erscheinen lassen (im angelsächsischen Sprachbereich spricht man von ‹legitimate business reasons›), liegen insbesondere vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze stützen kann».[823]

Dieser Passus in der Botschaft 1994 lässt allerdings offen, welche Art von Rechtfertigungsgründen neben den «kaufmännischen Grundsätzen» zuzulassen sind. Die Lehre versuchte nach Inkrafttreten des geltenden Gesetzes, diese Frage vor allem unter teleologischen Gesichtspunkten anzugehen. In diesem Sinne ist im Schrifttum bemerkt worden, dem Marktbeherrscher sollte stets der Nachweis offen stehen, «[…] dass die von ihm angewandten Geschäftsbedingungen nicht wesentlich von jenen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden».[824] Freilich blieben die Konturen der Rechtsfertigungsordnung von Art. 7 mit solchen Formeln noch tendenziell diffus.[825] Entsprechend vermochte die ältere Lehre zu Art. 7 nicht, eine tragfähige Dogmatik der *legitimate business reasons* zu entwickeln.

171 Die Praxis der Wettbewerbsbehörden zögerte in den Anfangszeiten des geltenden Kartellgesetzes, diese **dogmatischen Defizite** anzugehen.[826] Meist begnügte sie sich damit, die Vorträge der Verfahrensparteien zu würdigen und verzichtete darauf, Ansätze einer Dogmatik der Rechtfertigung missbräuchlicher Verhaltensweisen zu entwickeln.[827] Im **[Seite 1175]** merhin geht aus dieser frühen Praxis hervor, dass das Spektrum der Rechtfertigungsgründe breiter sein könnte als es in der Literatur, die den Auftakt des neuen Rechts begleitete, den Anschein machte. In diesem Zusammenhang gibt es eine Reihe von älteren Entscheiden, die zwar dogmatisch unterdeterminiert sind, aber dennoch hie und da hilfreiche Aufschlüsse über die Reichweite von Rechtfertigungsgründen geben. Den damaligen Erkenntnisstand der Praxis hat die REKO/WEF im Entscheid *Entreprises Electriques Fribourgeoises* folgendermassen zusammengefasst:

> «Il faut dès lors examiner si ce refus [sc. die zu beurteilende Geschäftsverweigerung] peut être justifié objectivement. Il le sera s'il sert à sauvegarder des intérêts économiques objectifs […], c'est-à-dire si l'entreprise ‹fonde son comportement sur des principes commerciaux› (message LCart, p. 564). Cette dernière doit pouvoir démontrer que des considérations commerciales légitimes (legitimate business reasons) justifient son action et que les conditions d'affaires qu'elle applique ne s'éloignent pas essentiellement de celles qui prévaudraient sur un marché où régnerait la concurrence efficace […]».[828]

Die Unterstreichung der *«Objektivität»* von Rechtfertigungsgründen deutet an, dass deren Anzahl höher sein könnte, als es die blosse Anerkennung von betriebswirtschaftlichen Gründen vermuten lässt.

172 Dieses ursprüngliche Verständnis der Rechtfertigungsordnung von Art. 7 wurde von der WEKO in einer zweiten Phase ihrer Praxis mit einer weiteren Kategorie von *legitimate business reasons* fortentwickelt, nämlich mit derjenigen von

wettbewerbstheoretisch fundierten Rechtfertigungsgründen. Wichtig in dieser Hinsicht war zunächst ihr Entscheid *TicketCorner*:

> «[Es] muss […] beachtet werden, dass es nicht Sinn der Wettbewerbspolitik ist, den Einsatz von Marktmacht zu verbieten: Im System der Marktwirtschaft muss es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen gestattet sein, seine Eigeninteressen zu verfolgen […]».[829]

Diese auf den ersten Blick nicht besonders spektakulären Ausführungen sind deshalb weiterführend, weil sie hervorheben, dass die Rechtfertigungsordnung von Art. 7 der Klärung ihres Verhältnisses zum **marktwirtschaftlichen Modell** der Wirtschaftsverfassung bedarf. Die wiedergegebenen Überlegungen der WEKO lassen zwei Interpretationsvarianten zu: Damit könnte einmal gemeint sein, dass das Verhalten eines solchen Unternehmens solange zulässig ist, als es nur «Marktmacht», nicht aber «Marktbeherrschung» einsetzt.[830] Die WEKO könnte aber auch dahingehend verstanden werden, dass die Verhaltensweisen eines Marktbeherrschers, die dessen Eigeninteressen zu verwirklichen suchen, dann statthaft sind, wenn dadurch *öffentliche Interessen* realisiert werden. Dieser zweiten Lesart ist beizupflichten und zu folgen. Denn in den Ausführungen der WEKO wird impliziert, dass die Rechtfertigung unzulässiger Gebaren eines marktbeherrschenden Unternehmens auch durch den Beweis von anderen als betriebswirtschaftlichen Gründen möglich sein muss (was, *pro memoria*, in dieser Phase des schweizerischen Kartellgesetzes noch ziemlich unklar war). Diese Lektüre der Überlegungen der WEKO [Seite 1176] findet eine gewisse Bestätigung im kurz vorher gefällten Entscheid *TicketCorner*, wo es um die Zulässigkeit einer Exklusivitätsklausel ging: «Die in diesem Fall möglichen Effizienzgewinne sind a) administrative Vereinfachungen, b) Sicherstellung einer angemessenen Ausbildung der Verkäufer und c) Verhinderung von Trittbrettfahrerverhalten (free riding)».[831] Durch diesen Ausführungen scheinen die Konturen einer möglichen dogmatischen Klassifizierung durch, die *legitimate business reasons* in zwei Typen aufzuteilen: (1) in *betriebswirtschaftliche* (kaufmännische) und (2) in *industrieökonomische* Rechtfertigungsgründe (Effizienzgründe).[832]

Definitiv klärte die WEKO diese Frage 2011 in ihrem Entscheid *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, wo festgehalten wird: «Als sachliche Rechtfertigungsgründe kommen zunächst **betriebswirtschaftliche Gründe** (‹kaufmännische Grundsätze›) in Frage».[833] Solche seien gegeben, wenn die Verhaltensweise *objektiv notwendig* sei, d.h. der Wahrnehmung der kommerziellen Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens nicht anders diene, als es dasselbe Verhalten mit demselben Zweck einem Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss tun würde.[834] Als sachliche Gründe kämen weiter auch **industrieökonomische Gründe**, d.h. Effizienzgründe in Frage.[835] Darauf folgt eine über zehnseitige, detaillierte Analyse der sachlichen Rechtfertigungsgründe, die von dem betroffenen Unternehmen vorgebracht wurden.[836] Auf der gleichen Linie befindet sich sodann das Bundesgericht, wenn es im Fall *Publigroupe* festhält, dass sachliche Gründe insbesondere dann vorliegen, «[…] wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z.B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann […]. Andere sachliche Gründe sind etwa veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe […].»[837] Die Ausführungen des Bundesgerichts lassen erkennen, dass sachliche Gründe nicht nur streng verstandene kaufmännische Grundsätze, sondern auch Effizienzgründe, wie z.B. Kosteneinsparungen (produktive Effizienz) oder technische Gründe (dynamische Effizienz) umfassen.[838] Im weiteren Verlauf ihrer Praxis hat sich die WEKO an die soeben dargestellte Zweigliederung der *legitimate business reasons* konstant gehalten.[839] **173**

[Seite 1177] *b) Objektive Rechtfertigungsgründe*

Objektive Rechtfertigungsgründe im vorne in N 171 umschriebenen Sinne können in zwei Typen unterteilt werden.[840] Erstens kommen *betriebswirtschaftliche Gründe* («kaufmännische Grundsätze») in Frage.[841] In diesem Falle ist eine **174**

missbrauchsverdächtige Verhaltensweise durch objektive Notwendigkeit gerechtfertigt, d.h. durch Umstände, die aus dem **externen Wirkungsfeld** des marktbeherrschenden Unternehmens stammen.[842] «Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde».[843] Mit diesem (grundsätzlich zu vermeidenden, weil für Fehlschlüsse anfälligen[844]) Satz ist gemeint, dass diese externen Faktoren für *alle Unternehmen* auf dem Markt (und nicht bloss für den Marktbeherrscher) gelten. Im europäischen Recht werden als Beispiele für solche Faktoren *Sicherheits-* oder *Gesundheitsgründe* genannt.[845] Im Einzelnen lautet der Test der objektiven Notwendigkeit, ob ohne die inkriminierte Verhaltensweise die zur Diskussion stehenden Produkte oder Dienstleistungen nicht erzeugt oder vertrieben würden. Grundsätzlich ist in diesem Zusammenhang von einem *strengen* Erforderlichkeitsmassstab auszugehen. Es kann nämlich nicht Aufgabe des marktbeherrschenden Unternehmens sein, Produkte oder Dienstleistungen, die es (zu Recht oder zu Unrecht) für sicherheitsbedrohend, gesundheitsschädlich usw. hält, vom Markt zu eliminieren (z.B. kann ein marktbeherrschender Produzent von Bolzenschussgeräten seine Geschäftspolitik, den Kauf der Geräte an die Voraussetzung zu knüpfen, dass zugleich auch die von ihm hergestellten Bolzen erworben werden, nicht mit Verbrauchssicherheitsmotiven rechtfertigen).[846] Solche subjektiven Einschätzungen sind für eine Rechtfertigung unzureichend.

175 Der zweite Typus von objektiven Rechtfertigungsgründen stellen legitime Bemühungen des marktbeherrschenden Unternehmens dar, seine *kommerziellen Interessen* zu schützen (sog. *meeting competition defence*).[847] Es handelt sich dabei insofern um **unternehmensinterne Umstände**, als es immer um geschäftsstrategiebedingte *loss minimizing reac* [Seite 1178] *tions* geht.[848] In der europäischen Rechtsprechung ist seit längerer Zeit anerkannt, dass es auch einem marktbeherrschenden Unternehmen offen steht, Massnahmen eines Konkurrenten, die für seine eigenen Geschäfte nachteilig sind, mit Gegenmassnahmen zu begegnen.[849] Meistens wird sich die Frage nach der *meeting competition defence* in Fällen von Preisunterbietungen stellen (s. N 417 ff.). Aber darauf ist sie nicht beschränkt.[850] Sie kann auch relevant werden, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen eigene Zulieferer oder Abnehmer massregelt, weil diese mit einem Konkurrenten kooperieren, der diese für sich zu gewinnen versucht.[851]

c) Effizienzgründe

176 Lässt sich dartun, dass ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens Effizienzen erzeugt, die ihre *Sozialkosten wettmachen* oder *überbieten*, so entspricht die Nettowirkung einer derartigen Verhaltensweise dem Ergebnis, das vom Wettbewerb erhofft wird (nämlich der Begünstigung der Verbraucher bzw. ihrer Wohlfahrt durch vorteilhaftere Produkte oder Dienstleistungen; s. N 111, 114 ff.), aber im konkreten Fall nicht eingetreten ist und eine (zumindest temporäre) Unvollkommenheit des Marktprozesses vermuten lässt.[852] Kontrovers sind die *Modalitäten* dieser Lehre. Die Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission verlangt für die Anerkennungsfähigkeit eines Effizienzgrundes, dass die **Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV** erfüllt sind.[853] Danach müssen die Effizienzvorteile (1) Ergebnis des fraglichen Verhaltens sein, (2) mit wettbewerbsschonenderen Mitteln nicht zu erreichen sein und (3) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb bzw. auf die Konsumentenwohlfahrt aufwiegen; schliesslich (4) darf das fragliche Verhalten den (künftigen) Wettbewerb nicht beseitigen.[854] Der EuGH hat dieses Prinzip in den Urteilen *TeliaSonera, Post Danmark I* und *II* anerkannt.[855] In der europäischen Diskussion sind diese Voraussetzungen auf Kritik gestossen, vor allem, weil sie, so die Gegenargumente, auf die Missbrauchsaufsicht nicht zugeschnitten seien und wegen ihren hohen

Anforderungen oft auf eine *probatio diabolica* hinauslaufen würden.[856] Die Frage braucht vorliegend nicht weiter verhandelt zu werden, da die Praxis der WEKO in diesem Punkt klar und deutlich ist:

177 Im Hinblick auf Art. 7 stellt sich die Frage, ob eine Effizienzrechtfertigung ebenfalls die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zu erfüllen hat. Das entspräche der Logik [Seite 1179] des *autonomen Nachvollzugs der europäischen Wettbewerbsregeln*, den der Gesetzgeber beabsichtigt hat (s. N 40 ff.). Es liesse sich freilich ebenfalls argumentieren, dass für die schweizerische Missbrauchskontrolle Art. 5 Abs. 2 einschlägig sei, da sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung dieser Bestimmung nicht vollständig an das Modell von Art. 101 Abs. 3 AEUV gehalten und bekanntlich die vierte unionsrechtliche Freistellungsvoraussetzung der «angemessenen Beteiligung der Verbraucher an den [sc. aus der Vereinbarung] entstehenden Gewinn»[857]. Die WEKO hat in den Entscheiden *Sport im Pay-TV*[858] sowie *Vorsorgliche Massnahmen Eishockey im Pay-TV*[859] eine unzweideutige Wahl getroffen und sich für den **europakompatiblen Weg** entschieden (s. N 40 ff.), was insofern konsequent ist, als «sachliche Gründe» für eine Abweichung von der europarechtskonformen Auslegung im vorliegenden Zusammenhang inexistent sind (s. N 51 ff.). In den Worten der WEKO gelten demnach folgende Voraussetzungen für rechtfertigende Effizienzgründe:

> «i. Die Effizienzvorteile wurden bzw. werden wahrscheinlich als Ergebnis des fraglichen Verhaltens erzielt. Hierzu zählen unter anderem technische Verbesserungen zur Qualitätssteigerung und Kostensenkungen in Herstellung oder Vertrieb; […] ii. Das Verhalten ist für das Erreichen der Effizienzvorteile unverzichtbar: es dürfen keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Alternativen zu dem betreffenden Verhalten bestehen, mit denen dieselben Effizienzvorteile erzielt werden können; […] iii. Die durch das Verhalten herbeigeführten Effizienzvorteile wiegen etwaige negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und das *Verbraucherwohl auf den betroffenen Märkten* auf; […] iv. Durch das Verhalten wird der wirksame Wettbewerb nicht ausgeschaltet, indem alle bzw. fast alle bestehenden Quellen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerbs zum Versiegen gebracht werden».[860]

In den Entscheidgründen wird nicht angegeben, aus welchen Überlegungen die WEKO diese Lösung gewählt hat. Man kann in diesem Punkt gegenwärtig nur spekulieren. Wir ziehen es in diesem Punkt vor, künftige Verfügungen dieser Behörde in der Hoffnung abzuwarten, diese würde irgendwann die noch ausstehenden Gründe für diese Wahl selber nachliefern.[861]

[Seite 1180] *d) Verhältnismässigkeit*

178 Sämtliche legitimate business reasons müssen dem Grundsatz der Proportionalität genügen (was sich nunmehr für Effizienzgründe unmittelbar aus der soeben geschilderten Übernahme der europäischen Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV ergibt; s. N 77).[862] Nur wenige Autoren haben sich bislang mit diesem Grundsatz und seiner Funktion im Gefüge des Tatbestandes von Art. 7 ausführlich auseinandergesetzt.[863] Klar ist aber, dass der Untersuchungsrahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht einfach unbesehen aus dem öffentlichen Recht übernommen werden kann.[864] Vielmehr muss dieser an die Struktur und Ausgestaltung der Missbrauchsanalyse angepasst werden. Dieses Erfordernis betrifft den Untersuchungsgegenstand des **öffentlichen Interesses**, der bei dieser Analyse bereits (vertieft) im Rahmen des Eingriffskriteriums (s. N 172) geprüft wird. Damit entfällt in der Verhältnismässigkeitsprüfung von Art. 7 das Kriterium der Zumutbarkeit bzw. der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne.[865] Das marktbeherrschende Unternehmen muss mithin in seinem Rechtfertigungsvortrag nur (aber immerhin) die Gebote der Geeignetheit und der Unerlässlichkeit thematisieren.

179 **Geeignetheit** ist dann gegeben, wenn die fragliche Verhaltensweise das richtige Mittel zur Erreichung des Ziels darstellt, das entweder mit einer Strategie zur Verwirklichung unternehmensexterner Anliegen (sog. objektive Notwendigkeit; s. N

171), mit der *meeting competition defence* (s. N 175) oder mit effizienzsteigerndem Verhalten (s. N 176 f.) verfolgt wird.[866] Im Falle der objektiven Rechtfertigungsgründe muss das Prüfungsthema situativ und punktuell definiert werden, d.h. nach Massgabe der konkreten Umstände des Einzelfalles.[867] Bei Effizienzgründen ist nicht bloss zu untersuchen, ob die inkriminierte Verhaltensweise Effizienzen generiert (was einen kausalen Bezug zwischen beiden impliziert; s.a. N 176), sondern auch, ob die dritte in N 176 von der WEKO verlangte Voraussetzung solcher Gründe erfüllt ist, d.h. ob die tatsächlichen oder voraussichtlich negativen Auswirkungen der Wettbewerbsverfälschung mindestens ausgeglichen werden. Denn nur in diesem Fall kann von einer *realen* Rechtfertigung die Rede sein.

180 Das Gebot der **Unerlässlichkeit** fordert, dass die objektiven Rechtfertigungsgründe bzw. die Effizienzgewinne nicht durch eine Verhaltensweise realisiert werden, die zu ihrer Verwirklichung nicht absolut notwendig ist. M.a.W. darf keine *wettbewerbsschonendere* Strategie existieren, die ebenso gut wie das konkret vom Marktbeherrscher gewählte Verhalten die Rechtfertigungsgründe hätte realisieren können.[868] Werden Effizienzgewinne erzielt, die *ausschliesslich* beim Marktbeherrscher *«verbleiben»*, ist die Verhaltensweise nicht geeignet, negative Auswirkungen auf die Konsumentenwohlfahrt aufzuwiegen [Seite 1181] (was in der Praxis der WEKO gemäss dem unionsrechtlichen Gebot der «angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung» i.S.v. Art. 101 Abs. 3 AEUV beurteilt wird[869]). Verstreicht Zeit, bis sich die Effizienzgewinne realisieren lassen, sehen sich die Konsumenten vorerst allein mit den negativen Auswirkungen der machtgestützten Verhaltensweisen konfrontiert. Das schliesst eine Rechtfertigung nicht aus. Um so gewichtiger müssen dann allerdings zeitlich verschobene Effizienzsteigerungen sein, damit die vorherigen Konsumentenwohlfahrtsverluste wettgemacht werden.

II. Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)

1. Allgemeines

181 Im Prinzip ist es jedem Unternehmen gestattet, Geschäftsbeziehungen mit Handelspartnern im Rahmen von Art. 19 f. OR nach freier Wahl einzugehen, zu unterhalten und (nach Massgabe der anwendbaren Kündigungsvorschriften) zu beenden.[870] Nicht anders als jenen Unternehmen, die auf dem Markt entweder überhaupt *keine* oder nur *einfache* Marktmacht innehaben und deshalb von Art. 4 Abs. 2 nicht erfasst werden,[871] steht die wirtschaftsverfassungsrechtlich garantierte **Vertragsfreiheit** (Art. 10, 13 und 27 BV) auch Unternehmen mit *qualifizierter* Marktmacht zu.[872] Art. 7 Abs. 2 lit. a schafft von diesem Prinzip *Ausnahmen*, wenn marktbeherrschende Unternehmen (unter noch näher zu definierenden Voraussetzungen; s. N 215) sich weigern, mit Dritten in Geschäftsbeziehung zu treten bzw. zu bleiben oder unterbrochene Geschäftsbeziehungen wieder aufzunehmen.[873] Diese Bestimmung hat eine Fallgruppe des Missbrauchs im kartellgesetzlichen Sinne zum Gegenstand, die sämtliche Verhaltensweisen umfasst, kraft welcher ein Marktbeherrscher anderen Unternehmen den *Zugang* zu einem *von ihm kontrollierten Gut verweigert*, das für die Tätigkeit auf einem dem beherrschten *vor-* oder *nachgelagerten* Markt *objektiv notwendig* ist (s. N 287 ff.).[874] Aus dieser Beschreibung geht hervor, dass die Geschäftsverweigerung gemäss lit. a entweder in der Form einer wettbewerbswidrigen *horizontalen* oder *vertikalen Marktverschliessung* erfolgt (s. N 187 ff.). Sie kann dementsprechend (also aus strukturellen Gründen) nie als *Behinderungsmissbrauch* in dem in N 180 definierten Sinne in Erscheinung treten; das bedeutet konkret, dass sie Rivalen des marktbeherrschenden Unternehmens nicht *unmittelbar zu treffen* vermag und immer den Umweg über zwei verbundene Märkte braucht, um dieses Ziel zu erreichen.

182 Dieser Abriss des Regelungsgegenstandes von Art. 7 Abs. 2 lit. a lässt erkennen, dass sich die Geschäftsverweigerung (*refus d'entretenir des relations commerciales*; *rifiuto di* [Seite 1182] *relazioni commerciali*; *refusal to deal*) als **Verdrängungsmissbrauch**

ausnimmt (s. N 79 ff.).[875] Diese Feststellung wirft die Frage auf, warum diese Verhaltensweise vom Gesetzgeber nicht unter lit. e eingeordnet wurde, welche die *Grundnorm* des missbräuchlichen *Verdrängungsverhaltens* darstellt (s. N 624 ff.). Die Antwort lautet: Lit. a *kollidiert* mit dem Rechtsinstitut der *Vertragsfreiheit* (als Bestandteil der individuell-grundrechtlichen Teilschicht der *Wirtschaftsfreiheit* von Art. 27 BV[876]). Wegen diesem Konflikt eignen sich Untersuchungs- und Missbrauchsstandards (s. N 147 ff.) von lit. e für die Missbrauchskontrolle der Geschäftsverweigerung nicht, um besagter Kollision in der Sache gerecht zu werden. Denn der in Frage stehende institutionelle Konflikt ist wirtschafts(-verfassungs-) rechtlich *fundamentalen* Charakters: In einer marktwirtschaftlichen Ordnung bildet die Vertragsfreiheit eine *konstitutive* und mithin unerlässliche Voraussetzung der Entstehung und Fortsetzung von Märkten. M.a.W. verlangt wirksamer Wettbewerb als eine der Bedingungen seiner Genese und Evolution die Gewährleistung kontraktueller Freiheit. Dementsprechend bedürfen Untersuchungs- und Missbrauchsstandards (s. N 119 ff.) von Art. 7 Abs. 2 lit. a einer besonderen Ausgestaltung, die auf die Konfliktslage mit dieser Freiheit ausgerichtet ist und ihren Ausdruck im Tatbestandsmerkmal «Wettbewerbsbeeinträchtigung» (Merkmal III; s. N 225 ff.) findet. Insofern muss lit. a als *lex specialis* des allgemeinen Verdrängungsverhaltensrechts von Art. 7 Abs. 2 lit. e betrachtet werden. Diese Vorschrift grenzt sich somit vom europäischen Wettbewerbsrecht ab, das die Geschäftsverweigerung unter Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV – das Pendant zu lit. e – beurteilt.[877] Der Kontrolle des *refusal to deal* in der Union tut diese Feststellung freilich keinen Abbruch, da der Rechtsanwendungsstil der Kommission, des EuG und des EuGH im Hinblick auf Art. 102 Abs. 2 AEUV *weit weniger tatbestandsbezogen* und mit Blick auf Untersuchungs- und Missbrauchsstandards *flexibler* ist als die Praxis der schweizerischen Kartellrechtsinstanzen, die dazu tendieren, sich enger an den Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. a–f zu halten (s. N 181 ff., 268 ff., 351 ff., 417 ff., 624 ff., 674 ff.).

183 Unter dem **Begriff** der Geschäftsverweigerung werden sowohl der Abbruch sowie die Einschränkung von Geschäftsbeziehungen mit Handelspartnern (s. N 192) als auch die Weigerung, neue Geschäftsbeziehungen mit potenziellen Handelspartnern aufzunehmen (s. N 191), verstanden.[878] Ferner fallen nach gegenwärtig herrschender Lehre und Rechtsprechung auch weitere Verhaltensweisen unter Art. 7 Abs. 2 lit. a, die im Zusammenhang mit Fragen des Zugangs zu sog. wesentlichen Einrichtungen (s. N 248 ff.), wie etwa Brücken, Häfen oder Tunnels, natürliche Monopole, Versorgungsnetzwerke (z.B. Telekommunikation, Gas, Elektrizität, Wasser usw.), Ausschliesslichkeitsrechte (meistens des geistigen Eigentums; s. N 209 ff.) und technologisch bedingte Kontrollen von unkörperlichen Gütern (s. N 261) stehen.[879] Als problematisch wird zumal – in den aufschlussreichen Worten des Sekretariats – die Situation empfunden, «[…] wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf dem ‹nachgelagerten› Markt mit dem Nachfrager konkurriert, dem es die Lieferung eines Inputs oder den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung verweigert. Der Begriff ‹nachgelagerter Markt› bezeichnet den Markt, auf dem eine Ware oder Dienstleistung angeboten wird, für deren Produktion bzw. Erbringung der verweigerte Input oder die nicht zugängliche wesentliche Einrichtung benötigt wird».[880] Dieses [Seite 1183] Problem der sog. *essential facilities* ist weit davon entfernt, einen Lösungskonsens in Lehre und Praxis gefunden zu haben, und wird in N 248 ff. näher behandelt.

184 Das klassische *remedy* zur Wiederherstellung eines von Geschäftsverweigerungen beeinträchtigten Wettbewerbs ist der **Kontrahierungszwang**. Der hauptsächliche Zweck dieser behördlich oder gerichtlich verfügten Verpflichtung des Marktbeherrschers, Geschäftsbeziehungen mit einem wettbewerbswidrig benachteiligten Unternehmen zu unterhalten, besteht darin, wenigstens für eine gewisse Zeit den Wettbewerb auf dem beherrschten Markt oder auf vor- bzw. nachgelagerten Märkten wiederherzustellen oder anzukurbeln.[881] Diese Massnahme kann und darf allerdings *keine Dauerlösung* sein. Eine derartige Intervention tendiert auf lange Frist dazu, die Anreize für Investitionen zu beeinträchtigen, welche die

Triebfedern der Produktion und Innovation bilden und einen wesentlichen Faktor für einen dynamischen Wettbewerb darstellen.[882] Weiss ein Unternehmen, dass es damit rechnen muss, Geschäftsbeziehungen mit missliebigen Konkurrenten langfristig oder unbefristet unterhalten zu müssen, besteht das Risiko, dass es ganz oder mindestens teilweise auf Investitionen verzichtet. Im Übrigen könnten seine Wettbewerber versucht sein, eine parasitäre Strategie zu fahren, indem sie sich langfristig auf die Investitionen des marktbeherrschenden Unternehmens verlassen. Es ist deshalb angebracht, die positiven Auswirkungen (Wettbewerbsschutz) den negativen Folgen (Produktions- und Innovationshemmung) gegenüberzustellen, welche die Verpflichtung zur Unterhaltung von Geschäftsbeziehungen zeitigt.[883] Es muss allerdings hervorgehoben werden, dass in gewissen, ganz spezifischen Konstellationen eine Lieferpflicht die Investitions- und Innovationsanreize des Eigentümers des Inputs auf dem vor- oder nachgelagerten Markt nicht reduzieren, z. B., wenn das inkriminierte Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung «im Schutze von Sonder- oder Exklusivrechten oder mit Hilfe staatlicher Mittel erworben hat».[884] Im Ergebnis sollte also eine Kontrahierungspflicht, die auf Art. 7 Abs. 2 lit. a gründet, nie ohne eine ausführliche Analyse der konkreten Umstände des Einzelfalles auferlegt werden. Es bedarf m.a.W. in diesen Fällen stets einer Untersuchung auf der Basis des wirkungsbasierten Ansatzes (und nicht des *«form-based» approach*; s. N 127 ff.). Dieses Gebot sollte wegen dem marktwirtschaftlichen Stellenwert und den Eigenheiten der Vertragsfreiheit richtiger Auffassung nach sogar *generalisiert* werden: Die Gegebenheiten, die dazu führen, die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen als missbräuchlich zu werten, hängen stets weitgehend vom faktischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext des jeweiligen Einzelfalles ab.[885] Das Sekretariat und die WEKO sollten deshalb ihre gegenwärtig noch stark verhaltensorientierte Praxis (s. N 127) überdenken.

2. Entstehungsgeschichte

185 Art. 7 Abs. 2 lit. a entspricht einerseits Art. 6 Abs. 2 lit. a KG 85, der die Lieferverweigerung (Liefersperre) betraf, und andererseits Art. 6 Abs. 2 lit. b KG 85, der spiegelbildlich die Geschäftsverweigerung (Bezugssperre) erfasste. Daraus geht hervor, dass der gel [Seite 1184] tende Art. 7 Abs. 2 lit. a aus parlamentarischer Sicht sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite anwendbar sein sollte.[886] Darüber hinaus vereinigt Art. 7 Abs. 2 lit. a zwei Tatbestände, die im Vorentwurf in zwei getrennten Normen untergebracht waren: Zum einen in Art. 22 Abs. 2 lit. b VE, der die Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen mit potenziellen Kunden umfasste, und zum anderen in Art. 22 Abs. 2 lit. c VE, der dem Unterbruch der Geschäftsbeziehungen mit aktuellen Geschäftspartnern ohne Einhaltung einer angemessenen Übergangsfrist gewidmet war.[887]

3. Verhaltenstypologie

186 (1) Die von Art. 7 Abs. 2 lit. a erfassten Verhaltensweisen können einmal nach Massgabe des **Kriteriums des Marktes**, auf welchem das von der Geschäftsverweigerung betroffene Unternehmen tätig ist, auseinandergehalten werden.[888] Dieses Abgrenzungskriterium gründet auf der Unterscheidung zwischen wettbewerbswidriger horizontaler und vertikaler *Marktverschliessung (horizontal /vertical foreclosure)*, das in grundsätzlicher Weise an anderer Stelle dargestellt wird (s. N 82 und 83).[889] Vorliegend seien folgende Punkte präzisiert:

187 Eine **horizontale Marktverschliessung** liegt vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen (A) den Zugang eines Konkurrenten (B) zu einem Handelspartner (Z) erschwert oder verunmöglicht.[890] Hier richtet sich das verdrängende Verhalten des Marktbeherrschers gegen ein Unternehmen auf dem beherrschten Markt:[891]

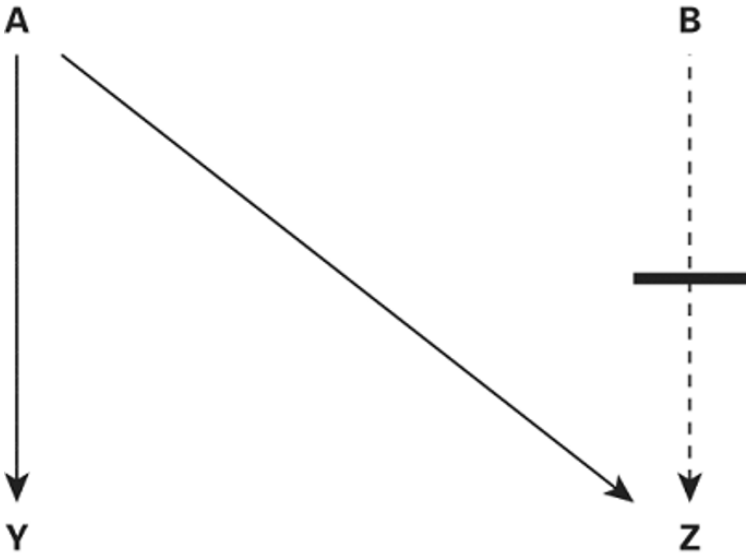

Fig. 2: Horizontal foreclosure

188

[Seite 1185] Demgegenüber ist von **vertikaler Marktverschliessung** die Rede, wenn der Marktbeherrscher (A) ein Unternehmen (Z) auf einem vor- oder nachgelagerten Markt behindert oder dessen Marktaustritt verursacht. Hier richtet sich das verdrängende Verhalten des Marktbeherrschers gegen ein *upstream* oder *downstream* Unternehmen. Weigert sich das marktbeherrschende Unternehmen, Produkte oder Dienstleistungen von Zulieferern auf einem vorgelagerten Markt zu beziehen, spricht man von *Bezugssperre*; diese besteht i.d.R. darin, dass das nachfragemächtige Unternehmen einem Anbieter den Zugang zu seinem Vertriebssystem verweigert.[892] Wirbt das behinderte Unternehmen demgegenüber auf einem nachgelagerten Markt, stellt die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen für das marktbeherrschende Unternehmen eine Strategie dar, um seine Marktmacht vertikal auszudehnen *(leverage effect)*, indem *downstream* Konkurrenten verdrängt werden oder potenziellen Konkurrenten der Marktzutritt erschwert wird.[893] Man spricht in diesem Fall von *Liefersperre*. Der wettbewerbsbeeinträchtigende Effekt des Verdrängungsverhaltens wird in dieser Konstellation regelmässig verschärft, wenn der Marktbeherrscher vertikal integriert ist bzw. auf dem vor- oder nachgelagerten Markt durch eine Tochtergesellschaft (Ya) tätig ist.[894]

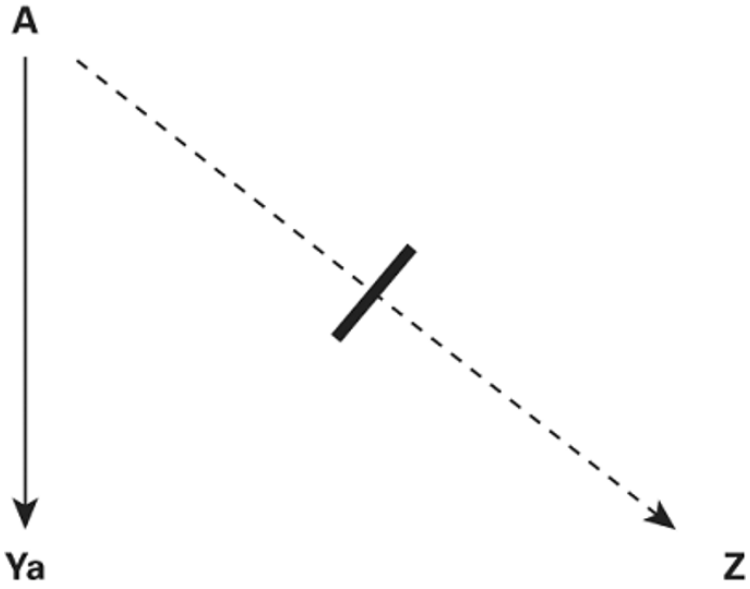

Fig. 3: Vertical foreclosure

189

[Seite 1186] Während man die erste Konstellation rechtstatsächlich eher **selten** antrifft, ist die zweite **weitverbreitet**.[895]

(2) Mit Hilfe des **Kriteriums der Geschäftsbeziehung** zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und dem von der Geschäftsverweigerung Betroffenen können folgende Falltypen auseinandergehalten werden[896]: **190**

(a) Die **de novo Lieferverweigerung**: Darunter versteht man die *erstmalige Nichtaufnahme* von Geschäftsbeziehungen des Marktbeherrschers mit einem bzw. mehreren Unternehmen. Indem das Unternehmen in beherrschender Stellung die Aufnahme der anbegehrten Geschäftsbeziehung verweigert oder nur beschränkt zulässt, verhindert oder erschwert es dem potenziellen Konkurrenten in der Regel den Marktzugang. **191**

(b) Die **Beendigung einer bestehenden Lieferbeziehung**: Spiegelbildlich ist es denkbar, dass vorbestehende Handelsbeziehungen existieren. In diesem Fall kann das marktmächtige Unternehmen die Geschäftsbeziehung entweder beenden oder einschränken und bewirkt so eine Wettbewerbsbeschränkung oder den Marktausschluss von aktuellen Konkurrenten.[897] **192**

(3) Knüpft man am **Kriterium des Gegenstands** der Geschäftsverweigerung an, lassen sich folgende Falltypen auseinanderhalten:[898] **193**

(a) Wenn dieser Gegenstand ein kommerzielles körperliches **Produkt** oder eine vermarktete **Dienstleistung** ist, hat man es wohl mit dem von Art. 7 Abs. 2 lit. a ursprünglich primär anvisierten Fall zu tun (s. N 213 ff.).[899] **194**

(b) Lehre und Praxis knüpfen sodann regelmässig am Unterscheidungsmerkmal der sog. **wesentlichen Infrastruktur** bzw. **Einrichtung** an (oft auch mit dem angelsächsischen Begriff *«essential facility»* bezeichnet). Sie erblicken das Besondere an diesem gegenstandsbezogenen Kriterium darin, dass sich die marktbeherrschende Stellung nicht aus hohen Marktanteilen erwachse, sondern aus der *Einmaligkeit* besagter Infrastrukturen oder Einrichtungen, die der Marktbeherrscher innehält. Denn der Zugang zu solchen Infrastrukturen/Einrichtungen – so die Argumentation weiter – sei für *upstream* oder *downstream* Unternehmen unerlässlich, um auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig zu sein (s. N 219 ff.).[900] **195**

(c) Wenn der Gegenstand der Verweigerung ein **Recht des geistigen Eigentums** ist, hat man es zunächst einmal mit der perennierenden Frage des Verhältnisses von Kartell- und [Seite 1187] Immaterialgüterrecht zu tun.[901] Die seit jeher kontroverse und stets noch ungelöste Frage ist bekanntlich, ob der Gesetzgeber allfällige Beeinträchtigungen des Wettbewerbs insofern in Kauf genommen hat, als er mit dem geistigen Eigentum Ausschliesslichkeitspositionen gewähren wollte, die sich dysfunktional auf den Wettbewerb auswirken können (oder sogar sollen), um die Innovation zu fördern.[902] Dem Immaterialgüterrecht liegt die Vorstellung zugrunde, dass es wohlfahrtssteigernd sein könne, wenn Innovation durch die Aussicht auf Erlangung von absoluten subjektiven Rechten oder mit ähnlich wirkenden Rechtspositionen angespornt werde. Wie geistiges Eigentum kartellrechtlich zu behandeln ist, bildet Gegenstand diverser Kontroversen (s. N 209 ff.).[903] **196**

(d) Wenn **Schnittstelleninformationen** den fraglichen Gegenstand bilden, besteht die Schwierigkeit des Falles darin, dass im Allgemeinen die Verweigerung der Informationsoffenlegung den Zugang zu vernetzten Kommunikationsnetzen erschwert oder verunmöglicht, was weitreichende Dominoeffekte generieren kann.[904] Oder anders gewendet: Ohne Zugang zu diesen Informationen können Unternehmen, die auf dem vor- oder nachgelagerten Markt tätig sind, keine (heute eigentlich fast nur noch digitalen) Güter anbieten, die mit denen des Marktbeherrschers kompatibel sind. Dieselben Fragen werden inzwischen auch von technologisch (d.h. rein faktisch) geschützten Informationen aufgeworfen (s. N 261). **197**

198

(4) Schliesslich kann noch auf das **Kriterium des Verursachers** der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen abgestellt werden, um zwischen folgenden Falltypen zu differenzieren:

(a) Die Geschäftsbeziehung kann von einem **marktbeherrschenden Unternehmen** oder von mehreren Unternehmen mit kollektiver Marktbeherrschung verweigert werden.[905] Auf diesen Normalfall findet Art. 7 Abs. 2 lit. a uneingeschränkt Anwendung. **199**

(b) Eine Verweigerung der Geschäftsbeziehung durch einen **Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens** kann das Ergebnis einer Abrede zwischen marktbeherrschendem Unternehmen und einem (oder mehrerer) seiner Handelspartner sein. *In casu* sind sowohl Art. 7 Abs. 2 lit. a als auch Art. 5 anwendbar.[906] **200**

4. Fallgruppenrelationen

Die Abgrenzung zwischen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen und anderen Typen der missbräuchlichen Verhaltensweise ist zuweilen schwierig, weil die **nämliche Verhaltensweise** sehr **verschiedenartige Auswirkungen** auf den Wettbewerb zeitigen und deshalb – je nach Blickwinkel – auf unterschiedliche Arten qualifiziert werden kann. M.a.W. kann ein und dieselbe Verhaltensweise Ausdruck verschiedener Beispiele sein, die im Katalog von Art. 7 Abs. 2 enthalten sind:[907] **201**

[Seite 1188] (1) Im Falle der **geschäftsverweigernden Diskriminierung von Handelspartnern** mit Blick auf Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a und b) weigert sich das marktbeherrschende Unternehmen, mit gewissen Unternehmen Verträge abzuschliessen, obwohl es mit vergleichbaren Unternehmen Handelsbeziehungen unterhält. Eine diskriminierende Weigerung, neue Geschäftsbeziehungen aufzunehmen, ist ebenso denkbar wie ein diskriminierender Unterbruch oder eine diskriminierende Beschränkung einer bestehenden Geschäftsbeziehung.[908] Einem Teil der Lehre zufolge verlangt eine Diskriminierung nach Art. 7 Abs. 2 lit. b einen Vertragsschluss, sodass eine «bewirkte» Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (s. N 67) nach dieser Bestimmung nicht tatbestandsmässig wäre.[909] Diese Auffassung ist abzulehnen, weil sie das Gefahr läuft, dahingehend missverstanden zu werden, dass sie einer Rangfolge der Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 das Wort redet. Eine solche Rangfolge gibt es nicht. Jede Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens muss nach dem Massstab der Tatbestandsmerkmale behandelt werden, die sie faktisch erfüllt. Gemäss einer anderen Meinung, der sich die WEKO[910] sowie das Sekretariat der WEKO[911] angeschlossen zu haben scheinen und die Zustimmung verdient, kann die diskriminierende Weigerung, einen Vertrag einzugehen, die Wettbewerbsbedingungen zwischen dem von der Geschäftsverweigerung Betroffenen und dessen Wettbewerber verfälschen, sodass dieses Verhalten bereits vor Vertragsschluss unter Art. 7 Abs. 2 lit. b fällt.[912] Eine andere Frage im Verhältnis zwischen lit. a und lit. b ist, inwiefern von Bedeutung ist, ob das beherrschende Unternehmen *vertikal integriert* ist oder nicht (s. N 544). GOHARI hat trefflich bemerkt, dass diese Eigenschaft für den Tatbestand von lit. a nicht konstitutiv ist: **202**

> «Nicht begriffsnotwendig ist es, dass das marktbeherrschende Unternehmen vertikal integriert ist. […] Eine vertikale Integration wird zwar in der überwiegenden Mehrheit der Fälle gegeben sein, doch können kartellrechtlich relevante Effekte auf vor- oder nachgelagerten Märkten auch beim Fehlen jeglicher Aktivitäten des marktbeherrschenden Unternehmens auf diesen Märkten vorliegen […]».[913]

Richtiger Auffassung nach werden deshalb *nichtpreisliche* Missbrauchssachverhalte, die vertikal integrierten Marktbeherrschern zuzurechnen sind, von Art. 7 Abs. 2 lit. e erfasst (s. N 624 ff.), während solche *nichtpreislichen* Charakters ihrerseits unter lit. d zu subsumieren sind (s. N 417).[914]

203

(2) Die **geschäftsverweigernde Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen** (Art. 7 Abs. 2 lit. a und c) kommt gewissermassen «indirekt» zustande: Im Schulbeispiel kommt die Geschäftsverweigerung entweder als Verweigerung der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen oder als Abbruch bzw. Einschränkung solcher Beziehungen zum Ausdruck. Indessen kann die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbeziehungen – wie etwa systematisch verspätete Lieferungen oder für den Kunden unbezahlbare Preise – *indirekt* oder *faktisch* auf eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hinauslaufen, was im Resultat der Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. a entspricht; dieses Verhalten wird üblicher [Seite 1189] weise als *konstruktive* Verweigerung apostrophiert (s. N 242).[915] Eine solche Geschäftsverweigerung unterscheidet sich von einer direkten dadurch, dass sie nicht ausdrücklich erfolgt, dass sie also kommunikativ ambivalent ist und dementsprechend der Deutung bzw. der Interpretation bedarf. Unter diesen Begriff fallen zumal Ausweichmanöver oder die Auferlegung von unangemessenen Geschäftsbedingungen, wie z.B. das Anbieten von Produkten oder Dienstleistungen zu exzessiv hohen Preisen, die *de facto* auf eine Geschäftsverweigerung hinauslaufen.[916] Ob die Verweigerung direkt oder indirekt ist, macht freilich für die Subsumtion unter die Regeln von Art. 7 Abs. 2 lit. a keinen Unterschied. Wenn trotz Vorliegens unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen eine Geschäftsbeziehung aufgenommen wird, ist Art. 7 Abs. 2 lit. c einschlägig,[917] sonst kommt Art. 7 Abs. 2 lit. a zum Zug.

(3) Die **geschäftsverweigernde Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung** (Art. 7 Abs. 2 lit. a und e) tritt immer dergestalt auf, dass das marktbeherrschende Unternehmen die eigene Erzeugung, den eigenen Absatz bzw. die eigene technische Entwicklung beschränkt. Diese Verknappung führt dann zwangsläufig zur Unfähigkeit, der Nachfrage zu entsprechen.[918] Trifft das zu, ist das fragliche Verhalten grundsätzlich Ausdruck der Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. a, weil lit. e nur (aber immerhin) eine subsidiäre Regel stipuliert (s. N 624). **204**

(4) **Geschäftsverweigernde Koppelungsgeschäfte** (Art. 7 Abs. 2 lit. a und f) können vorliegen, wenn ein Handelspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens nicht gewillt ist, ein Koppelungsgeschäft einzugehen, das als *take-it-or-leave-it* angeboten wird. In diesem Fall kann m.a.W. auch eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a konstruktiv vorhanden sein.[919] Wenn demgegenüber das missbräuchliche Verhalten grundsätzlich nicht den Kunden des Marktbeherrschers hindert, sondern einen Konkurrenten desselben, der das gekoppelte Gut herstellt, muss der Fall im Lichte der Missbrauchsvariante von Art. 7 Abs. 2 lit. f betrachtet werden. Art. 7 Abs. 2 lit. a beschlägt demnach Situationen, in denen das missbräuchliche Verhalten direkt den Geschäftspartner hindert, der zugleich ein Konkurrent des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem vor- oder nachgelagerten Markt ist.[920] **205**

5. Industrieökonomik

a) Allgemeines

Die ökonomische Lehre versteht den *refusal to deal*-Tatbestand des Wettbewerbsrechts in erster Linie als eine Problematik der *Investition wirtschaftlicher Ressourcen* und der *Innovation*.[921] Insofern wird einem Vorschlag in der Lehre zufolge die sog. *essential facili* [Seite 1190] *ties doctrine*,[922] auf die in N 248 ff. eingegangen wird, als **Paradigma von Art. 7 Abs. 2 lit. a** betrachtet[923]. Die Lehre von den *essential facilities* geht nach einem Teil des Schrifttums auf die Entscheidung des Supreme Court i.S. *United States/Terminal Railroad Association*,[924] zurück, auch wenn der *Supreme Court* seither behauptet, diese Doktrin nie angewendet zu haben.[925] Dieser Lehre zufolge kann einem Unternehmen, das einen *input* auf dem Markt *A* kontrolliert, der für die Konkurrenten auf dem vor- oder nachgelagerten Markt *B* unerlässlich ist, befohlen werden, mit jenen Konkurrenten Geschäftsbeziehungen zu **206**

unterhalten, wenn eine Verweigerung solcher Beziehungen zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem Markt *B* führen würde (s. N 248). Auf dieser Basis wird die generelle Problematik der Geschäftsverweigerung – so unterschiedlich ihre einzelnen Varianten auch immer sein mögen – folgendermassen gekennzeichnet: «[O]bliging a firm to give access of a key asset to a rival might have the effect of discouraging investments. Accordingly, such policy should be used only in very specific circumstances.»[926] Im Folgenden geht es darum, diese Problematik dadurch zu erfassen, dass die einzelnen Tatbestandsvarianten voneinander abgegrenzt und begrifflich erschlossen werden.

207 Die Pflicht, Geschäftsbeziehungen einzugehen, nimmt sich keineswegs als eine allgemeine Pflicht aus, die Konkurrenten zu (unter)stützen oder zu schützen.[927] Sie kann nur angeordnet werden, wenn eine Verweigerung der Geschäftsbeziehungen geeignet ist, den Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt erheblich zu beeinträchtigen, weil das betroffene Gut auf diesem Markt eine **unerlässliche Voraussetzung der Wettbewerbsausübung** darstellt. Mit diesem Umstand wird zugleich impliziert, dass die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen die Wettbewerbssituation langfristig verbessert.[928] Vor allem muss darauf geachtet werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen und Dritte nicht davon abgehalten werden, Investitionen zu tätigen, die in Zukunft wohlfahrtssteigernd sein könnten.[929] Allerdings kann der Umstand, dass Dritten Zugang zum Geschäftsverkehr mit dem marktbeherrschenden Unternehmen gewährt wird, wiederum Investitionen zur Folge haben (z.B. von den zugelassenen Dritten). Deshalb hält die Kommission fest: «Enforcement policy towards refusals to supply has to take into account both the effect of having more short-run competition and the possible long-run effects on investment incentives.»[930]

208 Eine **Kontrahierungspflicht** ist, wie in N 184 gesagt, nur unter aussergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt, was allein schon die zahlreichen Einwendungen zeigen, die dagegen ins Feld geführt werden.[931] *In nuce*: (1) Diese Pflicht läuft stets dem Prinzip der Vertragsfreiheit zuwider, einem der fundamentalen Prinzipien der Marktwirtschaft. [Seite 1191] (2) Sie kann die Motivation der Unternehmen, innovativ tätig zu sein, negativ beeinflussen. Dieser Umstand ist deshalb besonders ernst zu nehmen, weil Innovation die wichtigste Quelle für die Konsumentenwohlfahrt darstellt.[932] In der Tat bildet die Aussicht, von einem exklusiven Wettbewerbsvorteil profitieren zu können, oft die Motivation, kostspielige Investitionen zur Erzeugung von Innovation zu tätigen. (3) Die Konsequenz dieser Pflicht, dass mehrere Unternehmen denselben *input* verwenden, kann zur Zementierung eines Monopols des *input*-Herstellers führen, weil die Benutzer des *inputs* zunehmend den Anreiz zur Suche einer Alternative verlieren. (4) Alsdann kann es nach Anordnung einer solchen Pflicht zu einem Schaden der Konsumenten kommen, weil das marktbeherrschende Unternehmen, das über ein unerlässliches *input* verfügt, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt einen Monopolpreis durchsetzen kann. (5) In der Praxis ist es oft schwierig (wenn nicht gar unmöglich), festzustellen, ob ein Gut tatsächlich notwendig (und folglich unabdingbar) ist, oder ob dieses Gut bloss einen Wettbewerbsvorteil für das Unternehmen, das darüber verfügungsbefugt ist, darstellt, weil es gerade den Präferenzen der Konsumenten entspricht.[933]

b) Geistiges Eigentum

209 Die *industrial organization* beschäftigt sich zunehmend mit der Frage, wie Rechte aus geistigem Eigentum sichergestellt und geschützt werden können.[934] Zu dieser Fragestellung gehört auch das Problem, wie es mit der Zulässigkeit der **Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gestützt auf solche Rechte** steht.[935] Ausgangspunkt der Diskussion ist der Umstand, dass sich in der industrialisierten Wissensgesellschaft ein klarer politischer Konsens über den Nutzen von geistigem Eigentum gebildet hat.[936] In diesem Zusammenhang sind insbesondere folgende Erwartungen anerkannt und verbreitet: (1) In zahlreichen Gebieten werden Investitionen nur getätigt, wenn *qua* geistigen Eigentums eine Kontrolle über die

Forschungsergebnisse erlangt werden kann.[937] Innovation ist in diesen Fällen direkt von der Möglichkeit geistigen Eigentums abhängig.[938] (2) Die Schaffung von *incentives* für die Ankurbelung von Innovation kommt nicht darum herum, den Erfindern gewisse Exklusivitäten im Zusammenhang mit der Nutzung ihrer Erfindung zu verleihen.[939] Für das Wettbewerbssystem mildere Mittel sind nicht ersichtlich. (3) Schliesslich ist der Schutz aus geistigem Eigentum nicht absolut, weshalb sich der potenzielle Schaden, der sich daraus für die Marktwirtschaft ergeben kann, in Grenzen hält. Insbesondere ist die zeitliche und sachliche Schutzwirkung beschränkt.[940]

210 Vor diesem Hintergrund fokussiert sich die ökonomische Theorie auf zwei Aspekte:[941] (1) Indem sie Aussichten auf Monopolgewinne eröffnen,[942] **stimulieren Schutzrechte aus geistigem Eigentum Innovation**, welche die soziale Wohlfahrt erhöht.[943] (2) Ande [Seite 1192] rerseits schürt die Tatsache, dass dem Innovator ein Monopol und dadurch zuweilen die Möglichkeit, die Preise zu steigern, gewährt wird, die **Gefahr, dass Wohlfahrtsgewinne vom Konsumenten auf den Produzenten transferiert** werden, was unweigerlich eine Beeinträchtigung der sozialen Wohlfahrt zur Folge hat (sog. *monopoly-loss triangle*).[944] Die Ökonomie differenziert deshalb bei der Analyse von Immaterialgüterrechten zwischen kurz- und langfristiger Betrachtung.[945] Kurzfristig könnten die Konsumenten Vorteile erfahren, wenn Innovation möglichst frei zugänglich wäre, weil alsdann deren Nutzung nahezu kostenfrei erfolgte. Umgekehrt würde der (quasi) freie Zugang zur Innovation den Konsumenten auf lange Sicht tendenziell schädigen, weil die Innovationsrate vor dem Hintergrund dieser Prämisse abnehmen würde. In der Tat sind Forschung und Entwicklung kostspielige Unterfangen, die nur dann rentabel sind, wenn der Investor seine *sunk costs* decken kann.[946] Solches gelingt ihm aber nur, wenn er Preise verlangen kann, welche seine durchschnittlichen Gesamtkosten übersteigen. Zu diesem Zweck braucht er Ausschliesslichkeitsrechte aus geistigem Eigentum, die es ihm erlauben, parasitäres Verhalten bzw. Trittbrettfahren *(free riding)* zu unterbinden.[947] Tatsächlich kann eine Volkswirtschaft nicht nur auf Imitation basieren; früher oder später würde sie stagnieren, weil es an Imitationsopportunitäten fehlte.[948] Aus diesen Überlegungen geht hervor, dass die Verpflichtung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten – die auf dem Gebiet des geistigen Eigentums auf eine Lizenzierungspflicht hinausläuft –, gegenläufige Auswirkungen auf die soziale Wohlfahrt hat:[949] (1) Einerseits dämpft sie auf lange Sicht die Innovationsrate. Es käme alsdann zu einem Rückgang erfinderischer Aktivitäten, was potenziell schädliche Konsequenzen für die soziale Wohlfahrt in sich birgt.[950] Eine Abnahme der Innovation bedeutete zwangsläufig, dass weniger Produkte bzw. Dienstleistungen auf den Markt gelangten.[951] (2) Andererseits kann die Lizenzierungspflicht kurzfristig den Wettbewerb dadurch stärken, dass die Verbraucherwohlfahrt erhöht und der sog. *deadweight loss* minimiert wird, der von der Marktmacht des (lizenzgewährenden) Anbieters herrührt.[952]

211 Es erweist sich als schwierig, die Frage zu beantworten, wie die beiden geschilderten **Auswirkungen** des geistigen Eigentums in **quantitativer Hinsicht gegeneinander zu gewichten** sind, da sich genaue Aussagen weder *ex ante* noch *ex post* treffen lassen.[953] Allerdings kann als Faustregel festgehalten werden, dass sich ein Lizenzzwang in zweierlei Hinsicht tendenziell negativ auf die soziale Wohlfahrt auswirkt:[954] (1) Einmal weisen die einschlägigen Analysen darauf hin, dass sich die Erfinder im Allgemeinen nicht der ganzen Wohlfahrt ihrer Erfindungen bemächtigen, und dass die aus neuen Produkten fliessenden Wohlfahrtsgewinne früher oder später den Konsumenten zufliessen.[955] Insofern wirft die Zwangslizenz soziale Kosten auf, die zumindest teilweise unnötig sind. (2) Sodann kann eine Zwangslizenzierung nicht nur auf lange Sicht, sondern auch kurzfristig zu einer Verminderung der sozialen Wohlfahrt führen, weil dadurch [Seite 1193] der Markteintritt ineffizienter Konkurrenten, die Schrumpfung der Vielfalt angebotener Güter und die Kollusion zwischen Wettbewerbern begünstigt werden.

212

Die **Verpflichtung, eine Lizenz zu erteilen**, kann ausnahmsweise die soziale Wohlfahrt langfristig verbessern, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:[956] (1) Das anbegehrte geistige Eigentum ist einmal notwendig, um den Wettbewerbsprozess einzuleiten oder aufrechtzuerhalten; (2) die Lizenzverweigerung würde alsdann zum Wettbewerbsausschluss führen; (3) diese Verweigerung hindert ferner die Schaffung neuer Güter, für die eine nicht zu vernachlässigende Nachfrage besteht, und (4) die (neuen) Produkte oder Dienstleistungen des Lizenznehmers differenzieren sich in hinreichendem Ausmass von denjenigen des Inhabers der Immaterialgüterrechte. Mit der Erfüllung der Bedingungen (1) und (2) geht im Falle einer Lizenzverweigerung kurzfristig ein spürbarer Verlust sozialer Wohlfahrt einher.[957] Aus der Voraussetzung (3) folgt, dass eine Verweigerung sowohl kurz- als auch längerfristig zu sozialen Kosten führt. Was die Voraussetzung (4) anbelangt, so bewirkt diese, dass die langfristigen Kosten für den Inhaber des geistigen Eigentums moderat bleiben.[958] Die zwei letzten Voraussetzungen (3) und (4) sind deshalb von besonderer Bedeutung, weil ihre Erfüllung zur Folge hat, dass die Gewinne des Inhabers von geistigem Eigentum höher ausfallen, wenn er eine Lizenz gewährt, als wenn er darauf verzichtet. Die Verpflichtung, sein geistiges Eigentum zur Verfügung zu stellen, wird daher im Grundsatz keinen Einfluss auf seine Motivation haben, auch längerfristig Innovationen zu tätigen.[959]

c) Sacheigentum

213 Der allgemeine ökonomische Beweggrund, um **Investitionen in körperliches Eigentum** zu schützen, ist mit der Begründung von Immaterialgüterrechten grundsätzlich identisch.[960] Zunächst eröffnen die Schutzrechte aus körperlichem Eigentum ihrem Inhaber langfristige Ertragsperspektiven, welche die Grenzkosten übersteigen.[961] Diese Schutzrechte bilden den Anreiz für Investitionen, die wiederum essentielle Ursachen für die Steigerung der sozialen Wohlfahrt darstellen.[962] Zwar scheint die Pflicht, Eigentum zu teilen, immer dann nutzbringend zu sein, wenn dadurch ein neues körperliches Gut geschaffen wird (*ex post*-Analyse). Allerdings wohnt einer solchen Pflicht stets das Risiko inne, Investitionen zu schwächen (*ex ante*-Analyse) und so eine bedeutsame Quelle für die Steigerung der sozialen Wohlfahrt versiegen zu lassen (s. N 252).

d) Sozialkostentheoretische Differenzierung von (Un-)Körperlichkeit

214 Aus dem ergangenen Streifzug durch die ökonomische Theorie lassen sich im Sinne einer Zusammenfassung zwei Schlüsse ziehen: (1) Bislang wurde kein rationaler Grund erkannt, um im Rahmen der Fragen, welche die Verpflichtung zur Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen aufwerfen, dem körperlichen und dem geistigen Eigentum eine *verschiedenartige Behandlung* zuteil werden zu lassen,[963] auch wenn aus juristischer Sicht die entsprechenden Regelungen unterschiedliche Rechtsgedanken wider [Seite 1194] spiegeln.[964] (2) **Eingriffe in materielle** und **immaterielle Rechte** sind in aller Regel **sozialkostenträchtig**. Sie sollten nur als *ultima ratio* vorgenommen werden, d.h. nur dann, wenn Gründe des Gemeinwohls sie als unerlässlich erscheinen lassen. Für Art. 7 Abs. 2 lit. a kommt diesem Gebot ein besonderer Stellenwert zu, weil Wettbewerbsbehörden in ihrem Streben, eine «gute Bilanz» vorlegen zu wollen, oft zu einer interventionsfreudigen Haltung neigen.

6. Missbrauchsmerkmale

a) Allgemeines

215 Wie bereits in N 184 erwähnt führt der Bestand einer marktbeherrschenden Stellung nicht *ipso facto* zur Pflicht, mit einer Drittperson zu kontrahieren oder bisherige Geschäftsbeziehungen aufrechtzuerhalten: Es gibt nach Art. 7 keinen Kontrahierungszwang *prima facie*.[965] Darin spiegelt sich der generelle Grundsatz von Art. 7 wider, wonach qualifizierte Marktmacht als solche (Art. 4 Abs. 2) keineswegs

unzulässig ist (s. N 5).[966] Vielmehr muss die Erfüllung der einschlägigen Merkmale – bzw. des Missbrauchsstandards (N 147 ff.) – hinzukommen, die für den Missbrauchstatbestand dieser Bestimmung konstitutiv sind.[967] Um diese Merkmale herauszuschälen, werden nachstehend folgende Fallkonstellationen behandelt: die *Verweigerung*, Geschäftsbeziehungen *aufzunehmen* (sog. Grundtatbestand; N 216 ff.), die *Einstellung* oder die *Einschränkung bestehender* Geschäftsbeziehungen (N 216 ff.), die *Verweigerung zusätzlicher* Geschäftsbeziehungen (N 246 f.), die Verweigerung des Zugangs zu *immaterialgüterrechtlich geschützten* Innovationen (Lizenz oder Offenbarung von Schnittstelleninformationen; N 261) und, als Exkurs, die Geschäftsverweigerung in *Vertriebsnetzen* (N 262). Ein Sonderproblem stellt die Rechtsfigur der sog. *essential facilities doctrine* dar, die von einem Teil der Lehre und vom Bundesgericht als Fall von Art. 7 Abs. 2 lit. a angeschaut wird. Damit setzen wir uns in N 248 ff. auseinander.

b) Grundtatbestand: Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

aa) Allgemeines

216 Neben dem Tatbestand des Vorliegens von Unternehmen (Art. 2) und demjenigen der beherrschenden Stellung des Anbieters auf dem relevanten Produkte- bzw. Dienstleistungsmarkt (Art. 4 Abs. 2) müssen die folgenden **fünf Merkmale** erfüllt sein, damit die Geschäftsverweigerung als missbräuchlich taxiert wird: (1) Die anvisierte Verhaltensweise besteht in der Verweigerung, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten (Merkmal I; N 217); (2) der verweigerte Input ist für die Geschäftstätigkeit des Geschäftspartners *in spe* objektiv notwendig (Merkmal II; N 218 ff.); (3) die Verweigerung zeitigt wettbewerbsverdrängende und die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigende Effekte (Merkmal III; N 225 ff.); (4) zwischen dem verweigernden Verhalten und diesen Effekten muss eine [Seite 1195] Kausalität bestehen (Merkmal IV; N 235); (5) die Verweigerung ist durch keine *«legitimate business reason»* gerechtfertigt (Merkmal V; N 236 ff.).[968]

bb) Merkmal I: Geschäftsverweigerung

217 Damit eine Verhaltensweise von den Regeln des Art. 7 Abs. 2 lit. a erfasst wird, muss das marktbeherrschende Unternehmen die Geschäftsverweigerung dem Geschäftspartner *in spe* **direkt** oder **indirekt kommunizieren** (s. N 203).[969] Die Geschäftsverweigerung ist direkt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen durch kommunikatives Handeln davon absieht, dem entsprechenden Ersuchen eines neuen Handelspartners nachzukommen,[970] sonst ist sie indirekt (bzw. konstruktiv; s. N 205). Eine Weigerung ist selbst dann tatbestandsmässig i.S.v. lit. a, wenn das marktbeherrschende Unternehmen bislang noch nie einen bestimmten Handelspartner auf dem relevanten Markt beliefert hat.[971]

cc) Merkmal II: Objektive Notwendigkeit des Gutes

aaa) Allgemeines

218 Die Verweigerung einer Geschäftsbeziehung muss ein Gut betreffen, welches für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf dem vor- oder nachgelagerten Markt *de iure* oder *de facto* objektiv notwendig ist (s. N 220 ff.).[972] Allerdings ist mit Blick auf das vorliegend behandelte Merkmal II in Doktrin und Praxis der **Objektivitätsgrad der Notwendigkeit des Inputs** nicht unstrittig. Während die herrschende Lehre sowie das Bundesgericht seit geraumer Zeit für das Kriterium der *Unerlässlichkeit* (s. N 220) eintreten, machen sich vereinzelte Autoren[973] und gewisse Entscheide unterer Instanzen[974] für ein *eingriffsfreudigeres* Notwendigkeitsmerkmal stark. Nachstehend wird zunächst der Stand der Diskussion dargestellt (s. N 223), um alsdann zu den existierenden Streitpunkten Stellung zu nehmen und den adäquaten Missbrauchsstandard zu definieren (s. N 224).

[Seite 1196] bbb) Notwendigkeitsgradierungen

Objektive Notwendigkeit im Sinne von lit. a ist nach herrschender Lehre und höchstrichterlicher Rechtsprechung,[975] die im Einklang mit der europäischen Praxis stehen (s. N 223),[976] unter folgenden kumulativ zu erfüllenden **Voraussetzungen** gegeben: **219**

(1) Die **wirtschaftliche Tätigkeit** des Unternehmens, das von einer Geschäftsverweigerung betroffen ist, muss auf dem vor- oder nachgelagerten Markt ohne das in Frage stehende Gut *unzumutbar* sein. Diese Situation ist konkret gemeint, wenn davon die Rede ist, dass der fragliche Input für diese Tätigkeit **unerlässlich** ist. Semantisch ist die Bedeutung des Qualifikativs «unerlässlich» allerdings nicht gänzlich unzweideutig. Deshalb sahen sich Lehre und Praxis genötigt, diesen Ausdruck in gewisse Richtungen hin zu präzisieren, die jetzt näher zu erläutern sind. **220**

(2) Unzumutbarkeit liegt vor, wenn dem Nachfrager eine *Alternativquelle* (als Ausweichmöglichkeit) fehlt, bei der er sich ein Substitut für das fragliche Gut beschaffen könnte. Man spricht in diesem Fall von **objektiver Notwendigkeit** des Gutes. In seiner bisherigen Praxis hat die WEKO diese «Objektivität» mit folgenden Worten spezifiziert: **221**

> «[Objektivität] bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als [sc. objektiv] notwendig anzusehen, wenn es für den nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen […]».[977]

Im Fall *Swisscom; Angebot von Mietleitungen* hat das Sekretariat in diesem Sinne festgehalten, dass die Weigerung der Swisscom, den konkurrierenden Telekommunikationsanbietern weiterhin Kupferkabel im Lokalnetz anzubieten, mangels objektiver Notwendigkeit keinen Missbrauch darstellt, weil die Swisscom immer noch eine andere Dienstleistung anbietet, die zwar ein *unvollkommenes Substitut* zum Kupferkabelzugang ist, die es aber den Konkurrenten erlaubt, die Verbindungen im Lokalnetz sicherzustellen.[978] Der nämliche Schluss drängt sich auf, wenn der Geschäftspartner *in spe* oder jeder andere Konkurrent in der Lage ist, selbst in rechtlich bzw. ökonomisch sinnvoller Weise ein (wenn auch unvollkommenes) Substitut herzustellen.[979]

[Seite 1197] (3) Schliesslich können **technische, regulatorische, wirtschaftliche** oder **sonstige Schranken** bestehen, die es für Konkurrenten (einschliesslich des Nachfragers) aussichtslos erscheinen lassen, die Quelle des fraglichen Inputs zu «duplizieren».[980] Diese Voraussetzungen können auch im Fall erfüllt sein, wo auf dem beherrschten Markt aufgrund von Skalen- oder Verbundeffekten (*economies of scale* oder *scope*) ein natürliches Monopol besteht. Dasselbe gilt, wenn der Markt von Netzwerkeffekten *(network effects)*[981] oder der Einzigkeit einer Quelle von benötigten Informationen (*single source information*: z.B. Schnittstelleninformationen; s. N 197) verschlossen ist. Existiert theoretisch die Möglichkeit, dass der objektiv notwendige Input im soeben geschilderten Sinne «dupliziert» wird, stellt sich die weitere Frage, *innerhalb welcher Frist* diese Möglichkeit realisierbar ist. In dieser Hinsicht sind zumal die *dynamischen Faktoren* des relevanten Marktes, namentlich sein gesamthafter Innovationsgrad, in Betracht zu ziehen, um zu beurteilen, ob für das von der Geschäftsverweigerung betroffene Unternehmen eine *zeitliche* Zumutbarkeit besteht.[982] Die Beantwortung dieser Frage muss auf die konkrete (individuelle) Lage dieses Unternehmens abstellen.[983] Hätten die Konkurrenten zwar Zugriff auf ein Substitut, das den in N 221 geschilderten Anforderungen genügt, ohne aber fähig zu sein, das marktbeherrschende Unternehmen zu konkurrenzieren, weil sie selbst zu wenig effizient sind, um mit diesem in Wettbewerb zu treten, oder weil die Konsumenten das Gut des Marktbeherrschers bevorzugen, ist dieses nicht objektiv notwendig. Eine **Pflicht, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten**, darf nicht die Wirkung haben, den Mangel an Effizienz von Konkurrenten aufzuwiegen oder den **222**

Umstand wettzumachen, dass die Konsumenten das Gut des marktbeherrschenden Unternehmens bevorzugen.[984] Diese Pflicht muss derart angelegt sein, dass sie Faktoren, die keinen funktionalen Zusammenhang mit dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens haben (wie eben die Effizienz von Wettbewerbern oder die Konsumentenpräferenzen), nicht beeinflusst. Ihre Funktion besteht darin, wirksamen Wettbewerb in der bestehenden Gefährdungsphase aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen, und eben nicht darin, einer solchen Wettbewerb zu ersetzen.

ccc) Objektivitätsgrad der Unerlässlichkeit

223 Nachdem das *DCC*-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 2019 veröffentlicht wurde, demzufolge im Fall der Lieferverweigerung (s. N 291) der Objektivitätsgrad der Unerlässlichkeit nur bei gewissen Gütern erforderlich ist,[985] scheint auch die WEKO die **Eingriffsvoraussetzungen** bzw. den *Missbrauchsstandard* des Merkmals II von lit. a *gesenkt* zu haben. Im Entscheid *Eishockey im Pay-TV* hat diese Behörde 2020 befunden, dass eine Geschäftsverweigerung in gewissen Konstellationen auch dann missbräuchlich [Seite 1198] ist, wenn der Objektivitätsgrad der Unerlässlichkeit eines Gutes *nicht* besteht.[986] Eine derartige Deutung des Merkmals der objektiven Notwendigkeit ist *abzulehnen*. Eine aus kartellrechtlicher Sicht relevante Beeinträchtigung der Institution der Vertragsfreiheit – als wirtschaftsverfassungsrechtliche Voraussetzung für die Verwirklichung des Grundentscheids für eine marktwirtschaftliche Ordnung (s. N 30) – verlangt nämlich, zumindest im Bereich, wo Wettbewerb seine *Funktionen* nicht mehr erfüllt und deshalb nicht mehr *wirksam* ist, allemal eine *Marktverschliessung* (s. N 81 ff.). Eine solche ist *per definitionem* nicht vorhanden, wenn mit Blick auf das in Frage stehende Gut der Objektivitätsgrad der *Unerlässlichkeit* nicht erreicht ist. Im Lichte des Merkmals III (Wettbewerbsbeeinträchtigung; s. N 225 ff.) von lit. a fehlt der von der WEKO beschlossenen Senkung der Anforderungen an die objektive Notwendigkeit des Inputs zum Marktzugang die vom Missbrauchsstandard der lit. a vorausgesetzte *Schlüssigkeit* bzw. *interne Logik* (s. N 226). Deshalb ist der Entscheid der WEKO i.S. *Eishockey im Pay-TV* in diesem Punkt nach Massgabe des Missbrauchsstandards der Geschäftsverweigerung wettbewerbspolitisch *inkohärent*. Im Übrigen weicht die WEKO im *Eishockey im Pay-TV*-Entscheid auch von der europäischen Praxis ab (s. N 219), was dem *Eurokompatibilitätskriterium* des bundesgerichtlichen *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteils widerspricht (s. N 59 f.). Schliesslich schafft eine Eingriffsvoraussetzungssenkung im Bereich des zweiten Merkmals von lit. a einen Freiraum für die Wettbewerbsbehörden, um vermittels einvernehmlicher Regelung (Art. 29) *«market engineering»* zu betreiben.[987] Eine solche Massnahme fällt nach Art. 7, der ein tatbestandsmässiges missbräuchliches Verhalten während der ganzen *Dauer* seines Bestehens verbietet, nicht in die Zuständigkeit dieser Behörden. Diese Rechtsfolge des Artikels steht im Einklang mit dem Umstand, dass die WEKO von Gesetzes wegen keine regulatorische *agency* ist (was keineswegs bedeutet, die WEKO würde das einschlägige Wissen für Regulierung nicht besitzen). Mit dem Objektivitätsgrad der Unerlässlichkeit wird ein Standard gesetzt, der auch verwaltungsorganisationsrechtlich stimmig ist. Daraus folgt, dass im Rahmen des vorliegend behandelten Merkmals II gemäss lit. a am bisherigen Missbrauchsstandard der *Unerlässlichkeit* (s. N 220) festzuhalten ist.

224 Wegen den gegenwärtigen Entwicklungen in der Wirtschaft, die pauschal oft mit der deutschen Wortschöpfung «Industrie 4.0» bezeichnet werden, wird Art. 7 Abs. 2 lit. a zunehmend mit Problemen konfrontiert, die einen starken Bezug zum Fragenkreis der dynamischen Effizienz (s. N 115) aufweisen. Die Doktrin sucht deshalb nach Möglichkeiten, die Leistungsfähigkeit dieser Bestimmung in diesem Kontext zu erhöhen. Nach der unlängst vorgetragenen **Theorie der Innovationsindispensabilität**[988] ist eine Geschäftsverweigerung dann missbräuchlich, wenn (1) einem (objektiv) effizienten Nachfrager (2) keine Alternativen (Substituierungs- oder Duplizierungsmöglichkeiten) zur Beschaffung

einer Ressource zur Verfügung stehen, die er braucht *(objektive Notwendigkeit)*, (3) um eine *Innovationsleistung* zu erbringen, indem er zumindest bestehende Produkte oder Dienstleistungen mit neuen Elementen verbindet, und so (4) einen bestehenden Markt ausweitet oder gar einen neuen Markt schafft, (5) wodurch bisher unberücksichtigte Konsumentenbedürfnisse befriedigt werden können.[989] Diese Theorie *konkretisiert* die dynamische Effizienz insofern, als es im Streitfall dem Nachfrager obliegt, die von ihm vorgesehene Innovationsleistung darzutun, andernfalls die Behörden oder die Gerichte das [Seite 1199] Vorliegen kartellrechtlich relevanter Notwendigkeit verneinen müssen. Wie an anderer Stelle dargestellt (s. N 208), verfügt die Industrieökonomik bis heute nicht über Instrumente, die das Stellen abstrakter Innovationsprognosen zuverlässig erlaubten. Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass eine Stärke der Theorie der Innovationsindispensabilität darin liegt, dass durch die Konkretisierung eines *proxy* der Messung der dynamischen Effizienz solche Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen, die den Wettbewerb und die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigen, einfacher von solchen unterschieden werden können, die keine wohlfahrtsschädlichen Auswirkungen erzeugen.

dd) Merkmal III: Wettbewerbsbeeinträchtigung

aaa) Allgemeines

225 Die heutige Praxis der WEKO, der auch das Sekretariat folgt,[990] betrachtet das hier fragliche *dritte* Merkmal von lit. a bereits dann schon als erfüllt, wenn eine **Beschränkung** – und *nicht* erst eine *Beseitigung* – des **Wettbewerbs** gegeben ist.[991] Die WEKO hat wiederholt unterstrichen, dass dabei die konkrete Lage der Wettbewerb*er* unberücksichtigt bleiben muss. Dieser letzte Punkt ist folgerichtig. Die Pflicht, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, darf nicht auf den Schutz von *Konkurrenten* hinauslaufen.[992] Art. 7 Abs. 2 lit. a ist allein dann einschlägig, wenn die Verweigerung derartiger Beziehungen für den Wettbewer*b* auf dem Markt, auf welchem das fragliche Gut einen objektiv notwendigen Input darstellt, schädliche Folgen hat (s. N 228 ff., 234).

bbb) Wettbewerbsbeseitigung

226 Dass das zustimmungswürdige Prinzip, dem zufolge Wettbewerb*er*-Schutz und Wettbewerb*s*-Schutz strikt zu trennen sind, in der Praxis der Wettbewerbsbehörden zu Art. 7 Abs. 2 lit. a fest verankert ist, bedeutet freilich nicht, dass dem von diesen Instanzen präkonisierten Verständnis des dritten Merkmals dieser Bestimmung ohne Weiteres zu folgen ist. Denn es fragt sich, ob der Missbrauchsstandard (s. N 147 ff.) der «Wettbewerbs*behinderung*»[993] dem wirtschaftsrechtlichen Sinn von lit. a Genüge tut.[994] Diese Frage, die in N 182 bereits angeschnitten worden ist, stellt sich deshalb, weil die Bestimmung in engstem Zusammenhang mit einer *konstitutiven* Voraussetzung des *Wettbewerbs als solchem* steht, nämlich mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten *Vertragsfreiheit* (Art. 10, 13 und 27 BV). Es wäre paradox – so zumindest ein in der Industrieökonomik [Seite 1200] immer wiederkehrendes Argument[995] –, wenn die auf lit. a fussenden Ausnahmen von dieser wirtschaftsverfassungsrechtlichen Institution deren Grundlagen dermassen aushöhlten, dass sich die *marktbildende* und *marktfortsetzende Kraft* der Vertragsfreiheit – oder, anders gewendet, deren *wettbewerbserzeugender* und -*antreibender* Impetus – nicht mehr entfalten könnte.[996] Dann verlöre übrigens auch lit. a ihre Daseinsberechtigung (es gäbe sozusagen nichts mehr, wovon Ausnahmen zu schaffen wären; lit. a würde *de facto* obsolet). Deshalb darf lit. a nur in *«Extremsituationen»* greifen, d.h. in Situationen, in denen die Vertragsfreiheit ohnehin nicht mehr imstande ist, ihre altüberlieferte und traditionelle Funktion der Schöpfung und Förderung des Fortbestandes von marktwirtschaftlichen Systemen zu erfüllen. Solches ist freilich nur dann der Fall, wenn eine Geschäftsverweigerung die *Voraussetzungen wirksamen Wettbewerbs* vernichtet, also eine *Beseitigung von*

«workable competition» herbeiführt.[997] Aus diesem Blickwinkel kann die Regel von lit. a auch als eine Art *Instrument der Marktöffnung* begriffen werden. In allen anderen Fällen ist der *funktionalen Rolle*, die die Vertragsfreiheit im Gefüge des von der Schweizer Wirtschaftsverfassung getroffenen Grundentscheids zugunsten einer marktwirtschaftlichen Ordnung spielt, *Vorrang* einzuräumen. Damit wird auch dafür gesorgt, dass das Anreiz- und Innovationssystem der Marktwirtschaft durch eine allzu eingriffsfreudige Handhabung von lit. a nicht in Mitleidenschaft gezogen wird.[998] Das soeben Ausgeführte entspricht auch der europäischen Rechtsprechung;[999] so hat etwa der EuGH im *IMS Health*-Urteil festgehalten, dass die Missbräuchlichkeit einer Verweigerung des Zugangs zu einem unerlässlichen Gut i.S.v. Art. 102 AEUV u.a. voraussetzt, dass die Weigerung «[…] geeignet sein [muss], *jeglichen Wettbewerb* auf einem abgeleiteten Markt *auszuschließen*».[1000] Im Ergebnis wird man aus den angeführten Gründen allemal den Missbrauchsstandard der *Wettbewerbsbeseitigung* als Art. 7 Abs. 2 lit. a angemessen und adäquat anschauen. Er verdient in diesem Kontext *ausnahmslos* den Vorzug.

Die **WEKO** hat das soeben dargelegte Verständnis von lit. a *abgelehnt* und den Standard der «Beschränkung» im Fall *Sport im Pay-TV* mit folgenden Überlegungen *begründet*: **227**

> «[D]ie Prüfung der einzelnen Tatbestandsvarianten des Art. 7 Abs. 2 KG [hat] jeweils in Verbindung mit der Generalklausel gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu erfolgen. Vor diesem Hintergrund würde es der Systematik des Art. 7 KG widersprechen, im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG eine Beseitigung des Wettbewerbs zu verlangen, während bei allen anderen Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung unbestrittenermassen genügt. Sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien in einheitlicher Weise für alle Tatbestandsvarianten festlegt. Es wäre weder sachgerecht, bei einer einzigen Tatbestandsvariante von Abs. 2 die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen Varianten bzw. der Generalklausel, **[Seite 1201]** noch wäre es opportun, bei einer einzigen Tatbestandsvariante die Hürden tiefer zu setzen und damit ein ‹Einfallstor› für das Eingreifen der Behörden und die Sanktionierung zu öffnen. Dass ein unterschiedlicher Unzulässigkeitsmassstab für die einzelnen Tatbestandsvarianten systemwidrig wäre, ist auch daraus ersichtlich, dass ein bestimmtes Verhalten – wie im vorliegenden Fall – gleichzeitig mehrere Tatbestandsvarianten erfüllen kann».[1001]

Diese Begründung fordert letztlich, dass im Rahmen von Art. 7 ein *«one-size-fits-all»*-Missbrauchsstandard praktiziert wird, und erteilt insofern einem entsprechenden Standardpluralismus eine Absage. Nach der in dieser Kommentierung von Art. 7 eingenommenen Perspektive konfligiert jedoch dieser Ansatz mit der *Wirtschaftsrealität*: Angesichts der Verschiedenartigkeit der anzutreffenden Missbrauchstypen ist es ein wirtschaftsrechtlich inkonsistentes Ziel, einen Einheitsmassstab definieren zu wollen (s. N 106 ff.). Ferner entsprechen die zitierten Ausführungen der WEKO auch *nicht* den gesetzlichen *Missbrauchsstandards* (bzw. *«Unzulässigkeitsmassstäben»*), welcher sich die Wettbewerbsbehörden bei der Untersuchung der verschiedenen in Art. 7 Abs. 2 lit. a–f oder den in Urteilen richterlich geschaffenen *theories of harm* tatsächlich (d.h. in ihrer genau betrachteten Praxis) bedienen (s. N 106 ff.).[1002] Besonders die Bemerkung der WEKO, dass die Verwendung eines «unterschiedlichen Unzulässigkeitsmassstabs für die einzelnen Tatbestandsvarianten» als *«systemwidrig»* zu betrachten sei, erweckt *funktionale* Bedenken: Ein Missbrauchsstandard zielt *re vera* darauf ab, das Wettbewerbsschädigungspotenzial, welches einer spezifischen Missbrauchsvariante eigen ist, zu bekämpfen (s. N 147 ff.). Deshalb darf die Systematik von Art. 7 nicht dahingehend verstanden werden, dass diese gebietet, einen *einheitlichen* Missbrauchsstandard zu definieren. In Wirklichkeit besteht die Funktion dieser Bestimmung (und damit auch die Zielrichtung von deren Systematik) allein darin, sämtlichen erfassten Formen von Missbrauch qualifizierter Marktmacht *effektiv* entgegenzuwirken. Wäre dem anders, hätte der Gesetzgeber Art. 7 Abs. 1 nicht als Generalklausel ausgestaltet, sondern selber einen einheitlichen Missbrauchsstandard definiert und vorgegeben.[1003] Diese Überlegungen regen dazu an, das Merkmal III von lit. a in den nachfolgenden Ausführungen einer grundsätzlichen **[Seite 1202]** Überprüfung zu

unterziehen. Zunächst wird der Frage des *Beeinträchtigungsgrades des Wettbewerbs* (s. N 226) und danach derjenigen der *Schädigung der Konsumentenwohlfahrt* nachgegangen (s. N 227 i.i).

ccc) Wettbewerbsschädigung

228 Ein im vorherigen Abschnitt noch nicht behandelter Aspekt des Falls *Sport im Pay-TV* mag hier als **Einführung in die Problematik** dienen. Dieser Aspekt macht auf *methodische Unebenheiten* in der Analyse der Wettbewerbsschädigung im Rahmen des Merkmals III von lit. a aufmerksam. Er betrifft die Randziffern 652–677 des Entscheids, wo die WEKO diese Analyse auf der Basis der konkreten Fakten des Falles vornimmt. Die Analyse weist folgende Struktur auf: Nachdem der Missbrauchsstandard des dritten Merkmals von lit. a in der Praxis der WEKO in Randziffer 652 des Entscheids dahingehend zusammengefasst wird, dass es genüge, «[…] wenn eine Behinderung bzw. wenn ein Verdrängungseffekt vorliegt, welcher den *wirksamen Wettbewerb einschränkt*»,[1004] analysiert diese Behörde die Wettbewerbsverhältnisse zwischen den auf den verschiedenen relevanten Märkten tätigen *Unternehmen*.[1005] Ohne dass hier auf die vielfältigen Einzelheiten dieser Analyse in den Randziffern 653–677 des Entscheids eingegangen wird und die ausführlichen industrieökonomisch hochgradig informierten Erwägungen der WEKO resümiert werden, konzentrieren wir uns auf das aus diesen Erwägungen hervorgehende Gesamtbild. Dieses zeigt auf, dass die Behinderungen der einzelnen *Unternehmen* durch das Verdrängungsverhalten des *Marktbeherrschers* nachweislich stattgefunden haben. Aus den *individuellen* Konkurrenzbeschneidungen der betroffenen *Rivalen* wird alsdann die Schlussfolgerung gezogen: «Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass eine *Wettbewerbsbehinderung* im TV-Plattformmarkt mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist».[1006] Auffallend ist bei der Betrachtung dieser Analyse, dass die WEKO in drei Schritten operiert: (1) Sie startet in Randziffer 652 mit der Feststellung, dass ihr praxisgemässer Missbrauchsstandard des Merkmals III von lit. a auf die Frage hinzielt, ob die inkriminierte Verhaltensweise *«wirksamer Wettbewerb»* einschränkt. (2) Die darauf folgende aufwändige und akkurate Missbrauchsanalyse in den Randziffern 653 ff. betrifft dann aber, schaut man ganz genau hin, nicht die Frage der Beschränkung des Wettbewer*bs*; in Wirklichkeit bezieht sich diese Analyse ausschliesslich auf die durch die Geschäftsverweigerung bewirkte Behinderung der auf den relevanten Märkten aktiven *Unternehmen*, also auf die vom Marktbeherrscher behinderten «Wettbewerb*er*». (3) Ohne weitere Erläuterung, also gänzlich stillschweigend, begibt sich alsdann die WEKO in der letzten Randziffer 677 wieder auf die Ebene des *Wettbewerbs als solchen* und stellt fest, dass die untersuchten *refusals to deal* eine «*Wettbewerbs* behinderung» (nicht: eine *Wettbewerber*-Behinderung) bewirkt hat. Die Behörde hat, im Bilde ausgedrückt, einen *pas de deux* vollzogen: Vom «Wettbewer*b*» zu den «Wettbewer*bern*» hin und dann wieder zurück zum «Wettbewer*b*». Und dies, ohne den letzten der zwei Tanzschritte auch nur durch ein einziges Wort zu erklären. Ob die kursorisch geschilderte Argumentation der WEKO im Entscheid *Sport im Pay-TV* im Einklang mit ihrer in N 228 i.i erwähnten Aussage steht, dass der (kartellgesetzlich unangebrachte) Wettbewer*ber*-Schutz streng von dem (nach Kartellgesetz gesollten) Wettbewer*bs*-Schutz zu differenzieren ist (s. N 6 ff.), ist also keineswegs gesichert.

229 [Seite 1203] Um in diese argumentativen Wucherungen etwas Licht hineinzubringen, empfiehlt sich hier, zunächst das Ergebnis des Entscheids unter die Lupe zu nehmen: Besteht dieses Ergebnis – wie von lit. a gefordert – darin, dass der *Wettbewerb* in seinen komplexen Prozessen vor den negativen Auswirkungen der fraglichen Lieferverweigerung *bewahrt* wird? Oder mündet der Entscheid unbeabsichtigt – das Ziel von lit. a verfehlend – in einem *de facto*-Schutz der in den Fall involvierten *Wettbewerber*? Was durch dieses Hinterfragen des Entscheidergebnisses irgendwie durchschimmert, scheint über eine terminologische Unsorgfalt – d.h. über eine unreflektierte Verwendung der Vokabeln «Wettbewer*b*» und Wettbewer*ber*» – im Text der fraglichen Randziffern 652–677 hinauszugehen und die Form eines Indizes

für etwas noch völlig Ungelöstes in der von der WEKO benutzten *Analysemethode* anzunehmen. Was genau ist im Entscheid *Sport im Pay-TV* in diesem Punkt passiert? Alles deutet darauf hin, dass die WEKO sich in *dieselben* Schwierigkeiten verstrickt hat, die die Europäische Kommission in der Prioritätenmitteilung nicht vermeiden konnte (s. N 149). Gemeint sind die Schwierigkeiten, die MARSDEN/BISHOP im Rahmen eines Rückblickes auf die Entstehungsgeschichte des erwähnten Kommissionsdokumentes näher identifiziert haben; der Fokus dieser Autoren ist auf das Discussion Paper 2005 der Europäischen Kommission gerichtet: «[O]ne of the main criticisms of the Discussion Paper was that, despite starting with a **focus on ‹competition, not competitors›**, it ended up **focusing only on competitor harm**. Given that the [… Commission] focused on exclusionary conduct, perhaps we should not have been surprised that ‹market-distorting foreclosure› of competitors was sufficient to constitute an abuse […]. Such reasoning is circular, however; [… its focus is] only on estimating harm to competitors, not the market itself».[1007] Ein solches Unvermögen, Missbrauchsanalyse auf der (industrieökonomisch relevanten) Ebene der Schädigung des Wettbewer*bs* zu betreiben, sodass letztlich doch wieder (industrieökonomisch ungereimt) Wettbewerb*er*-Schutz das faktische Resultat einer Intervention auf der Basis von lit. a ist, lässt sich in manchen Fällen diagnostizieren, in denen die Wettbewerbsbehörden eine Lieferverweigerung geprüft haben.[1008] Wie kann hier Abhilfe geschaffen werden, um den gesetzlich vorgesehenen Schutz von *wirksamem Wettbewerb* trotz den komplexen Unwägbarkeiten der Missbrauchsvariante «Geschäftsverweigerung» zu gewährleisten?

Bevor dieser Frage nachgegangen wird, sollen im Sinne eines **Zwischenfazits** die in den vorausgegangenen Ausführungen gewonnenen Erkenntnisse kurz resümiert werden. Höchst bedeutsam ist zunächst die Einsicht: Von einer Wettbewer*ber*-Behinderung auf eine Wettbewer*bs*-Einschränkung zu schliessen ist nach moderner Industrieökonomik *fehlgeleitet* und deshalb *unhaltbar*. Ein solcher Schluss ist schlechthin unzulässig. Dass eine Lieferverweigerung eine *Wettbewerbsschädigung als solche* erzeugt, bedarf deshalb eines *eigenständigen* Nachweises, der vom Nachweis einer Konkurrentenbehinderung *unabhängig* ist (s. N 148). Deshalb eben die Frage: Wie lässt sich dartun, dass wirksamer Wettbewerb geschädigt wird? Um hierauf eine Antwort geben zu können, muss eine Reihe von *wettbewerbstheoretischen Zusammenhängen* in Betracht gezogen werden, die teilweise in den vorausgehenden Abschnitten schon angesprochen wurden: **230**

Fangen wir ganz elementar an: Der Effekt einer missbräuchlichen Geschäftsverweigerung im tatbestandsmässigen Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. a ist eine *wettbewerbswidrige* (horizontale oder vertikale) *Marktverschliessung* (s. N 81 ff.). Dabei ist allerdings stets zu beachten: Eine von geschäftsverweigernden Praktiken i.S. v. lit. a verursachte Marktverschliessung ist, wie in N 81 ff. dargetan, kartellrechtlich solange *unverdächtig*, als sie **[Seite 1204]** nicht als *wettbewerbswidrig* einzustufen ist.[1009] Fraglich wird damit, was unter dem Begriff der **«Wettbewerbswidrigkeit»** einer Marktverschliessung zu begreifen ist. Selbst wenn sich eine Lieferweigerung auf die Rivalen des beherrschenden Unternehmens negativ auswirkt – ihnen also ihre Tätigkeit auf dem Markt auf irgendeine Art erschwert oder sogar verunmöglicht (s. N 229) –, bedeutet das nicht, dass sie missbräuchlich nach lit. a ist, wenn sie nicht – um die Terminologie der Randziffer 91 des *Hoffmann-La Roche*-Urteils des EuGH, wo der bis heute massgebliche Missbrauchsbegriff definiert ist (s. N 61 f.), zu gebrauchen – Mittel einsetzt, «[…] welche von den Mitteln des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen».[1010] Wettbewerbswidrig ist eine Marktverschliessung, die durch einen *refusal to deal* eines marktbeherrschenden Unternehmens verursacht wird, erst dann, wenn sie diesem Unternehmen die *Macht* verleiht, auf dem oder den relevanten Märkten einen oder mehrere *Wettbewerbsparameter* (z.B. Preis, Innovation, Qualität, Produktion oder Auswahlspektrum) *zum eigenen Vorteil* zu verändern bzw. zu bestimmen. Erst wenn die Geschäftsverweigerung eine derartige *Macht der «Parameterbestimmung» zugunsten des Marktbeherrschers* auf dem **231**

relevanten Markt *konstituiert*, ist die von dieser Verweigerung erzeugte Marktverschliessung tatsächlich auch als *wettbewerbswidrig* zu betrachten.[1011]

232 Die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann sich – neben dem Fall der Verdrängung von aktuellen Wettbewerbern – auch im verhinderten Eintritt von *potenziellen Konkurrenten* manifestieren,[1012] die z.B. tauglich wären, Innovation anzukurbeln oder die vom marktmächtigen Unternehmen hergestellten Güter zu verbessern.[1013] Dasselbe gilt auch für den Fall, dass der Marktbeherrscher durch die Geschäftsverweigerung den Eintritt von Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt vereitelt.[1014] Hingegen genügt es für den Befund eines missbräuchlichen Verhaltens i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a nicht, dass die fragliche Verweigerung den Zugang zum Markt für *potenzielle* Konkurrenten bloss erschwert; der Zugang muss vielmehr *verunmöglicht* worden sein, um als tatbestandsmässig i.S.v. lit. a qualifiziert zu werden.[1015] Diese Einsicht folgt daraus, dass das Verbot dieser Bestimmung nur anwendbar ist, wenn die Geschäftsverweigerung Wettbewerb beseitigt (und nicht nur beschränkt; s. N 226). Lieferverweigerungen können vor allem wettbewerbsschädigend sein, wenn das markbeherrschende Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt mit den Unternehmen konkurriert, denen es die Lieferung verweigert.[1016] Hingegen liegt grundsätzlich kein tatbestandsmässiger Missbrauch vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nicht auf dem nachgelagerten Markt des nicht-belieferten Handelspartners aktiv ist und darüber hinaus keine Absicht hegt, in absehbarer Zeit in diesen Markt einzutreten.[1017] In diesem Sinne betrifft die Geschäftsverweigerung [Seite 1205] lediglich einen *nicht rivalisierenden* Handelspartner.[1018] Überraschend ist deshalb, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden Art. 7 Abs. 2 lit. a bisweilen in fragwürdiger Manier auch auf Fälle angewandt haben, die keinerlei Wettbewerbssituation zwischen marktbeherrschendem Unternehmen und dem von der Geschäftsverweigerung betroffenen Unternehmen aufwiesen.[1019] Eine Ausnahme vom soeben geschilderten Grundsatz rechtfertigt sich indessen, wenn der Handelspartner eines marktbeherrschenden Unternehmens, der zu diesem in keinem direkten Konkurrenzverhältnis steht, eine Geschäftsverweigerung erfährt, weil er Handelsbeziehungen mit Konkurrenten des Marktbeherrschers unterhält. In diesem Fall hat das behinderte Unternehmen nur zwei Alternativen, nämlich entweder ausschliesslich mit dem marktbeherrschenden Unternehmen Geschäfte abzuschliessen oder darauf zu verzichten, was als Konsequenz missbräuchlichen Verhaltens einzustufen ist, sofern, wie geschildert (s. N 226), Wettbewerb beseitigt wird.[1020] Auf welcher **Marktstufe** – ob auf der Stufe des (End-)*Konsumentens* oder ob auf irgendeiner *Zwischenstufe der Wertschöpfungskette* (z.B. auf der Stufe des sich Rohstoff beschaffenden Produzenten oder auf der Stufe des sich mit abzusetzender Ware eindeckenden Händlers) – der Marktbeherrscher durch die Geschäftsverweigerung Parameterbestimmungsmacht erlangt, ist *irrelevant*.[1021]

233 **Zusammenfassend** ist festzuhalten: Nach dem hier fraglichen dritten Merkmal von lit. a muss die Geschäftsverweigerung derart einschneidend sein, dass nur eine (sofortige oder schrittweise), vollständige *Ausschaltung* des wirksamen Wettbewerbs – oder zumindest die Ausschaltung einer der Funktionen wirksamen Wettbewerbs, die gerade für den von der fraglichen Geschäftsverweigerung betroffenen Wettbewerbsparameter einschlägig ist – genügt, um Missbrauch zu begründen. Eine derartige Wettbewerbsbeseitigung wäre auch dann noch anzunehmen, wenn Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens trotz Lieferverweigerung weiterhin *marginal* in gewissen «Nischen» auf dem beherrschten Markt oder auf nach- bzw. vorgelagerten Märkten aktiv bleiben.[1022] Damit wird die *Ratio* dieser Voraussetzung offenkundig: Der Eingriff in die Vertragsfreiheit durch die Ausnahme von Art. 7 Abs. 2 lit. a ist lediglich dann gerechtfertigt, wenn sich eine Lieferverweigerung derart durchgreifend auf die *marktbildende* und *marktfortsetzende* Kraft dieser durch die Verfassung gewährleisteten Institution

niederschlägt, dass [Seite 1206] diese ausser Gefecht gesetzt wird und der relevante Markt durch Massnahmen, die auf Art. 7 Abs. 2 lit. a gestützt werden, wieder «geöffnet» werden muss.

ddd) Konsumentenwohlfahrtsschädigung

234 Die Schädigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne der Ausführungen, die im vorangehenden Abschnitt vorgetragen wurden (s. N 233), ist in der Regel noch *kein ausreichender Indikator* dafür, dass die inkriminierte Lieferverweigerung den Missbrauchstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. a erfüllt. Das kartellgesetzliche Missbrauchsverbot soll die Institution des Wettbewerbs und nicht die Wettbewerber schützen (s. N 229), was voraussetzt, dass das fragliche Verhalten des beherrschenden Unternehmens auf eine Schädigung der Konsumentenwohlfahrt hinausläuft.[1023] Die Lehre ist mehrheitlich der Meinung, dass eine gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a relevante Wettbewerbsbeschränkung nur dann angenommen werden kann, wenn durch die Verweigerungshandlung eine Innovationsleistung verhindert wird, durch die ein effizienter Nachfrager einen bestehenden Markt ausweiten oder gar einen neuen Markt schaffen und bisher unberücksichtigte Konsumentenbedürfnisse befriedigen würde.[1024] Nicht unbedingt notwendig ist deshalb, dass die Konsumentenbenachteiligung auf einem Markt erfolgt, der bereits vor der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen existiert hat. Eine solche Benachteiligung kann sich durchaus auch auf einem hypothetischen nachgelagerten Markt entfalten, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen durch seine Weigerung das Angebot eines Produktes oder einer Dienstleistung, die noch gar nicht bestehen, verhindert.[1025] Wie genau der Nachweis zu erbringen ist, dass sich die Wettbewerbsschädigung *nachteilig* auf die *Konsumentenwohlfahrt* auswirkt, erweist sich immer noch als nicht restlos geklärtes Problem.[1026] Lehre und Praxis haben in diesem Zusammenhang verschiedene Ansätze entwickelt, die alle Vor- und Nachteile zeigen.[1027] Wegen des von lit. a geforderten verschärften Erfordernisses einer Wettbewerbsbeseitigung (s. N 226) besteht in der Praxis gegenwärtig die einzige Lösung darin, die nachteiligen Effekte des verweigerten Inputs auf die Konsumentenwohlfahrt *einzelfallweise* zu belegen.[1028] In der Sache lassen sich verschie [Seite 1207] denartige Konsumentenschäden nennen, die sich zurzeit noch kaum systematisieren lassen.[1029]

ee) Merkmal IV: Kausalität

235 Vgl. N 152 ff.

ff) Merkmal V: *Legitimate business reasons*

236 Nach Massgabe der in N 174 f., 176 f. entwickelten Dogmatik der *legitimate business reasons* ist zwischen **objektiven Rechtsfertigungsgründen** und **Effizienzgründen** zu unterscheiden:[1030]

237 Was die Kategorie von objektiven Rechtsfertigungsgründen anlangt (s. N 174 f.), muss wiederum zwischen **objektiver Notwendigkeit** (s. N 174) und **kommerziellen Interessen** (s. N 175) differenziert werden. Während erstgenannter Grund bei der Geschäftsverweigerung von sehr untergeordneter Bedeutung ist (z.B. die Verweigerung rechtfertigender Sicherheitsgründe, die *post festum*, d.h. während des Vertriebs der fraglichen Produkte oder Dienstleistungen, zum Vorschein kommen),[1031] sind die zweitgenannten Gründe im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. a des Öfteren relevant. Grundsätzlich darf der Marktbeherrscher frei entscheiden, ob er sich vom Markt zurückziehen oder sein Lieferantennetz bzw. seine Verteilkanäle der Entwicklung der Marktbedingungen anpassen will,[1032] oder die von vernünftigen Motiven getragene Missbilligung der Geschäftspolitik, die der Geschäftspartner *in spe* anwendet, die Verweigerung rechtfertigen. In diesem Falle hat das marktbeherrschende Unternehmen keine Verpflichtung, die Kapazität seiner Installationen zu erhöhen, oder zu akzeptieren, einer fragwürdigenden Geschäftspolitik des Geschäftspartners gleichgesetzt zu werden.[1033] Erweist sich

ferner der Geschäftspartner als unfähig, Geschäftsgarantien zu erfüllen, die belegen würden, dass er in der Lage ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen (z.B. im Fall einer Insolvenz), oder verfügt er nicht über die nötigen Qualifikationen, um das nachgefragte Gut angemessen zu verwenden oder zu vertreiben, ist ebenfalls von anerkennenswerten kommerziellen Interessen auszugehen, welche die Qualität von *legitimate business reasons* aufweisen können.[1034] Ferner darf der Zugang zu einem bestimmten Gut immer dann ver [Seite 1208] weigert werden, wenn ein solcher für das marktbeherrschende Unternehmen zu einer Erhöhung der Kosten führen würde, die geeignet wäre, die Wirtschaftlichkeit der Produktion zu gefährden. Das Unternehmen muss den Risiken des wirtschaftlichen Handels Rechnung tragen können.[1035]

238 Als **Effizienzgründe** gelten Rechtfertigungsgründe, die dazu geeignet sind, Sozialkosten der Wettbewerbsbehinderung wettzumachen oder gar zu überbieten.[1036] Ökonomische Effizienz als Rechtfertigungsgrund kommt vor allem dann zum Zuge, wenn das marktbeherrschende Unternehmen geschäftliche Bindungen verweigert, um damit seine eigene Effizienz zu steigern oder eine Leistung anzubieten, die das beste Preis/Leistungs-Verhältnis für den Konsumenten bedeutet.[1037] Bei dieser Prüfung sind die Investitions- und Innovationsanreize generell zu berücksichtigen,[1038] wobei diese Fragen vor allem im Zusammenhang mit *essential facilities* (s. N 248 ff.) sowie immaterialgüterrechtlich geschützten Innovationen (s. N 261) auftauchen. Ist das unabdingbare Gut das Resultat von gewichtigen und riskanten Investitionen, ist im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. a Sorge dafür zu tragen, dass der Investitions- und Innovationswille in der Wirtschaft nicht gebrochen wird. Entsprechend müssen die Wettbewerbsbehörden darauf achten, dass sie die Ausschlachtung der Gewinne aus erfolgreichen Investitionen nicht über Gebühr einschränken (zumal Investitionen in die Forschung und Entwicklung nicht selten ergebnislos bleiben). Vor diesem Hintergrund muss ein marktbeherrschendes Unternehmen die Möglichkeit haben, die Belieferung an Dritte für eine bestimmte Zeit zu verweigern, damit sich die Investitionen bezahlt machen können, selbst wenn ein solches Verhalten zu einer zeitweisen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führt.[1039] Diese Überlegungen treffen nicht zu, wenn der Marktbeherrscher rechtlich oder aus einem anderen Grund gezwungen wurde, solche Investitionen auszuführen, wenn das Investment nicht mit Blick auf den Markt getätigt wurde, in welchem um die Geschäftsbeziehung ersucht wurde, oder wenn die Höhe der Investitionen relativ bescheiden ist.[1040]

239 Keine *legitimitate business reasons* können demgegenüber das Ansinnen des Marktbeherrschers darstellen, seine Marktanteile auf Kosten eines Konkurrenten beizubehalten (bzw. gar auszubauen) oder seine Marktmacht auf einen benachbarten Markt auszudehnen, indem entweder Wettbewerber aus diesem Markt verdrängt werden oder der Markteintritt potenzieller Wettbewerber verhindert wird.[1041] Wenn die Geschäftsverweigerung [Seite 1209] durch ein **wettbewerbsschädigendes Motiv** begründet ist, wie etwa durch Vergeltungsmassnahmen gegen einen Verteiler, der mit einem Konkurrenten Geschäftsbeziehungen unterhält, reicht das gleichzeitige Vorliegen einer *legitimate business reason* im Prinzip nicht aus, um die Geschäftsverweigerung zu rechtfertigen.[1042] Die blosse Vergeltung unzulässigen Verhaltens mit unzulässigem Verhalten ist auch nicht akzeptabel.[1043]

240 Für alle behandelten *legitimate business reasons* gilt der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit**, insbesondere das Gebot der Unerlässlichkeit.[1044]

c) Einstellung oder Einschränkung bestehender Geschäftsbeziehungen

241 Aus der Perspektive einer *wirkungsbasierten* Analyse (s. N 128) kommt der Unterbruch oder die Einschränkung einer bestehenden Geschäftsverbindung der Verweigerung einer Geschäftsbeziehung sehr nahe, ja kann mit ihr je nach den konkreten Fakten fast deckungsgleich sein.[1045] Die Praxis zeigt allerdings die Tendenz, bei **Abbruchs**- bzw. **Einschränkungssachverhalten** schneller auf

Missbrauch nach Massgabe der Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. a zu erkennen als bei der *ab initio* erfolgenden Geschäftsverweigerung.[1046] Dieser Umstand darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die zu prüfenden Missbrauchsmerkmale des Abbruchs bzw. der Einschränkung von Geschäftsbeziehungen identisch sind mit denjenigen des Grundtatbestands (s. N 216 ff.). Allerdings sind gewisse Präzisierungen anzubringen:

242 (1) Was die Tatbestandsmässigkeit des Abbruchs- bzw. Einschränkungsverhaltens anlangt, ergeben sich **strukturelle Unterschiede** zum Verweigerungsverhalten des Grundtatbestandes auf der Basis der Vorgeschichte, die zwischen dem Marktbeherrscher und dem behinderten Unternehmen existiert:[1047] Zu prüfen ist, ob ein Fluss bestehender Lieferungen abgebaut oder eingestellt werden darf (und nicht, ob bloss erbetene Lieferungen verweigert werden dürfen). Im Prinzip gilt das in N 217 Gesagte vorbehaltlos. Allerdings können strukturelle Unterschiede zwischen Abbruchs- oder Einschränkungssachverhalte einerseits und Geschäftsverweigerungen *ab initio* andererseits *neue Missbrauchspoten* [Seite 1210] *ziale* eröffnen: Erfolgt nicht ein blanker Unterbruch bisher regelmässig erfolgter Lieferungen, sondern wird eine entsprechende *Drohung* ausgesprochen, fragt sich, ob eine solche Verhaltensweise mit einer Geschäftsverweigerung gleichzustellen ist. Die disziplinierende bzw. wettbewerbsverfälschende Wirkung, die von einer solchen Drohung ausgehen kann, nähert sich zuweilen den Effekten einer *konstruktiven Geschäftsverweigerung*; in diesem Fall ist auf Missbrauch zu erkennen, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Das gilt umso eher, wenn dem marktbeherrschenden Unternehmen der Ruf vorauseilt, die Beziehungen zu nicht sofort fügsamen Partnern schnell zu kappen.[1048] Im Hinblick auf das Unterbleiben einer eigentlichen Verweigerung müsste ein solches Verhalten dennoch stets unter dem Gesichtspunkt von Art. 7 Abs. 2 lit. e (s. N 624 ff.) geprüft werden.

243 (2) Der Unterbruch oder die Einschränkung einer Geschäftsbeziehung ist im Prinzip nicht als missbräuchlich einzustufen, wenn für die Geschäftspartner **alternative Beschaffungskanäle** zur Verfügung stehen. Hat allerdings ein Handelspartner **vertragsspezifische Investitionen** getätigt – dies umso mehr, wenn sich diese als *sunk costs* ausnehmen –, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. a erfüllt ist. Dasselbe muss bei Investitionen dieser Art gelten, wenn mit dem Unternehmen in beherrschender Stellung eine *langfristige Geschäftsbeziehung* dem Lieferungsunterbruch vorausgeht.[1049]

244 (3) Grundsätzlich richten sich *legitimate business reasons* im vorliegenden Kontext nach denselben Kriterien, die im Rahmen des Grundtatbestandes Anwendung finden (s. N 236 ff.). Allerdings muss für Abbruchs- oder Einschränkungssachverhalte die **Anerkennung solcher Gründe restriktiver** ausfallen, weil sich eine kurzfristige Veränderung der Geschäftsbeziehung zuweilen äusserst empfindlich auswirken kann.[1050] Auch ist die Tatsache, dass das marktbeherrschende Unternehmen in der Vergangenheit das entsprechende Gut regelmässig geliefert hat, als Indiz für eine auf gegenseitigem *Vertrauen* gründenden Geschäftsbeziehung anzusehen, dessen Enttäuschung als verhältnismässig *einschneidend* zu bewerten ist.[1051] Folglich bedarf alsdann der Nachweis von *legitimate business reasons* eines ziemlich hohen Wahrscheinlichkeitsgrades.[1052] Unter normalen Marktbedingungen muss in einem solchen Fall zweierlei gegeben sein: Der Grund des Lieferunterbruchs muss im *Überschreiten der Kapazitäten* des Marktbeherrschers liegen;[1053] sodann darf der Ausfall dessen Leistungsfähigkeit nicht beliebig auf bestehende Handelspartner abgewälzt werden; es muss mindestens alles versucht werden, um die Folgen der erreichten Leistungsgrenzen möglichst gleichmässig und nach objektiven Kriterien auf sämtliche Abnehmer zu verteilen.[1054] In dieser Konstellation erscheint allerdings eine Ungleichbehandlung von Stamm- und Gelegenheitskunden im Rahmen der [Seite 1211] Lieferbeschränkung als gerechtfertigt, sofern jede Kundenkategorie nach demselben Massstab behandelt wird.[1055]

245

(4) Legitim ist ein Geschäftsbeziehungsabbruch, wenn der Handelspartner seine **Vertragspflichten erheblich verletzt**, wenn seine wirtschaftlichen Leistungen objektiv unzulänglich und mangelhaft werden (Solvenz, Qualität, Ertrag usw.) oder wenn er seine Bestellungs- und Abnahmepolitik derart umstellt, dass diese aus Sicht des marktbeherrschenden Unternehmens *sachlich* betrachtet nicht mehr tragbar erscheint.[1056] Eine Vertragsverletzung im juristischen Sinne ist *nicht erforderlich*.[1057] Demgegenüber ist der Unterbruch von Geschäftsbeziehungen dann nicht gerechtfertigt, wenn sich dieser als eine Reaktion des Marktbeherrschers auf die *Wahrnehmung* des Handelspartners seiner *vertraglichen Ansprüche* oder seiner *Schutzrechte aus geistigem Eigentum* ausnimmt. Darin liegt allemal eine Verletzung des *Verhältnismässigkeitsprinzips*.[1058]

d) Verweigerung zusätzlicher Geschäftsbeziehungen

246 Im Falle, wo ein marktbeherrschendes Unternehmen bereits mit (mindestens) einem Unternehmen kontrahiert hat, kann sich die Frage stellen, ob es nach Art. 7 Abs. 2 lit. a verpflichtet ist, auch mit einem **zweiten** oder gar mit **mehreren Handelspartnern** Geschäftsbeziehungen einzugehen.[1059] In diesem Zusammenhang sind drei Lösungen denkbar: (1) Zunächst könnte man dem marktbeherrschenden Unternehmen eine strikte «Nicht-Diskriminierungs-Pflicht» gegenüber den Geschäftspartnern *in spe* auferlegen. Das würde bedeuten, dass Letztere sich damit bescheiden könnten, gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. b zu beweisen, dass sie sich in einer mit dem ersten Unternehmen vergleichbaren Situation befinden, dass sie also durch die Verweigerung einen Wettbewerbsnachteil erleiden und dass kein objektiver Rechtfertigungsgrund dafür existiert (s. N 323, 332). Eine solche Lösung scheint wenig angebracht: Theoretisch blieben die Wettbewerbseffekte der fraglichen Verhaltensweise auf die weiteren Unternehmen ausser Betracht, was dem vorliegend vertretenen *effects-based approach* widerspricht (s. N 128). M.a.W. hätte diese Lösung konkret zur Folge, dass bei der Anordnung eines Kontrahierungszwangs zugunsten von weiteren Wettbewerbern nicht beachtet würde, dass das marktbeherrschende Unternehmen bereits mit einem Unternehmen kontrahieren musste, und dies auf der Basis einer durchgeführten Effektenanalyse, die für die weiteren Unternehmen nicht stattfände. Gerade dieser Aspekt sollte indes einen entscheidenden Einfluss auf die Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse nach Massgabe von Art. 7 haben. (2) Sodann könnte man die Pflicht des marktbeherrschenden Unternehmens, mit einem oder mehreren zusätzlichen Handelspartnern zu kontrahieren, gänzlich verneinen. Auch eine solche Lösung ist unangemessen, weil sie die vorliegend untersuchte Frage *ab initio* für unerheblich erklärt. Dass die Verweigerung zusätzlicher Geschäftsbeziehungen *per se* keine wettbewerbsschädlichen Effekte haben kann, ist keine plausible Hypothese und [Seite 1212] widerspricht insofern der kartellgesetzlichen Leitlinie, dass bei möglichen Verletzungen von Art. 7 eine wirkungsbasierte Analyse vorzunehmen ist. (3) Schliesslich – und das ist in der Regel die problemadäquate Lösung – könnte dem marktbeherrschenden Unternehmen dann eine Pflicht zur Kontrahierung mit einem weiteren Handelspartner auferlegt werden, wenn die fünf Voraussetzungen des Grundtatbestandes erfüllt sind (s. N 216). Es ist wahrscheinlich, dass bereits bestehende Kontrahierungspflichten die Erfüllung dieser Voraussetzungen erschweren. Deshalb sollte immer auch geprüft werden, ob eine zusätzliche Geschäftsbeziehung notwendig ist, um eine sofortige oder schrittweise sich einstellende Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs zu verhindern. Eine positive Antwort scheint sich jedenfalls in den Fällen aufzudrängen, in denen der Markt noch nicht hinreichend ausgebildet ist.

247 Abschliessend bleibt festzuhalten, dass sich die Frage nach der Auferlegung einer **zweiten Kontrahierungspflicht** in der Praxis selten stellen dürfte. Einmal haben die Wettbewerbsbehörden eine gewisse Neigung, im Sinne des Nichtdiskriminierungsgebots eine Kontrahierungspflicht für sämtliche behinderten Handelspartner zu verfügen.[1060] Allerdings versuchen sie dabei aber abfedernde Massnahmen vorzusehen (wie z.B. eine

phasing out).[1061] Ferner wird der Marktbeherrscher ein wirtschaftliches Interesse daran haben, all jenen Unternehmen, die gewisse objektive Kriterien erfüllen, weiterhin (allenfalls reduzierte) Geschäftsbeziehungen anzubieten, um seine Kapazitäten nach Möglichkeit maximal auszulasten. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine Lizenz handelt, welche die Produktion eines neuen Gutes ermöglicht, das mit dem beherrschenden Gut nicht direkt rivalisiert (s. N 212). Schliesslich – zumal wenn die Anfragen der Konkurrenten zeitlich gestaffelt sind – können sich Veränderungen der Marktverhältnisse abzeichnen (z.B. durch den wahrscheinlichen Markteintritt eines Unternehmens, welches das Potenzial hat, die marktbeherrschende Stellung zu erodieren). Ein solches Szenario, sollte es sich bewahrheiten, hätte zur Folge, dass die Kontrahierungspflicht obsolet würde.

e) Essential facilities doctrine

aa) Allgemeines

248 Die *essential facilities doctrine* betrifft gemäss ihren Befürwortern eine Form der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, die eine Reihe von Besonderheiten aufweist.[1062] Der dieser «Doktrin» innewohnende Gedanke wird vielleicht am besten von NEALEs vielbeachtetem Definitionsversuch aus dem Jahre 1970 eingefangen, wonach der Inhaber einer *Einrichtung* oder *Infrastruktur («facility»)*, die von potenziellen oder aktuellen Konkurrenten **nicht dupliziert** werden kann, zu verpflichten ist, diesen *Zugang* zu fairen Bedingungen zu gewähren.[1063] M.a.W. soll die vorwiegende Eigentümlichkeit des Sachverhalts, die die Verfechter der «Doktrin» hervorheben, in einem (aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht reproduzierbaren) *«bottleneck»* zwischen vor- und nachgela **[Seite 1213]** gertem Markt bestehen.[1064] Man hat es mit zwei unterschiedlichen «Ressourcen» (Inputs) zu tun, die jeweils auf einem *up*- und einem *downstream* Markt erzeugt werden und die gebündelt das *«Endprodukt»* bilden.[1065] Die genuine Problematik einer *essential facility* soll mithin ihren Grund darin haben, dass ein auf beiden Märkten tätiges, also vertikal integriertes Unternehmen über ein *qua* Sach- bzw. geistigen Eigentums oder Technologie vermitteltes Monopol an den Produktionsmitteln zur Gewinnung der einen oder anderen «Ressource» – aber nicht beider zugleich – verfügt und dass der monopolisierte Input für Konkurrenten auf verbundenen Märkten *unerlässlich* ist;[1066] alsdann ist es nämlich für ein eintrittswilliges Drittunternehmen, dem der Zugang zur «Einrichtung» versperrt bleibt, unmöglich, mit dem Monopolisten in Wettbewerb zu treten.

bb) Institutionenökonomik

249 Die marktwirtschaftlichen Bedenken, die die *essential facilities doctrine* erweckt, rühren zunächst einmal davon her, dass diese Doktrin *property rights* in jenem Bereich tangiert, den die verfassungsrechtliche Grundrechtslehre mit Blick auf die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) anhand der Metapher des «Kerngehalts»[1067] kennzeichnet.[1068] Um die ökonomischen Konsequenzen der *essential facilities doctrine* aus der Perspektive des *property rights*-Ansatzes zu beurteilen, muss dieser vorweg summarisch skizziert werden: Dieser stellt eine wirtschaftswissenschaftliche Lehre dar, die Verfügungs- bzw. Handlungsrechte – eben: *property rights* – als **Zuweisung von Entscheidungskompetenz** begreift.[1069] Dem Träger solcher Rechte kommt die ausschliessliche Befugnis zu, über die konkrete Verwendung der ihm mittels *property rights* zugeordneten Güter aus allen denkbaren (rechtmässigen) Nutzungsoptionen zu *entscheiden*.[1070] Die praktische Bedeutung der Theorie der *property rights* besteht darin, dass diese unter dem Gesichtspunkt der Effizienz anzugeben vermag, unter welchen Bedingungen sich die Schaffung von *property rights* ökonomisch rechtfertigt.[1071] Ein System solcher exklusiver Rechte, die funktional der Internalisierung von Externalitäten dienen, bildet in jenen Fällen eine *effiziente Institution*, wo der *Nutzen* der Internalisierung die *Kosten* der Schaffung solcher Rechte *übersteigt*.[1072] Der *property rights*-Ansatz kann alsdann auch als analytisches Instrument eingesetzt werden, um allfällige Störungen dieses Systems zu identifizieren, die aus faktischen

oder rechtlichen Gründen den Gebrauch von *property rights* ineffizient werden lassen. Aus diesem institutionentheoretischen Blickwinkel kann die Anwendung der *essential facilities doctrine* Effekte erzeugen, die sich auf das *property rights*-System negativ auswirken:

250 [Seite 1214] Anders als das traditionelle *Marktverhaltensrecht* (Art. 5 und 7), das die Wahrnehmung von *property rights* dann begrenzt (aber deren Zuordnung unverändert lässt), wenn diese wettbewerbstheoretisch *dysfunktional ausgeübt* werden, und im Unterschied zur *Marktstrukturkontrolle* (Art. 9 f.), die den Rahmen setzt, um Vorhaben einer *property rights*-Neuzuweisung (Unternehmensrestrukturierung mit Kontrollwechsel) auf ihre *künftige* Schädlichkeit für die Konkurrenz hin zu überprüfen, greift die hier fragliche *doctrine* in einen *bestehenden* Zustand der Verteilung von *property rights* ein.[1073] M.a.W. ist die *essential facilities doctrine* ordnungspolitisch insofern *system*in*konform*, (1) als sie – anders als Art. 5 und 7 – keine Verhaltensnorm darstellt, die die Ausübung von *Handlungsmöglichkeiten qua property rights* nach einer bestimmten Richtung hin *beschränkt*,[1074] und (2) als sie – anders als Art. 9 f. – nicht das Eintreten einer *künftigen* , d.h. fusionsgesetzlich noch nicht vollzogenen, wettbewerbswidrigen *property rights*-Zuordnung verhindert; *de facto* nimmt sie sich als eine regulierungsähnliche **«Umverteilungsregel» von *property rights*** aus.[1075] Die *essential facilities doctrine* fragmentiert «existierende» (allozierte) *property rights*, d.h. ein zugeordnetes Bündel von Entscheidungskompetenzen, um diese *einstweilen faktisch neu zuzuweisen*; oder vielleicht könnte man umgekehrt auch sagen – anstatt das Fragmentierungsbild zu gebrauchen –, dass diese *doctrine* individuelle *property rights* vorübergehend *de facto kollektiviert*. Zwar wird eine auf dieser Basis erfolgende behördliche Intervention in die Wirtschaft immer wieder mit Überlegungen über die *Machtkontrolle* zu legitimieren versucht.[1076] Tatsache aber ist, dass es der *essential facilities doctrine* nicht so sehr darum zu tun ist, das *Verhalten* eines Marktbeherrschers in Schranken zu weisen. Im Grunde stellt sie eine *obrigkeitlich angeordnete* und deshalb der institutionellen Ordnung von *property rights* – die, anders als die Vertragsfreiheit, *nie* einer kartellrechtlichen Rechtfertigung bedarf, da sie der Logik dieses Rechtfertigungsmodells schlechthin nicht zugänglich ist[1077] – widersprechende faktische Umverteilung der von Unternehmen privatautonom erworbenen Kontrolle über Produktionsmittel dar. Dies mit dem Zweck, diese Kontrolle *qua* Neuzuordnung der hinter dieser stehenden *property rights* an Unbefugte einstweilen *de facto* einzuräumen. Also wird im institutionellen «Unterbau» der Marktwirtschaft einem an sich autologisch-evolutorisch «gesollten» Wandel der Produktionsgüterallokation *künstlich* – in der Bedeutung von: «*system*in*konform*» – vorgegriffen.[1078] Obwohl empirische Daten bislang fehlen,[1079] spricht einiges dafür, dass die Anwendung der *essential facility doctrine* die Internalisierungsfunktion von *property rights* in einem Ausmass unterminiert, das die Kosten des Systems solcher Verfügungsrechte höher anfällen lässt als die Effizienzen, die durch die Internalisierung von Externalitäten vermittels *property rights* erzielt werden.[1080] Dann aber büsst dieses System seine ökonomische Rationalität ein. Die *essential facilities doctrine* – so könnte metaphorisch gesagt werden – ist *«Regulierungsrecht»*, nicht *«Wettbewerbsschutz»* im spezifischen Sinne des Kartellgesetzes[1081] und schon gar nicht *anti* [Seite 1215] *trust doctrine*.[1082] Ihre Verfügbarkeit im Arsenal des Kartellrechts ist schon in diesem Lichte fragwürdig.

cc) Industrieökonomik

251 Diese institutionentheoretischen Bedenken gegen die *essential facilities doctrine* finden ihren *praktisch greifbaren* Ausdruck in den **wettbewerbstheoretischen Anwendungsproblemen**, die mit dieser einhergehen: Deren Tatbestandsmerkmale sind bislang – und dies in jeder Rechtsordnung, die diese Doktrin anwendet – *unklar* und *unspezifisch* geblieben. Hält man kurz inne, um die in der *essential facilities doctrine* beschriebene Wettbewerbsproblematik des vertikalen *«bottleneck»* (s. N 248) näher zu betrachten, so ist *nicht* erkennbar, wodurch sich diese Problematik von

derjenigen, auf welche der institutionentheoretisch legitime Tatbestand der Lieferverweigerung (s. N 249 f.) zugeschnitten ist, unterscheidet:[1083]

252 Die *chain link theory*[1084] und die *single monopoly profit theory*[1085] lehren, dass der vertikal integrierte (Quasi-)Monopolist seine Monopolrente *so oder anders* – d.h. mit oder ohne Einstufung seines Verhaltens mithilfe von den (wie gesagt: diffusen) Kriterien der *essential facilities doctrine* – *vereinnahmen wird*; denn er wird den Preis für das im Monopolbereich produzierte Gut so hoch ansetzen, dass aus dem sog. «Endprodukt» (dem Erzeugnis, das sich aus den Gütern zusammensetzt, die auf den zwei fraglichen vertikal verbundenen Märkten hergestellt werden) auch tatsächlich die Monopolrente extrahiert wird.[1086] Eben deshalb ist zu erwarten, dass die Anwendung der *essential facility doctrine* im Vergleich zu den Regeln der *Lieferverweigerung* nichts Neues bringt (dies aber, im Unterschied zu diesen Regeln, unter Begleitung von institutionentheoretischen Bedenken[1087]): Regelmässig werden Preis und Absatz vom Umstand, ob nun [Seite 1216] der (Quasi-)Monopolist das auf dem beherrschten Markt erzeugte Gut für sich behält *(captive use)* oder mit Dritten «teilt», nicht tangiert, solange er die Modalitäten der Zugangsbestimmungen selber bestimmen kann.[1088] Es ist deshalb nicht ersichtlich, was die *essential facilities doctrine* im Vergleich zur *Lieferverweigerung* kartellrechtlichen «Mehrwert» schaffen könnte.[1089] WEKO und Sekretariat tendieren denn auch dazu, unter dem Titel der *essential facilities doctrine* die Sachverhalte tatbestandsmässig nach Massgabe des etablierten Fallrechts zu Art. 7 Abs. 2 lit. a zu behandeln.[1090] Diese Praxis verdient Zustimmung, denn die besagten Behörden sind *keine Preisregulatoren* und ohnehin nicht mit den entsprechenden Mitteln ausgestattet. Zum Schluss gilt es noch zu bedenken, dass die Lehre von der «wesentlichen Einrichtung» die **Dynamik der Marktwirtschaft** zu beeinträchtigen droht. Sie trägt nämlich das Risiko in sich, die diesem System immanenten *Anspornеffekte*, die die Marktteilnehmer zu immer «höherwertigeren» (effizienteren) Leistungen motivieren, zu schwächen. Solche *«incentives losses»* können dadurch eintreten, dass der Wettbewerber, dem Zugang zur «Einrichtung» gewährt wird, keinen Anlass mehr hat, nach autonomer Erzeugung des benötigten *input*-Gutes zu trachten *(«opportunistic behavior»)*.[1091] Ferner ist die *essential facilities doctrine* auch für die *volkswirtschaftlich unerlässliche Investitionstätigkeit* riskant: Sie könnte sie zum Erstarren bringen.[1092] Selbst also im Falle, wo zu erwarten ist, dass die Anwendung der hier in Frage stehenden Theorie zu Wohlfahrtsgewinnen führt, und darüber hinaus die Teilhabe der Verbraucher an diesen Gewinnen sichergestellt scheint, sind sämtliche Vorbehalte dagegen keineswegs ausgeräumt.

dd) *Essential facilities doctrine* unter Art. 102 AEUV

253 Die europäische Lehre und Praxis haben bislang der *essential facilities doctrine* gegenüber eine alles in allem behutsame Einstellung gezeigt. Der **EuGH** hat bislang diese **Doktrin nicht anerkannt**.[1093] Sein oft in diesem Zusammenhang zitiertes Urteil *Bronner* erwähnt zwar die *essential facilities doctrine*, allerdings nur im Rahmen der Parteivorträge.[1094] Darin ging es um die Frage, ob das Pressekonsortium Mediaprint, das einen wichtigen Teil des österreichischen Tagespressegeschäfts abdeckt, sich nach Art. 102 AEUV missbräuchlich verhalten hat, als es dem Verlag Bronner den Zugang zu seinem Liefersystem verweigerte.[1095] Der EuGH hielt in diesem Zusammenhang fest, dass die Verweigerung der in der Hauszustellung liegenden Dienstleistung nur dann gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verstossen könne, wenn «[… sie] zum einen geeignet wäre, jeglichen Wettbewerb auf dem Tageszeitungsmarkt durch denjenigen, der die Dienstleistung begehrt, auszuschalten, und nicht objektiv zu rechtfertigen wäre, und zum anderen die Dienstleistung selbst für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers in dem Sinne unentbehrlich wäre, dass kein tatsächlicher [Seite 1217] oder potenzieller Ersatz für das Hauszustellungssystem bestünde».[1096] Im Hinblick auf den letzterwähnten Punkt kommt der EuGH zum Schluss, dass das Vertriebssystem von *Mediaprint* für *Bronner* nicht unentbehrlich im geschilderten

Sinne sei (Rz 42–46). Schon deshalb stelle eine Verhaltensweise wie diejenige von *Mediaprint*, die *Bronner* zu unterbinden suche, keinen Verstoss gegen Art. 102 AEUV dar (Rz 47). Entsprechend verzichtete der EuGH auf die weitere Prüfung des behaupteten Missbrauchs. In diesen Ausführungen spiegeln sich die Bedenken wider, die sich aus ökonomischer Perspektive gegen die *essential facilities doctrine* aufdrängen (s. N 249 ff.). Die richterlichen Erwägungen zum Begriff der «Wesentlichkeit» einer Einrichtung (Rz 42–46) sind richtiger Auffassung nach dahingehend zu deuten, dass der EuGH unter keinen Umständen gewillt ist, das letztlich doch sehr anfällige Anreizsystem der Marktwirtschaft zu strapazieren, um mit unsicheren Wettbewerbsankurbelungen zu experimentieren. Deshalb setzt das Gericht die Latte eines wettbewerbspolitischen Interventionismus in diesem Fall verhältnismässig hoch an: Weder die (in Österreich landesweite) Einmaligkeit des in Frage stehenden Systems der Hauszustellung von Zeitungen noch die mangelnde «Rentabilität» einer allfälligen Schaffung eines zweiten derartigen Systems reichen für sich alleine aus, um die Annahme eines *«bottleneck»* zu rechtfertigen. Festgehalten wird sodann, dass die Existenz von Substitutionsmöglichkeiten, selbst wenn diese für das um Zugang ersuchende Unternehmen nur halbwegs zufriedenstellend sind, auf Anhieb die Möglichkeit eines Missbrauchs i.S.v. Art. 102 AEUV ausschliesst.

Die unteren Instanzen weichen in ihrer Praxis von der Rechtsprechung des EuGH ab. Das **EuG** hat die *essential facilities doctrine* mehrmals anerkannt,[1097] dies unter Anführung von Präjudizien, die diese Doktrin nicht anerkennen, was zumindest als eine Anomalie anzuschauen ist.[1098] Dasselbe trifft für die Praxis der **Europäischen Kommission**, die inzwischen ein ansehnliches *case law* entwickelt hat, zu.[1099] **254**

In der **europäischen Lehre** ist die *essential facilities doctrine* umstritten geblieben.[1100] Dennoch scheint sich allmählich ein gewisser Konsens herauszubilden, dass sich diese Doktrin im Ergebnis mit den Kriterien, nach denen die Gemeinschaftsorgane den *refusal to supply* eines marktbeherrschenden Unternehmens als missbräuchlich einstufen, in der Sache deckt und dass für die Theorie der «wesentlichen Einrichtung» *kein praktisches Bedürfnis* besteht.[1101] **255**

[Seite 1218] ee) *Essential facilities doctrine* unter Art. 7 KG

Obwohl sich die schweizerische Praxis auf einer ähnlichen Linie wie die europäische zu bewegen scheint, sind bei genauer Betrachtung doch Unterschiede zu verzeichnen.[1102] Der bedeutendste liegt im Umstand, dass die *essential facilities doctrine* von der **höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt** wurde. Das Bundesgericht ging bereits in seinem Entscheid *Entreprises Electriques Fribourgeoises* ausführlich auf diese Theorie ein.[1103] Es ist aber unsicher, ob das Gericht in diesem Urteil – dies wegen des eher zweideutigen Satzes: «*La motivation des autorités inférieures* [sc. die sich in ihren Erwägungen auf die *essential facilities doctrine* berufen haben], *qui est conforme à l'avis de la doctrine, est convaincante*» – die Lehre von der «wesentlichen Einrichtung» zu geltendem Recht erklärte.[1104] Die Frage kann man auf sich beruhen lassen. Denn das Urteil *Coopérative des producteurs de fromages d'alpages «L'Etivaz» contre X* ist *unmissverständlich*. Darin wird die Rechtslage endgültig klargestellt: **256**

> «Conformément à la théorie de l'‹essential facility› désormais *consacrée aussi en droit suisse*, la position dominante peut résulter de ce que l'entreprise dispose de droits exclusifs sur une installation, une infrastructure ou un équipement indispensable et qu'il n'existe pas de substitut réel ni potentiel».[1105]

Nach herrschender Lehre ist mit dieser Erwägung die *essential facilities doctrine* eine Tatbestandsvariante des geltenden Art. 7 Abs. 2 lit. a geworden.[1106] Kritisch wird man zu diesem Urteil vor allem bemerken, dass sich das Bundesgericht auf die (doch zentrale) Frage nicht eingelassen hat, wodurch sich das Merkmal der Unerlässlichkeit eines *inputs*, der vom Grundtatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. a vorausgesetzt wird, von demjenigen der «wesentlichen Einrichtung» unterscheidet.

Der (wegen seiner im Ergebnis industrieökonomisch leidliche Stimmigkeit) wichtigste Entscheid der **WEKO** ist bisher der Fall *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.[1107] Die Behörde kommt darin auf die *essential facilities doctrine* im [Seite 1219] Hinblick auf die Frage, ob Art. 7 Abs. 2 lit. a tatbestandlich eine *Wettbewerbsbeseitigung* (s. N 225 ff.) voraussetzt (bzw. in gewissen Tatbestandsvarianten voraussetzen kann), zu sprechen: **257**

> «Die Diskussion um das Erfordernis einer Wettbewerbsbeseitigung ist im Zusammenhang mit der ‹Essential Facilities›-Doktrin zu sehen. Gemäss dieser Doktrin gelten als ‹Essential Facilities› wichtige, nicht duplizierbare Infrastrukturen (z.B. Hafen, Flughafen). In Konstellationen, in denen der Zugang zu diesen verweigert wird, ist ein allfälliger Restwettbewerb auf dem ausschliesslich durch die Benutzung der Essential Facility bearbeitbaren Markt per se nicht möglich. Es ist in solchen Fällen daher auch nicht problematisch, eine Wettbewerbsbeseitigung zu fordern, da eine solche regelmässig vorliegt».[1108]

An diesem Punkt nimmt die Argumentation der WEKO allerdings eine seltsame Wende. Um am Grundsatz des einheitlichen Missbrauchsstandards[1109] festzuhalten – den die WEKO zwar formal seit jeher postuliert, was sich aber als unrealistisch entpuppt, zumal sie selber ihr Postulat in der Praxis nicht beachtet[1110] –, sucht diese Behörde einen Ausweg, um die *essential facilities doctrine* mindestens zu relativieren (nach Möglichkeit wohl abzulehnen), da diese ihrer Ansicht nach tatbestandsmässig eine Wettbewerbsbeseitigung verlangt.[1111] Das gelingt ihr denn auch. Der Beweggrund, dies zu tun, ist indes *Resultat eines Fehlurteils*; das materiellrechtliche Ergebnis ist *trotzdem überzeugend* (obwohl in *fragwürdiger* Weise *begründet*):

> «Es ist darauf hinzuweisen, dass sowohl im schweizerischen Recht als auch im EU-Recht Skepsis besteht, ob der ‹Essential Facility›-Doktrin eine eigenständige Bedeutung zukommt. […] In der Lehre wird hierzu Folgendes festgehalten: ‹Die Zugangsverweigerung und die herkömmliche Geschäftsverweigerung unterscheiden sich nicht derart voneinander, als dass sich eine Beurteilung durch unterschiedliche Kriterien rechtfertigen würde.› *Daran* lässt sich *anschliessen* , dass *kein Grund besteht*, wegen der spezifischen Gegebenheiten von ‹Essential Facilities›-Sachverhalten die allgemeinen Kriterien zu verschärfen und anstatt einer Wettbewerbsbehinderung eine Wettbewerbsbeseitigung zu verlangen, nur weil dieses Erfordernis im Falle einer tatsächlichen ‹Essential Facility› faktisch erfüllt ist».[1112]

Das *Ergebnis* ist zumal deshalb korrekt, weil die *essential facilities doctrine* sowohl institutionentheoretisch Bedenken erweckt (s. N 249 f.) als auch industrieökonomisch unschlüssig ist (s. N 251 f.) – was die WEKO freilich nicht thematisiert – und ihre Anwendungskriterien, soweit sie bisher überhaupt definiert werden konnten, auf einem verwirrlichen *property rights approach* setzen (Kriterium: *«Kontrolle» einer nicht duplizierbaren «Einrichtung» durch den Marktbeherrscher*, was als Tatbestandsmerkmal alles andere als klar ist: Geht es um die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes, um die Marktbeherrschung oder um die Unerlässlichkeit des Gutes?); dieser *approach* scheint mit dem System des Kartellgesetzes unvereinbar zu sein (s. N 257 f.). Demgegenüber ist das *Lieferverweigerungsrecht* gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a materiellrechtlich durchaus in der Lage, das von der Theorie der «wesentlichen Einrichtung» anvisierte Wettbewerbs [Seite 1220] problem *systemkonform* zu bewältigen (s. N 216 ff.); ein Bedarf nach dieser Theorie ist mithin nicht erwiesen.[1113] Die WEKO hat aus diesem Grund die Lehre von der «wesentlichen Einrichtung» im Fall *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* nicht anerkannt.[1114] Den Fall hat sie mithilfe von der *«monopoly-leveraging»*-Theorie und den Merkmalen der Lieferverweigerung bewältigt (s. N 216 ff., 252),[1115] was aus den geschilderten Gründen Zustimmung verdient.

Allerdings kam es nach dem Entscheid *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* zu Ausführungen der WEKO, die den Anschein geben, dass diese Behörde die Möglichkeit nicht ausschliessen will, die *essential facilities doctrine* zu anerkennen. In einem Gutachten i.S.v. Art. 15 Abs. 1 aus dem Jahre 2011 äusserte sich die WEKO wie folgt: **258**

> «Selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence tombe aussi sous le refus d'entretenir des relations commerciales de l'art. 7 al. 1 let. a LCart la *‹essential facilities doctrine›*. Les conditions sont les suivantes: [… 1.] une infrastructure nécessaire et non duplicable [, … 2.] refus d'utilisation de cette infrastructure (contre rémunération) sans explication raisonnable».[1116]

Damit scheint die Behörde eine Bereitschaft zu signalisieren, inskünftig der Theorie der «wesentlichen Einrichtung» womöglich den Status einer eigenständigen Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 lit. a einzuräumen, was durch die Berufung auf eine «pratique décisionnelle des autorités de concurrence» noch bekräftigt wird.[1117] Man wird allerdings der in der Lehre vorherrschenden These mit Vorsicht begegnen, wonach mit dieser Aussage eine *formelle* Anerkennung der *essential facilities doctrine* stattgefunden hat. Denn das für das waadtländische Kantonsgericht erstellte Gutachten ist keine Verfügung[1118] und besitzt insofern auch *keine rechtliche Verbindlichkeit*, und zwar weder der WEKO selbst noch den Gerichten gegenüber.[1119] Ende 2013 kam sodann die hier diskutierte Doktrin im Fall *Swatch Group Lieferstopp* abermals zur Sprache. Darin meinte die WEKO:

> «Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG betrifft eine breite Palette von Verhaltensweisen, die alle auf eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen hinauslaufen. […] [A]uch spezifischere Verhaltensweisen [werden] erfasst, wie die *Weigerung, den Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung (essential facility) zu gewähren* […]».[1120]

Hinsichtlich dieser Erwägung kann das soeben zum *«Avis de la Commission de la concurrence pour le Tribunal cantonal du Canton de Vaud dans la cause A. Cornamusaz* [Seite 1221] *contre Coopérative des producteurs de fromages d'alpage ‹L'Etivaz›»* Bemerkte wiederholt werden. Denn der wiedergegebene Auszug aus dem Entscheid *Swatch Group Lieferstopp* stellt ein *obiter dictum* dar, der weder an der (formellen und materiellen) Rechtskraft des Entscheids teilhat noch rechtliche Verbindlichkeit entfaltet,[1121] sodass auch hinsichtlich dieses Entscheides zweifelhaft ist, ob die WEKO damit die *essential facilities doctrine* zumindest *formell* anerkannt hat.[1122] Der Befund, dass die Randziffer 290 der Verfügung *Swatch Group Lieferstopp* ein *obiter dictum* ist, folgt aus dem Umstand, dass die *ratio decidendi* dieses Entscheides nicht auf der vorliegend fraglichen Theorie, sondern auf der Tatbestandsvariante der *Liefersperre* i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a gründet.[1123] Dies wird umso manifester, wenn man das Resümee der von der WEKO durchgeführten Missbrauchsanalyse zur Kenntnis nimmt:

> «Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sowohl ETA als auch Nivarox [sc. zwei Konzernglieder der Swatch-Gruppe] eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Weiter dürfte der *geplante Lieferstopp* den *wirksamen Wettbewerb* auf dem Markt für mechanische Uhrwerke sowie auf dem nachgelagerten Markt für mechanische Fertiguhren *stark behindern*, da die Marktteilnehmer auf absehbare Zeit noch *auf Lieferungen* von ETA resp. Nivarox *angewiesen* sind. Der geplante Lieferstopp ist zudem *nicht durch sachliche Gründe rechtfertigbar*. Ein kurzfristiger Lieferstopp durch Swatch Group wäre deshalb *als missbräuchlich* im Sinne von Art. 7 KG einzustufen».[1124]

Versucht man die vorangehenden Ausführungen über die Haltung der WEKO gegenüber der *essential facilities doctrine* zu würdigen, so ist der Befund nicht eindeutig: Es mag durchaus sein, dass diese Behörde diese Theorie *informell* übernommen hat und sie als eine Variante des Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. a ansieht; dann wäre es nur eine Frage der Zeit, bis ihr ein Sachverhalt vorliegt, der sich eignet, um die Doktrin formell zu anerkennen; ebenso gut wäre freilich vorstellbar, dass die WEKO bis heute die Frage offen lassen wollte, ob diese Lehre abgelehnt oder gebilligt werden sollte; dafür spricht, dass bislang keine Äusserung der WEKO über die *essential facilities doctrine* an der *formellen* und *materiellen Rechtskraft* einer von ihr erlassenen Verfügung *teilhat*.

259 Das **Sekretariat** hat 2007 im Fall *NOK-Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR* ausgeführt, dass die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung dann missbräuchlich sei, wenn der Marktzutritt zu einem komplementären Markt ohne Zugang zu dieser Einrichtung *de facto* nicht möglich wäre, diese Einrichtung nicht dupliziert werden könne und keine genügenden Substitute bestehen würde.[1125]

In einem jüngeren Schlussbericht hat es folgende vier Merkmale für eine missbräuchliche «Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne einer Zugangsverweigerung zu einer wesentlichen Einrichtung» für tatbestandskonstitutiv angesehen, welche freilich *vollkommen* den *üblichen* Merkmalen des Tatbestands der Lieferverweigerung (s. N 216 ff.) *entsprechen*: (1) die anvisierte Verhaltensweise besteht in einer **Verweigerung, Geschäftsbeziehungen** zu unterhalten; (2) die Verweigerung betrifft den Zugang zu einer Einrichtung, deren Nutzung **objektiv notwendig** ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können; (3) die Verweigerung führt zu einer **Wettbewerbsbehinderung**; (4) die Verweigerung kann **nicht** durch *legitimate business reasons* **gerechtfertigt** wer [Seite 1222] den.[1126] Mithin wendet das Sekretariat unter der Etikette *essential facilities doctrine* das Analyseraster des Grundtatbestandes von Art. 7 Abs. 2 lit. a an. Über die Frage, ob damit von einer Anerkennung dieser Doktrin ausgegangen werden kann, lässt sich füglich streiten.

In der **Lehre** sind zurzeit keine besonderen Beiträge zu verzeichnen, die sich spürbar von Praxis und Rechtsprechung unterscheiden bzw. an dem davon gesetzten Rahmen die dargestellte Kritik äussern (s. N 256 ff.).[1127] Dies bis auf eine Ausnahme von Bedeutung: In einer vor Kurzem vorgelegten Studie wird die (bislang noch nirgendwo auch nur im Ansatz angedeutete) These vertreten, dass die *essential facilities doctrine* einer *gänzlich neuen* – in der Sache unorthodoxen – *dogmatischen Einordnung* bedarf. Ausgangspunkt des Arguments ist die Feststellung, dass auch nach den vielen Jahren wissenschaftlicher Erforschung und praktischer Anwendungsversuche dieser Theorie weder deren Abgrenzung von den anderen Tatbestandsvarianten von Art. 7 noch überhaupt eine begriffliche Erschliessung ihrer *Policy* gelungen sind.[1128] Das ist, so die Diagnose der Studie weiter, kein genuin schweizerisches Phänomen, sondern ein internationales: **260**

> «Auch in den rechtsvergleichend untersuchten Rechtsordnungen der Europäischen Union und der Vereinigten Staaten von Amerika sind weite Teile der Lehre zum Schluss gelangt, dass die Essential Facilities-Doktrin *analytisch unzulänglich* ist».[1129]

Aus diesem Befund wird gefolgert, dass diese Theorie nicht als eigenständige Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 lit. a einzustufen ist, sondern vielmehr als Konstrukt, das in hochabstrahierter Form aus Kriterien besteht, welche konkretisierungsfähig sind, um die einzelnen Tatbestandsvarianten, die von dieser Bestimmung erfasst werden, aufzubauen und zu strukturieren. Der Befund der hier fraglichen Studie ist folgerichtig und einleuchtend:

> «Wenn die Essential Facilities-Doktrin weder einheitlich definiert noch vom allgemeinen Konzept der Geschäftsverweigerung überzeugend abgegrenzt werden kann […], besteht […] der beste Ansatz in der Behandlung der Essential Facilities-Doktrin als *identisch mit dem Recht der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen*. Wie für viele andere international übliche Konzepte führt dies demnach dazu, dass es *die* Essential Facilities-Doktrin nicht gibt – so wie es beispielsweise auch *die* Prozessfähigkeit oder *die* Dienstbarkeit nicht gibt – und deshalb […] das Bewusstsein wichtig ist, dass wir es hierzulande immer nur, aber immerhin mit einer *Essential Facilities-Doktrin schweizerischer Prägung* zu tun haben, wie sie sich aus der (gesamten) Praxis zu Art. 7 Abs. 2 lit. a KG ergibt. […] Im Schweizer Kartellrecht ist der Ausdruck der Essential Facilities-Doktrin somit gleichbedeutend mit dem gesamten Recht der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG. *Art. 7 Abs. 2 lit. a KG* ist *die Schweizer Essential Facilities- Doktrin*».[1130]

f) Verweigerung von immaterialgüterrechtlich oder technologisch geschützten Gütern

Als *Vorbemerkung* ist festzustellen, dass die Praxis zu Art. 7 Abs. 2 lit. a in den letzten Jahren dazu beigetragen hat, dass heute eine durchs Band feststellbare kartellrechtlich gleiche oder doch sehr ähnliche Behandlung[1131] des Schutzes besteht, (1) den geistiges [Seite 1223] Eigentum *de iure* einräumt und (2) den moderne Technologien, namentlich Digitaltechnologien, *de facto* gewähren.[1132] Das aus dem **geistigen Eigentum** fliessende exklusive Schutzrecht bezweckt, Dritte von der **261**

Nutzung des geschützten Gegenstandes ohne Zustimmung des Rechteinhabers auszuschliessen. Dieses Schutzsystem würde in seiner Funktion gestört, wenn man dem Berechtigten ab dem Zeitpunkt, da er den relevanten Markt beherrscht, die allgemeine Pflicht auferlegen würde, jedem Dritten eine Lizenz für den Schutzgegenstand zu erteilen (N 212). Dasselbe gilt für **technologisch** (d.h. faktisch) **geschützte Schnittstelleninformationen**. Infolgedessen ist die Verweigerung einer Lizenz oder einer Offenlegung einer Schnittstelleninformation nicht *per se* missbräuchlich i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a.[1133] Umgekehrt ist aber die Tatsache, dass sich das von der Geschäftsverweigerung betroffene Gut als immaterialgüterrechtlich geschützt ausnimmt oder unter technologischer Kontrolle des Marktbeherrschers steht, *per se* kein *ausreichender Rechtfertigungsgrund* für die fragliche Verhaltensweise.[1134] Damit ein Missbrauch vorliegt, braucht es neben den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1bis und 4 Abs. 2 (s. N 23, 24) nicht nur die Erfüllungen der Missbrauchsmerkmale des Grundtatbestandes (s. N 216 ff.). Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Lizenzverweigerung oder die Weigerung, Schnittstelleninformationen offenzulegen, eine für die Konsumenten vorteilhafte Innovation (z.B. ein neues Produkt) verhindert,[1135] deren Verwirklichung notwendig ein Verbot der Verweigerung voraussetzt.[1136] Das kann nur der Fall sein, wenn es für das Unternehmen, das die Lizenz oder die Schnittstelleninformationen verlangt, nach Massgabe des Unerlässlichkeitskriteriums (s. N 218 ff.) geschäftlich unzumutbar ist, sich darauf zu beschränken, die bereits bestehenden Produkte oder Dienstleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens nachzuahmen (sofern selbstredend eine solche Nachahmung zulässig ist, z.B. durch erlaubtes *reverse engineering*). Dieses Unternehmen muss dann einen konkret ausgearbeiteten Plan nachweisen können, ein neues Gut [Seite 1224] zu produzieren, das eine potenzielle Nachfrage der Konsumenten zu befriedigen vermag.[1137] Die Europäische Kommission wendet in diesem Fall den sog. *«incentives balance test»* an.[1138] Danach muss die durch eine Zwangslizenz bzw. durch eine Pflicht zur Offenlegung von Schnittstelleninformationen bewirkte Reduktion der Innovationsanreize, die das marktbeherrschende Unternehmen in der Vergangenheit motivierten, durch die erhöhten Innovationsanreize der Wettbewerber übertroffen werden.[1139] Im Fall *SIX* kam die WEKO zum Schluss, dass *in casu* nicht ersichtlich ist, weshalb die Offenlegung der Schnittstelleninformationen zu einer gesamthaften Beeinträchtigung der Investitions- und Innovationsanreize führen sollte. Die Behörde ging davon aus, dass die positiven Folgen einer Offenbarung der Schnittstelleninformationen auf den Innovationswettbewerb überwiegen.[1140] Indessen war ihrer Ansicht nach nicht erforderlich, dass das durch die Verweigerung verunmöglichte Innovationsgut im Zeitpunkt der Gewährung der kartellrechtlich begründeten Informationsrechte Dritter bereits marktreif ist; es genügte im Lichte der konkreten Umstände des Sachverhalts, so meinte sie, wenn ein hinreichend erkennbares Innovationspotenzial dieser Dritten nachweisbar ist. In der Rechtsprechung scheint sich eine Tendenz bemerkbar zu machen, in Fällen, wo es um Immaterialgüterrechte geht, nach Kriterien zu suchen, die die sehr einfache *Magill*-Formel («für den Konsumenten vorteilhafte Entwicklung») ergänzen und analytisch robuster gestalten können.[1141]

g) Sonderfrage: Geschäftsverweigerung in Vertriebsnetzen

Die Missbräuchlichkeit der Weigerung, ein Unternehmen in ein *Vertriebsnetz*[1142] (z.B. in ein *Franchisingsystem*) aufzunehmen, hängt regelmässig vom Inhalt, von den Motiven und von den Auswirkungen einer **Abrede** i.S.v. Art. 4 Abs. 1 zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und den angeschlossenen Händlern ab.[1143] Es finden die Grundsätze von Art. 5 sowie die einschlägige Spruchpraxis Anwendung.[1144] Hervorzuheben ist hier lediglich, dass die *Marktmacht* des Herstellers ein Schlüsselelement für die Analyse der wettbewerbsschädlichen Auswirkungen eines Netzes von Vertriebsabreden darstellen kann.[1145] Der Marktbeherrscher kann mit *Vertriebsverträgen*, die gegen Art. 5 verstossen, zugleich auch Art. 7 Abs. 2 lit. a verletzen, wenn er die Aufnahme eines Dritten in das Vertriebsnetz verweigert (s. zum Verhältnis von Art. 5 und 7 N 14 ff.).[1146] Ein Beispiel ist [Seite 1225] der *selektive* **262**

Vertrieb, der insofern Verdrängungseffekte zeitigen kann, als das marktbeherrschende Unternehmen, das mit einem Händler die Abrede trifft, ausschliesslich diesen im Absatzgebiet zu beliefern, durch diese Exklusivität alle anderen Abnehmer im Absatzgebiet ausschliesst.[1147] Zur Beurteilung dieser (Teil-) Frage sind im Prinzip die Missbrauchsmerkmale des *Grundtatbestandes* einschlägig (s. N 216 ff.).

7. Rechtsfolgen

a) Allgemeines

263 Die Schwierigkeit der Rechtsfolgenbestimmung im Wettbewerbsrecht im Allgemeinen und im Rahmen von Art. 7 im Besonderen liegt in der Wiederherstellung von Systemfunktionen und nicht, wie sonst im Recht üblich, in der Liquidation personaler Vermögenseinbussen. Die zuständigen Behörden müssen in diesem Zusammenhang ihre Verfügung auf die Erkenntnisse der vorgenommenen wirkungsbasierten Analyse abstimmen, also bei der Festlegung der Folgen einer Normverletzung «in Effekten» denken. Bezogen auf Art. 7 Abs. 2 lit. a bedeutet dies, dass sie versuchen müssen, die spezifischen Charakteristiken der in Frage stehenden Geschäftsverweigerung in konkrete Verhaltensanordnungen *(behavioural remedies)* umzumünzen. Im Vordergrund steht natürlich die Kontrahierungspflicht; aber auch andere Auflagen sind je nach konkretem Einzelfall vorstellbar, um die Wettbewerbsbeeinträchtigung zu beseitigen.[1148] Im Einzelnen ist zwischen Rechtsfolgen, die im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (s. N 264 f.) angeordnet werden, und solchen, die vom Zivilrichter (s. N 266 f.) bestimmt werden, zu differenzieren.

b) Verwaltungsverfahren

264 Wenn eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist, reicht die einfache Feststellung der Unzulässigkeit dieses Verhaltens im Allgemeinen nicht aus, um wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen. Der Marktbeherrscher muss verpflichtet werden, die entsprechenden Geschäftsbeziehungen mit den behinderten Unternehmen zu marktkonformen Bedingungen (wieder-)herzustellen. Daher sollte das Dispositiv einer entsprechenden Entscheidung neben den üblichen Entscheidungskomponenten (Feststellung der Tatbestandsmässigkeit der untersuchten Verhaltensweise, allfällige Auferlegung einer Sanktion, Entscheidung der Kostenfrage, Angabe der Rechtsmittel und Entscheidungseröffnung) auch Verhaltensanweisungen, welche die Behinderungswirkung beseitigen sollen[1149] und weitere Massnahmen enthalten, die dazu dienen, die korrekte Umsetzung der Entscheidung zu überwachen.

265 In ihrer Praxis scheint die WEKO implizit davon auszugehen, dass sie für die Feststellung der Ungültigkeit von Vertragsklauseln zuständig sei, die gegen Art. 7 verstossen,[1150] obwohl Art. 13 lit. a diese Kompetenz nur dem Zivilrichter zugesteht. Falls die WEKO tatsächlich über jene Kompetenz verfügen sollte – was richtiger Auffassung nach zutrifft, da sonst nicht einzusehen ist, wie wirksamer Wettbewerb auf den betroffenen Märkten wiederhergestellt werden sollte[1151] – ist *e minore ad maius* davon auszugehen, dass die [Seite 1226] Wettbewerbsbehörde bzw. -gerichte die Parteien auch in Analogie zu Art. 13 lit. b verpflichten können, einen Vertrag einzugehen. Bei der Auferlegung einer solchen Massnahme sollte sich die Wettbewerbsbehörde darauf beschränken, die grossen Linien des Vertrages festzulegen, unter dem Vorbehalt freilich, auch die Einzelheiten anzuordnen, wenn sich die Parteien nicht innert nützlicher Frist einigen können.[1152] Wenn eine Geschäftsverweigerung festgestellt wird, erlaubt eine mit dem Sekretariat einvernehmliche Regelung, welche die WEKO anschliessend gemäss Art. 29 KG genehmigt, den Wettbewerb wiederherzustellen und zu erhalten. Diese

Vorgehensweise wurde im Fall *Swatch Group Lieferstopp* angewendet und erlaubt, eine Befragung der gesamten Marktteilnehmer durchzuführen, bevor eine Verhandlungslösung gefunden wird.[1153]

c) Zivilverfahren

266 Nach Art. 13 lit. b kann der Richter anordnen, dass der Verursacher einer Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten marktgerechte oder branchenübliche Verträge abschliesst.[1154] Nach der Dispositionsmaxime darf der Richter nicht über die Forderungen des behinderten Unternehmens hinausgehen. Deshalb sollte dieses seinen Anspruch mit Bedacht formulieren, weil dieser Anspruch nämlich den Vertragsantrag des marktbeherrschenden Unternehmens ersetzt und den entsprechenden obligationenrechtlichen Voraussetzungen (Art. 1 ff. OR) genügen muss, d.h. er muss wenigstens alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte umfassen, namentlich den Preis.

267 Heikel ist Art. 13 Abs. 2 lit. b vor allem deshalb, weil er vorsieht, dass der Vertrag marktgerecht und branchenüblich sein muss. Im Fall einer Unterbrechung oder einer Einschränkung einer Geschäftsbeziehung (N 241 ff.) können sich Kläger und Richter auf die vorbestehenden Vertragsbedingungen stützen, wobei sie darauf Acht geben sollten, dass die wesentlichen Vertragspunkte auch tatsächlich marktkonform sind. Im Fall einer Weigerung, eine neue Geschäftsbeziehung aufzunehmen (N 246 f.), mögen Geschäftsbeziehungen, die das marktbeherrschende Unternehmen mit anderen Unternehmen unterhält, als Referenz dienen, selbst wenn objektive Elemente (zusätzliche Kosten, verschiedene Zielsetzungen zwischen den Geschäftspartnern usw.) eine abweichende Gestaltung der Einzelheiten rechtfertigen. Der Richter kann insbesondere eine Gemeinschaft, z.B. einen Verein oder eine Genossenschaft, dazu auffordern, ein zusätzliches Mitglied zuzulassen.[1155] Wenn das vom Marktbeherrscher hergestellte Gut mit seinen Eigenschaften, Produktionskosten, Preis usw. nicht als Basis der Vertragsgestaltung dienen kann (z. B. wenn eine Lizenz zum ersten Mal anbegehrt wird), gestaltet sich die Aufgabe von Kläger und Richter ungleich schwieriger und komplexer. In diesem Fall sollte ein Experte beigezogen werden, der nach Massgabe der konkreten Umstände des Einzelfalles sachgerechte Vertragsbedingungen festlegt. Gleichwohl scheint gemäss der WEKO eine [Seite 1227] blosse Bezugnahme auf die üblichen Voraussetzungen grundsätzlich unzureichend zu sein, und die Klage müsse auf alle objektiv wesentlichen Punkte des gewollten Vertrages hinweisen.[1156] Lässt es das Zivilprozessrecht zu, liegt das sachadäquate Vorgehen für die Festlegung der Vertragsmodalitäten darin, vermittels einer Stufenklage zunächst einmal die Frage der Kontrahierungspflicht als solcher zu klären; gegebenenfalls wäre dann den Parteien eine Frist anzusetzen, um einen marktgerechten Vertrag auszuhandeln, dies mit der Androhung, dass im Falle des Scheiterns der Verhandlungen der Vertragsinhalt vom Gericht festgelegt würde.

III. Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)

1. Allgemeines

268 Art. 7 Abs. 2 lit. b betrifft die «Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen» durch Unternehmen in beherrschender Stellung *(discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciale; discriminazione di partner commerciali in materia di prezzi o di altre condizioni commerciali; abusive price or contract terms discrimination)*. Es geht um Ungleichbehandlungspraktiken des Marktbeherrschers,[1157] die Handelspartner auf vor- oder nachgelagerten Märkten ohne objektiven Grund im Rivalitätsprozess benachteiligen.[1158] Mit lit. b scheint der Gesetzgeber einen sehr ausgedehnten – um nicht zu sagen: ausufernden – Tatbestand ins Auge gefasst zu haben. Dieser Eindruck wird leicht einsichtig, wenn man bedenkt, dass «[…] discrimination, and in particular

price discrimination, is, in some sense, implicated in most abuses, which makes it difficult […] to have a *single unified definition of abusive discrimination*».[1159] Indes kann auf Anhieb ausgeschlossen werden – und sei es nur aus Rechtssicherheitserwägungen, da die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung für Unternehmen von gewichtiger Bedeutung ist (s. N 53 ff.) –, dass der Gesetzgeber mit lit. b einen irgendwie «exorbitanten» Anwendungswillen hegte (s. N 293 ff.). Dennoch stellt die Bestimmung des **Anwendungsbereichs** dieser Vorschrift deren eigentliche interpretatorische Krux dar, zumal damit eine ganze Reihe diffiziler Rechtsfragen einhergehen (s. N 296 ff.). Aus diesem Grund muss als Erstes das legislativ angedachte *Diskriminierungskonzept* ergründet werden. Denn es stellt das einzige zur Verfügung stehende Instrument dar, um Sachverhalte, die nach lit. b zu beurteilen sind, von Sachverhalten zu scheiden, die trotz diskriminatorischen «Spurenelementen» das spezifische Wettbewerbsschädigungspotential, das diese Vorschrift im Visier hat, nicht aufweisen.

269 Ein dem Sachproblem angemessenes Verständnis dieses Konzepts ist ferner auch deshalb unabdingbar, weil ihm aufgetragen ist, einer dem Recht zwar arteigenen, aber *in casu* dennoch heiklen Tendenz der Spruchpraxis entgegenzuwirken, die Vokabel «Diskrimi [Seite 1228] nierung» in einer rein *juristischen* Bedeutung zu begreifen.[1160] «Heikel» deshalb, weil ein inadäquat verstandenes Diskriminierungskonzept sich sowohl *verengend* als auch *ausdehnend* auf den Anwendungsbereich der lit. b auswirkte und dadurch den gesetzgeberischen Sinn der Vorschrift verzerrte. Der Rechtsanwender muss sich gewahr sein, dass die Vokabel «Diskriminierung» in lit. b primär ein **industrieökonomisch «aufgeladenes» Konzept** bildet, das auf das *wettbewerbspolitisch* relevante Schädigungspotenzial der erfassten Verhaltensweise gemünzt ist (s. N 323 ff.). Oder anders ausgedrückt: Ohne die Ungleichbehandlungskonnotation des Begriffs «Diskriminierung» zu relativieren, gebietet die wirtschaftsrechtlich-funktionale Ausrichtung von Art. 7 Abs. 2 lit. b gleichwohl, dass dessen semantischer Inhalt primär auf der Basis der Industrieökonomik zu erschliessen ist, wo die Vokabel eine *neutrale* Denotation besitzt (s. N 283 ff.), und nicht, wie in der Rechtswissenschaft, eine durch und durch *pejorative*. Ein rein juristisches Verständnis des Begriffs würde die Gefahr hervorrufen, dass genau das von lit. b bekämpfte Wettbewerbsschädigungspotenzial verpasst würde (Typ II-Fehler) oder – und dies ist die hauptsächliche Tücke besagter Bestimmung – *false positives* (Typ I-Fehler; s. N 123) in übermässiger Anzahl aufgegriffen würden.[1161] Im Folgenden wird sodann auch darzulegen sein, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b nur auf eine einzige der verschiedenen denkbaren Diskriminierungskonstellationen, nämlich auf die sog. *pure discrimination* , d.h., wie der Wortlaut dieser Vorschrift explizit sagt, auf die **Diskriminierung von Handelspartnern** des marktbeherrschenden Unternehmens anwendbar ist (s. N 310 ff.). Die anderen Ausprägungen der Diskriminierung, namentlich die verschiedenen Arten von *primary-line discrimination* (s. N 294), die Konkurrenten auf dem *beherrschten* Markt behindern, sind grundsätzlich «Fälle» von Art. 7 Abs. 2 lit. e (oder allenfalls, vor allem in preisbezogenen Konstellationen, von lit. d, wobei auch in dieser Hinsicht Ausnahmen zu verzeichnen sind; s. N 294, 296 ff.).[1162]

270 Die Diskriminierung ist nicht bloss ein in Art. 7 Abs. 2 lit. b allzu breit formulierter Tatbestand, sondern auch ein solcher, der aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht oft *ambivalent* ist.[1163] Die **Industrieökonomik** lehrt, dass eine *preisliche* oder *preiswürdige* (d.h. nicht-preisliche, aber wie eine preisliche wirkende[1164]) Diskriminierung als solche noch keinerlei Rückschlüsse auf ihre Wettbewerbsauswirkungen zulässt. Just diesen Punkt hat der EuGH in der Vorabentscheidung *Post Danmark I* unmissverständlich festgehalten.[1165] Darauf wird in N 280, 313, 316 näher eingegangen. Verschiedene Spielarten der Diskriminierung können sogar *wettbewerbsförderlich* sein, d.h. die Konsumentenwohlfahrt erhöhen, weil sie z.B. die Möglichkeit schaffen, kommerziell nach Massgabe der Kaufkraft [Seite 1229] der Verbraucher oder ähnlicher Kriterien zu differenzieren und die Kundschaft in verschiedene Klassen mit unterschiedlichen Bedürfnissen/Ansprüchen

zu segmentieren; denn derartige Segmentbildungen erlauben letztlich, den *output* des marktbeherrschenden Unternehmens zu steigern (s. N 286).[1166] Dass etwa die SBB ein System mit zwei Reiseklassen betreibt – was industrieökonomisch fraglos eine Diskriminierung darstellt (s. N 272 ff.) –, fällt wohlfahrtstheoretisch *positiv* in die Waagschale, weil auf diese Weise unter Berücksichtigung der Reservationspreise (s. N 273) der Passagiere die Personenzüge effizienter ausgelastet werden können als im Fall, da nur eine einzige Reiseklasse existierte. Anders gewendet: Ein Einheitspreis würde im Fall eines breiteren Kundenspektrums (wie dasjenige der SBB) von der Anbahnung einiger und zuweilen sogar vieler Geschäftsbeziehungen abhalten, was auf eine Verschwendung von knappen Ressourcen hinausliefe (z.B. die Verschwendung von ca. 70% Transportressourcen bei lediglich zu ca. 30% besetzten Eisenbahnwagen). Entsprechend kann eine *formale* Diskriminierung nicht unbesehen als unerlaubt gelten. Ein Verbot setzt deshalb immer eine Schädigung der Konsumentenwohlfahrt (als Abgrenzungskriterium von zulässigen Diskriminierungen) voraus. M.a.W. kommt die Anwendung von lit. b *ohne Wohlfahrtsanalyse* nicht aus (s. N 118, 324 ff.). Gerade dieser Umstand wird im schweizerischen Kartellrecht nicht selten übersehen oder mangels sachlich folgerichtiger Reflexion zuweilen abgelehnt.[1167]

[Seite 1230] *2. Entstehungsgeschichte*

Art. 7 Abs. 2 lit. b hatte einen Vorläufer in der Gestalt von a**Art. 6 Abs. 2 lit. a und b KG 86**, der die Diskriminierung von Abnehmern und Lieferanten untersagte.[1168] Im Grunde übernimmt er aber umfassend den Ansatz von Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV. Die Materialien unterstreichen, dass das Diskriminierungsverbot keineswegs auf eine *schematische Gleichbehandlung* von Handelspartnern hinzielt: «Die in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b E statuierte Gleichbehandlungspflicht besteht lediglich bezüglich Handelspartnern, die sich dem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber hinsichtlich ihrer Leistungen in der gleichen Lage befinden.»[1169] Der relevante Massstab sei nicht in der absoluten Gleichartigkeit, sondern in der Gleichwertigkeit der Leistungen zu erblicken. Entsprechend müsse stets auf die Eigenarten des jeweiligen Produktes bzw. Marktes abgestellt werden.[1170] In diesen Ausführungen der Botschaft findet die Tatsache ihren Fundus, dass die Legislative lit. b nicht einen juristischen, sondern einen wirtschaftswissenschaftlichen Diskriminierungsbegriff zugrunde gelegt hat. Im Übrigen kann in der Sache selbst nur dieser Begriff im Einklang mit der Ratio der Bestimmung stehen (s. N 269).[1171] **271**

[Seite 1231] *3. Verhaltenstypologie*

Die von Art. 7 Abs. 2 lit. b erfassten Falltypen können einmal nach dem Kriterium der **Auswirkungen** der Diskriminierung gruppiert werden,[1172] was aus Dispositionsgründen freilich erst in N 322 ff. vorgenommen wird. Ferner kann das tatbestandsmässige Verhalten nach Massgabe der **Diskriminierungsart** gegliedert werden. Diese Kategorisierung – die nicht mit der später vorgenommenen Unterscheidung zwischen der *primary-line* und der *secondary-line price discrimination* verwechselt werden darf (s. N 294 f.) – verwendet die klassischen, von PIGOU[1173] zu Zwecken der *wohlfahrtsökonomischen Analyse* entwickelten Kriterien: **272**

(1) Von **Preisdiskriminierung ersten Grades** *(first-degree price discrimination)* spricht man, wenn Preis und Geschäftsbedingungen auf der Basis von Verhandlungen festgelegt werden, die mit jedem Käufer individuell geführt werden.[1174] Dieses Vorgehen ist oft bei Kontrahieren über kapitalintensive Industriegüter zu beobachten, z.B. über grosse Bauprojekte. Es erlaubt Vertragsschlüsse zum jeweiligen Reservationspreis jedes Nachfragers, d.h. zum Preis, den ein Nachfrager maximal zu zahlen bereit ist. **273**

(2) Als **Preisdiskriminierung zweiten Grades** *(second-degree price discrimination)* wird der Fall bezeichnet, in dem Preis und Geschäftsbedingungen nicht individuell ausgehandelt, sondern nach Massgabe von objektiven Abstufungskriterien festgelegt **274**

werden.[1175] In diesem Sinne mag der Anbieter etwa verschiedene Versionen des selben Gutes zur Auswahl stellen (z.B. *economy*- oder *business class*-Tickets für Flüge), das fragliche Gut mit einem Komplementärgut kombinieren, das Bemessungsfunktion für die Diskriminierung hat (z.B. einen Kopierer mit Toner-Patronen koppeln, die als Medium der Diskriminierung fungieren) oder den Preis an die Menge der gekauften Güter anpassen.[1176]

(3) Unter **Preisdiskriminierung dritten Grades** *(third-degree price discrimination)* versteht man den Fall, in welchem Preis und Geschäftsbedingungen nach Massgabe beständiger, aber jeweils unterschiedlicher Nachfragefunktionen von hinreichend identifizierbaren Abnehmergruppen festgelegt werden (wie z.B. nach Massgabe der Korrelation von Nachfrageverhalten mit bestimmten Tageszeiten oder nach Massgabe der Einteilung der Nachfrager in verschiedene Altersgruppen).[1177] Diese Form der Diskriminierung erlaubt z.B. Studenten, von billigeren Konzerttarifen zu profitieren. Ein anderes Beispiel wäre die Variation des Stundentarifs eines Parkings je nach Stosszeiten, um möglichst hohe Nutzungsraten zu erzielen.[1178] **275**

Schliesslich kann eine Klassifikation diskriminierender Verhaltensweisen mit Hilfe der Kriterien des **Preises** oder der **Geschäftsbedingungen**, die vom Marktbeherrscher auferlegt werden, vorgenommen werden. Dann kann zwischen direkter und indirekter Diskriminierung unterschieden werden. Darauf gehen wir an dieser Stelle noch nicht ein, [Seite 1232] weil diese Unterscheidung unmittelbar tatbestandsrelevant ist und deshalb bei den Missbrauchsmerkmalen von Art. 7 Abs. 2 lit. b behandelt wird (s. N 307 ff.). **276**

4. Fallgruppenrelationen

Das Moment der «Diskriminierung» ist ein Element, das vielen Verhaltensweisen, die von Art. 7 anvisiert werden, in mehr oder minder ausgeprägtem Ausmass innewohnt (s. N 268). Insofern sind inhaltliche Abgrenzungen mit genereller Aussagekraft eher schwierig, jedenfalls stets komplex. Festgehalten sei immerhin was folgt: **277**

(1) Die **diskriminierende Verweigerung von Geschäftsbeziehungen** (Art. 7 Abs. 2 lit. a und lit. b): s. N 202.[1179] **278**

(2) Die **diskriminierende Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen** (Art. 7 Abs. 2 lit. b und lit. c) erfordert eine akribische und differenzierende Behandlung, weil in dieser Konstellation ein Verdrängungsmissbrauch (lit. b) auf einen reinen Ausbeutungsmissbrauch (lit. c; s. N 351 ff.) stösst, was analytische Komplikationen zur Folge haben kann. Festzuhalten ist zunächst, dass eine *preisliche* Diskriminierung gemäss lit. b keineswegs voraussetzt, dass die *Unangemessenheitsschwelle* von lit. c erreicht ist, um tatbestandsmässig zu sein. Umgekehrt ist die Tatbestandsmässigkeit i.S.v. lit. c keineswegs davon abhängig, dass im inkriminierten Sachverhalt diskriminierende Momente enthalten sind. Eine diskriminierende Verhaltensweise kann für die diskriminierten Handelspartner auf die Auferlegung *marktfremder* Bedingungen hinauslaufen, die vom unangemessene Preise bzw. Konditionen erzwingenden Verhalten des Marktbeherrschers herrühren; erweisen sich diese Bedingungen im Verhältnis zu denjenigen, die auf dem angestammten Markt der Handelspartner herrschen, als suprakompetitiv, kann es zu deren Ausbeutung kommen, die freilich, um als missbräuchlich i.S.v. lit. c zu qualifizieren, alle Kriterien dieser Bestimmung erfüllen muss (s. N 374 ff.). Die diesen Partnern dadurch zugefügten Diskriminierungsnachteile genügen in der Praxis eher selten den verhältnismässig hohen Anforderungen des Unangemessenheitsmerkmals (s. N 389 ff.). In diesem Fall bleibt der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b allein einschlägig. Sind jedoch zugleich auch die Merkmale der Missbrauchsvariante von lit. c erfüllt, kommt es nach der Praxis der WEKO (s. N 525) zur kumulativen Anwendung beider Bestimmungen auf das inkriminierte Verhalten. Nur muss dann mit Akribie ergründet werden, ob jeweils sämtliche Merkmale der in Frage stehenden Tatbestände erfüllt sind, was zuweilen von den Wettbewerbsbehörden nicht ständig mit der gebotenen Aufmerksamkeit geprüft wird; in der Praxis kommen **279**

undeklarierte «Transfers» von Elementen des einen Sachverhalts (bspw. desjenigen, der unter lit. b subsumiert wurde) auf den anderen (der nach lit. c geprüft wurde) vor, was gegen das einschlägige Beweisrecht verstösst.[1180] Die keinerlei Ausnahmen duldende Regel sieht vor, dass beide Sachverhalte sowohl separat zu erstellen als auch getrennt zu analysieren sind.[1181]

(3) Bei der **diskriminierenden Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen** (Art. 7 Abs. 2 lit. b und lit. d) liegt eine komplexe Verhaltensweise vor, weil entgegen dem Wortlaut von lit. d ein *predatory pricing* nicht notwendig gegen «bestimmte Wettbewerber» gerichtet sein muss, sodass im Sachverhalt nicht zwangsläufig [Seite 1233] ein diskriminierendes Moment zum Vorschein kommen muss (s. N 491 und FN 1721). In einem solchen Fall entfällt die Möglichkeit einer parallelen Anwendung von lit. b und lit. d *ab initio*. Werden demgegenüber Kampfpreise Handelspartnern selektiv angeboten, so kann es durchaus zu einer solchen Parallelität kommen, wobei diesfalls eine eigentümliche Marktsituation vorherrschen muss, damit die Tiefpreisstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens noch tatsächlich die Funktion eines Verdrängungsmissbrauchs erfüllen kann (es besteht in diesem Fall eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Marktbeherrscher mit den bevorzugten Handelspartnern über sein missbräuchliches Verhalten hinaus noch kollaterale Abreden eingegangen ist; s. N 14 ff.). Eine diskriminierende Preisunterbietung ist hingegen in Fällen anzunehmen, da ein beherrschendes Unternehmen nur gewissen Handelspartnern die tiefen Kampfpreise anbietet, um z.B. sein Preisopfer (*sacrifice*; s. N 481 ff.) möglichst tief zu halten, was wiederum die Mutmassung zulässt, dass in der *recoupment*-Phase (s. N 492 ff.) eine koordinierende Vereinbarung mit den begünstigten Rivalen zumindest erwogen worden ist. Ausser Frage steht, dass der Tatbestand einer Diskriminierung i.S.v. lit. b auch dann erfüllt sein kann, wenn dem inkriminierten Verhalten die Tatbestandsmässigkeit i.S.v. lit. d partiell oder gänzlich fehlt. M.a.W. setzt eine unzulässige Diskriminierung i.S.v. lit. b keineswegs voraus, dass die Preise, die gewisse Geschäftspartner begünstigen, den Tatbestand der Unterbietung i.S.v. lit. d erfüllen.[1182] Beide Bestimmungen regeln eigenständige und voneinander unabhängige Verdrängungsmissbrauchsvarianten. In der Literatur wird zuweilen ange-nommen, selektive Niedrigpreisangebote an bestimmte Kunden eines Konkurrenten des Marktbeherrschers seien Preisdiskriminierungen der übrigen Kunden des Letzteren, jedoch keine Preisunterbietungen i.S.v. lit. d, solange das marktbeherrschende Unternehmen im relevanten Markt insgesamt noch Gewinne erziele, d.h. – nach weitgehend anerkanntem Grundsatz (s. N 486) – oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten (*average total costs*; ATC; s. N 451) anbiete. Und zwar selbst dann, wenn selektive Angebote auf die Eliminierung eines Konkurrenten abzielten.[1183] Unstrittig ist diese Lehrmeinung nicht (s. N 280). In der Union hat der EuGH im Urteil *Post Danmark I* entschieden, dass im Falle von Preisdiskriminierungen *oberhalb* der durchschnittlichen Gesamtkosten (*average total costs*; ATC; s. N 451) «[…] nicht angenommen werden [kann], dass solche Preise wettbewerbswidrige Auswirkungen haben».[1184] Hingegen hat er festgehalten, dass bei *primary-line discrimination* (s. N 294) *unterhalb* der ATC ein *as efficient competitor*-Test (AEC-Test; s. N 476 f.) durchzuführen sei, um die wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkungen der Verhaltensweise zu untersuchen (s. N 487 ff., 504 ff.).[1185]

280

(4) Die **diskriminierende Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung** (Art. 7 Abs. 2 lit. b und e) kann in Fällen vorkommen, in denen die Diskriminierung von Handelspartnern den Wettbewerb zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Konkurrenten in der Weise beschränkt, dass Letztere ihre Absätze bedroht sehen (*primary-line price discrimination*; s. N 298).[1186] [Seite 1234] Die für die Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. b entwickelten Regeln sollten nur dann zum Zuge kommen, wenn die Auswirkungen der Diskriminierung die Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens betreffen, ohne dass dessen Konkurrenten tangiert werden (*secondary-line price*

281

discrimination, s. N 295).[1187] Preis-Kosten-Scheren (*margin* oder *price squeeze*) werden von der Praxis als preisliche Diskriminierung von Handelspartnern i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b qualifiziert, sofern Letztere ohne ersichtlichen geschäftlichen Grund nicht dieselben Preise erhalten;[1188] vom Bundesgericht wird dieser Verhaltenstypus hingegen als eigenständiger, unter Art. 7 Abs. 1 richterlich geschaffener Tatbestand behandelt (s. N 537).

(5) Die **Diskriminierung durch Koppelung** (Art. 7 Abs. 2 lit. f) kann in Fällen erfolgen, in welchen eine erste Gruppe von Handelspartnern gezwungen wird, ein Koppelungsgeschäft einzugehen, während einer zweiten kein Koppelungszwang auferlegt wird. Ein solcher Sachverhalt sollte freilich primär nach Massgabe des Tatbestands der Diskriminierung i.S.v. lit. b untersucht werden.[1189] **282**

5. Industrieökonomik

Der Begriff der Diskriminierung wird im juristischen Schrifttum nicht stets mit restloser Klarheit herausgeschält.[1190] Hier bedarf die Praxis von Art. 7 im hohen Masse der industrieökonomischen Aufklärung. Man könnte in diesem Zusammenhang von den verschiedenen **Preisdiskriminierungsformen** ausgehen, die PIGOU unterschieden hat (s. N 273 ff.), und die lehren, dass wirtschaftliche Akteure regelmässig über die Frage nach dem Wert eines Gutes divergieren, also unterschiedliche Reservationspreise haben. Dass die einen bereit sind, mehr zu bezahlen als die anderen, würde dann nahelegen, unter einer Diskriminierung das Verhalten zu begreifen, mit welchem Unternehmen versuchen, aus diesen Diskrepanzen Profit zu schlagen, indem sie je nach Käufer unterschiedliche Preise verlangen.[1191] Das ist zwar zutreffend, aber dennoch ist der präzisere Vorschlag von STIGLER vorzuziehen, die Diskriminierung nach kostentheoretischen Kriterien begrifflich zu erschliessen: «A firm price discriminates when the ratio of prices is different from the ratio of marginal costs for two goods offered by a firm».[1192] Damit ist freilich keineswegs impliziert, dass die Diskriminierung aus der Unternehmensperspektive universell ist, d.h. überall und zu jeder Zeit möglich wäre. Vielmehr ist sie immer an *zwei Voraussetzungen* gebunden: Zunächst müssen verschiedene Kategorien von Handelspartnern nach Massgabe ihrer jeweiligen Bewertung des gehandelten Gutes unterschieden *(«diskriminiert»)* werden können. Alsdann muss die *Unterbindung von Arbitrage* zwischen diesen Partnerkategorien möglich sein.[1193] Umstritten ist, ob eine Diskriminierung [Seite 1235] qualifizierte Marktmacht auf dem vor- oder nachgelagerten Markt voraussetzt, was ein überwiegender Teil der ökonomischen Lehre mit den in N 317 geschilderten Differenzierungen ablehnt.[1194] **283**

Die **effizienztheoretischen** und **wohlfahrtsökonomischen Auswirkungen** einer Preisdiskriminierung sind komplex und selten eindeutig.[1195] Trotz dieser grundsätzlichen Ambivalenz können gewisse wirkungsbezogene Tendenzen dieser Verhaltensweise festgehalten werden, die freilich stets der Bestätigung anhand einer Einzelfallanalyse (s. N 290) bedürfen:[1196] **284**

(1) Eine Preisdiskriminierung erhöht i.d.R. – unterstellt man rationales Verhalten der Akteure – den **Gewinn des Anbieters** (zumindest, wenn dieser keine anderen Behinderungsstrategien verfolgt). Wenn die Gewinne steigen, wird der Anbieter eher in der Lage sein, seine Investitionen zu amortisieren, was an sich die Investitionstätigkeit ankurbeln sollte.[1197] Unter gewissen Umständen kann eine diskriminierende Praxis auch die Innovation fördern. Zuweilen werden auch fixe Kosten bei möglicher Preisdiskriminierung effizienter gedeckt.[1198] Diese Erkenntnis gilt allerdings nur bedingt im Fall von Märkten, auf denen Fixkosten so schnell wie möglich amortisiert werden müssen, um das langfristige Überleben von Unternehmen zu sichern. Zusätzliche Probleme ergeben sich in Branchen, die hohe Forschungs- und Entwicklungskosten fordern, derweil die erzeugten Güter geringe **285**

Grenzkosten aufweisen (was z.B. im Fall von gewissen Digitalmärkten zutrifft). Ob es in solchen Fällen effizient ist, Preisdiskriminierungsstrategien zu verfolgen, um die Kostenamortisation zu optimieren, muss im Einzelfall analysiert werden.[1199]

(2) Eine Preisdiskriminierung kann je nach Umständen zu einer Vermehrung oder Verminderung der **Absatzmenge** und – indirekt – der Konsumentenwohlfahrt führen.[1200] Freilich ist sie von zwei gegenläufigen Tendenzen geprägt: Einerseits kann eine Diskriminierung eine Steigerung der Produktion bewirken, indem sie dem Unternehmen erlaubt, das fragliche Gut auch auf Nischen-Märkten abzusetzen, die sonst überhaupt nicht beliefert würden.[1201] Das trifft vor allem für Märkte zu, die hohe Fixkosten und tiefe Grenzkosten haben. Andererseits kann eine Diskriminierung die Produktion auch reduzieren: Das betreffende Unternehmen kann den Preis für Handelspartner anheben, die dem entsprechenden Gut einen höheren Wert zumessen, was die Menge der abgesetzten Güter im Vergleich zum Fall, da ein Einheitspreis praktiziert wird, verringert. Daher ist der allgemeine Effekt einer diskriminierenden Verhaltensweise auf die Konsumentenwohlfahrt ambivalent, es sei denn, man hätte es mit einer Preisdiskriminierung ersten Grades zu tun (s. N 273).[1202] In diesem Fall wird die Konsumentenwohlfahrt immer erhöht, weil der Anbieter keinen Grund hat, die Menge an abgesetzten Gütern zu beschränken, solange der festgelegte Preis die Grenzkosten deckt. **286**

[Seite 1236] (3) Eine Preisdiskriminierung kann in gewissen Fällen zu **Wettbewerbsnachteilen** für Unternehmen auf der Marktgegenseite führen.[1203] Wenn ein Konkurrent für ein Gut mehr bezahlt als seine Mitspieler (und Arbitrage ausgeschlossen ist), riskiert er, in jenen Fällen benachteiligt zu werden, wo das betreffende Gut einen nicht vernachlässigbaren Teil seiner Gesamtkosten ausmacht. Das entspricht der Situation, worauf Art. 7 Abs. 2 lit. b abzielt (s. N 297). Um *in casu* zu ergründen, ob die Konsumentenwohlfahrt *tatsächlich* verringert wird, muss die Frage detailliert analysiert werden, ob noch eine hinreichende Anzahl von Unternehmen auf dem relevanten Markt übrig bleibt, die von der Diskriminierungspraktik nicht tangiert sind. Dies, um einen spürbaren Restwettbewerb zu gewährleisten. Entsprechend ist die Untersuchung der Frage, ob eine *secondary-line*-Diskriminierung (s. N 295) auf einen Missbrauch hinausläuft, mit besonderer Sorgfalt anzugehen, um im Vergleich mit Standardanalysen eine höhere Präzision zu gewährleisten.[1204] **287**

(4) Eine Preisdiskriminierung kann schliesslich einen **generellen Preisabfall** bewirken. In der von Art. 7 Abs. 2 lit. b anvisierten Situation kann das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens paradoxerweise wettbewerbsfördernd sein, wenn die Kunden, die um die Diskriminierungsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens wissen, sich gesamthaft weigern, einen hohen Preis hinzunehmen, um im Verhältnis zu Konkurrenten, denen ein tieferer Preis angeboten wird, eine Benachteiligung zu vermeiden.[1205] Wenn die Kunden dagegen wissen, dass das marktbeherrschende Unternehmen keine Diskriminierungspraxis betreibt, werden sie meist nicht befürchten, dass der Marktbeherrscher ihre Konkurrenten preislich bevorzugt. Insofern werden sie dann tendenziell bereit sein, einen erklärbaren höheren Preis zu akzeptieren.[1206] **288**

(5) In **dynamischer Perspektive** kann eine Preisdiskriminierung Lerneffekte *(learning economies)* zeitigen, weil mit erhöhtem *output* die Erfahrungen mit dem fraglichen Produkt bzw. den fraglichen Dienstleistungen gehäuft werden, sodass der Produzent eine steilere Lernkurve nutzen wird, um technologische Verbesserungen und Kostensenkungen zu realisieren. Solche dynamische Effizienzgewinne sind wohlfahrtsökonomisch regelmässig gewichtiger als statische Effekte. Wird freilich diskriminatorisches Verhalten von wettbewerbsverfälschenden Effekten begleitet, können die festgestellten Vorteile nicht als von vornherein gewährleistet angesehen werden.[1207] **289**

Im Sinne einer **Schlussfolgerung** kann festgehalten werden, dass eine erfolgreiche Preisdiskriminierung eine *Profitsteigerung* für das diskriminierende Unternehmen **290**

erzeugen wird. Was die Markteffizienz und die Konsumentenwohlfahrt dieses Verhaltens anbelangt, sind demgegenüber *keine allgemeinen Aussagen möglich*. Diese Auswirkungen müssen im Lichte der jeweiligen Umstände des Sachverhalts untersucht werden.[1208]

6. Missbrauchsmerkmale

a) Allgemeines

291 Nach der Botschaft 1994 ist eine Ungleichbehandlung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig, wenn «[…] der betroffene Handelspartner im Wettbewerb mit [Seite 1237] Dritten in unbilliger, das heisst sachlich nicht gerechtfertigter Weise benachteiligt wird».[1209] In der Praxis der Wettbewerbsbehörden und der Gerichte fehlt bis heute ein eigentlicher *leading case*, d.h. ein Präjudiz, das die Merkmale einer gegen Art. 7 Abs. 2 lit. b verstossenden Diskriminierung restlos klar und in allen ihren Verknüpfungen festlegt. Namentlich bleibt diese Bestimmung in ihren Konturen insofern diffus, als sie zuweilen auf das Verhältnis zwischen Marktbeherrscher und dessen Konkurrenten angewendet wird (s. N 296 f.). Die Subsumtion eines derartigen Sachverhalts (Marktbeherrscher ↔ Rivalen) ist *inkorrekt*. Art. 7 Abs. 2 lit. b sollte sowohl nach ihrem Wortlaut als auch *vor allem* nach ihrer *industrieökonomischen Logik* nur auf das Verhältnis zwischen beherrschendem Unternehmen und seinen *Handelspartnern* auf dem nachgelagerten Markt zur Anwendung gelangen (s. N 293 ff.). In BGE 139 I 72 sind in dieser Hinsicht gewisse Relativierungen der früheren Praxis geäussert worden,[1210] die aber nicht ausreichen, um der Norm eine wettbewerbstheoretische Kohärenz zu verleihen (s. N 293 ff.). In der Praxis der Wettbewerbsbehörden scheint dieses Urteil einen bestimmten Reflexionsprozess in Gang gebracht zu haben.[1211]. Ob damit die notwendige Revision der wettbewerbstheoretischen Mängel der bisherigen Praxis eingeleitet ist, muss zurzeit offenbleiben. Das Gebot der Eurokompatibilität verlangt, dass von den zu Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV entwickelten Grundsätzen nur dann abgewichen werden darf, wenn «sachliche Gründe» in dem Sinne bestehen, der in N 49 ff. herausgeschält worden ist;[1212] solche Gründe liegen *in casu*, wie an anderer Stelle dargetan (s. N 381 ff.), nicht vor. Bevor nachstehend auf die tatbestandsmässige Verhaltensweise i.S.v. lit. b eingegangen wird, muss zunächst eine Vorfrage geklärt werden: Wie definiert sich der *Anwendungsbereich* von Art. 7 Abs. 2 lit. b? Die Klärung dieser Prämisse drängt sich auf, weil der Diskriminierungsbegriff, wie schon angedeutet, so breit ist (s. N 268), dass dessen Verwendung ohne limitierendes Prinzip zu einer Störung der Systematik von Art. 7 führen würde (bzw. dazu bereits geführt hat; s. N 314 ff.).

292 Die Erschliessung des Diskriminierungstatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. b stösst in der Praxis auf **Konkretisierungsschwierigkeiten**, die ohne *wirkungsbasierte* Analyse nicht zu bewältigen sind (s. N 128 ff.). Diese Schwierigkeiten sind vor allem auf den Umstand zurückzuführen, dass sich die Missbrauchsmerkmale dieser Bestimmung besonders durchdringend überschneiden.[1213] So sind die Kriterien, nach denen sich die Frage richtet, ob zwei tatsächliche Situationen *vergleichbar* sind, d.h. ob ein diskriminierungsverdächtiger Sachverhalt vorliegt (s. N 300 ff.), bisweilen mit den Kriterien der objektiven Rechtfertigung eng verschleift (s. N 330 ff.).[1214] Der Sachverhalt z.B., in dem der Marktbeherrscher seine Handelspartner unterschiedlich behandelt, weil einer der Handelspartner ihm erlaubt, Kosteneinsparungen zu realisieren (z.B. tiefere Lieferkosten), der andere hingegen nicht, zeigt exemplarisch, dass zwei unterschiedliche Beurteilungen möglich sind: Man kann zum Schluss kommen, dass die zur Diskussion stehenden Situationen nicht äquivalent sind, weil sie sich durch eine verschiedenartige Kostenlage auszeichnen; [Seite 1238] dann liegt *prima facie* keine Diskriminierung vor.[1215] Möglich ist aber auch die Argumentation, dass die Verhaltensweise des Marktbeherrschers durch geringere Lieferkosten gerechtfertigt ist (im Sinne von *legitimate business reasons*; s. N 330 ff.); dann lautet die Erkenntnis der ersten Analysephase, dass materiell eine Diskriminierung zwar

vorliegt, diese *ex lege* indes nicht gegeben ist, weil sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist.[1216] Die Frage wird in N 332 behandelt.

Im Sinne eines **Exkurses** wird am Ende dieses Abschnittes alsdann noch auf eine *Sonderfrage* im Zusammenhang mit der Problematik des Verhältnisses von Diskriminierungstatbestand und Rabatten eingegangen (s. N 339 ff.)

b) Anwendungsbereich: von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG

293 Die **Tatbestandsmässigkeit** der kartellgesetzlichen Diskriminierung wirft im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. b in erster Linie die bereits angesprochene Frage auf, welche Sachverhalte von dieser Bestimmung erfasst werden (s. N 268).[1217] Massgeblich ist hauptsächlich, welche Auswirkungen das diskriminierende Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem beherrschten bzw. auf vor- oder nachgelagerten Märkten erzeugt.[1218] Anders gewendet kommt es aus industrieökonomischem Blickwinkel darauf an, ob und ggf. welche Art von wettbewerbswidriger Marktverschliessung (s. N 81 ff.) erzeugt wird. Um diese Frage zu beantworten, muss hier auf eine taxonomische Unterscheidung abgestellt werden:

294 (1) Eine ***primary-line discrimination***[1219] liegt dann vor, wenn die Folgen eines Verhaltens des Marktbeherrschers, das seine Handelspartner auf einem vor- oder nachgelagerten Markt diskriminiert, *mittelbar* seine Konkurrenten auf dem beherrschten Markt treffen.[1220] An dieser Struktur der *primary-line discrimination* wird erkennbar, dass diese immer eine *secondary-line discrimination* (s. N 295) impliziert, was in N 296 ff. ausführlich behandelt wird. Diese Konkurrentenbenachteiligung entspricht dem Szenario der *horizontal foreclosure*, also der wettbewerbswidrigen *horizontalen* Marktverschliessung (s. N 82).[1221]

295 [Seite 1239] (2) Eine ***secondary-line discrimination***[1222] oder *pure discrimination* entfaltet ihre Wirkungen auf einem *anderen* Markt als demjenigen, der beherrscht ist.[1223] Sie wird durch eine Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens verursacht, die auf *vor-* oder *nachgelagerten* Märkten dessen *Handelspartner* benachteiligt.[1224] Dieser Missbrauchstypus erfolgt in der Weise, dass die Handelspartner entweder im Verhältnis zu ihren Konkurrenten *behindert* oder (viel seltener) vom Marktbeherrscher *ausgebeutet* werden.[1225] Mit diesem stehen die Handelspartner in keinerlei Wettbewerbsverhältnis.[1226] Behinderungs- sowie Ausbeutungsmomente können in den vom Unternehmen in beherrschender Position erzeugten Benachteiligungswirkungen in sehr verschiedenartigen Mischvarianten vorkommen (s. N 77).[1227] Bei der *secondary-line discrimination* hat man es mit einer wettbewerbswidrigen *vertikalen* Marktverschliessung *(vertical foreclosure)* zu tun,[1228] die in N 83 ausführlich erläutert wird.[1229]

296 Für die Frage, welche Diskriminierungsart Art. 7 Abs. 2 lit. b erfasst (*primary-line discrimination* oder *secondary-line discrimination* oder diese zwei Diskriminierungstypen zugleich), ist nun massgeblich, dass beide Verhaltensweisen eine *sehr unterschiedliche Struktur* aufweisen: Bei der wettbewerbswidrigen horizontalen Marktverschliessung werden die Konkurrenten des Marktbeherrschers *verdrängt*, aber *nicht diskriminiert*. Hier steht nicht die Diskriminierung im Vordergrund. Denn die Ungleichbehandlung der Handelspartner ist in dieser Konstellation bloss ein *Vehikel*, welches das qualifiziert marktmächtige Unternehmen benutzt, um auf dem beherrschten Markt *horizontale* Verdrängungseffekte zu erzeugen.[1230] In diesem Sinne wird in der Literatur hervorgehoben:

> [Seite 1240] «The determinative issue is whether the conduct is truly exclusionary, and not merely whether it has discriminatory effects. Discrimination may simply make the exclusionary conduct possible […] or allow the dominant firm to take advantage of that conduct».[1231]

Deshalb drängt sich die Folgerung auf: Bei der *primary-line discrimination* ist das diskriminatorische Element bloss *instrumentalistisch*, was konkret bedeutet, dass *nur* die *Handelspartner* des Marktbeherrschers, *nicht* aber dessen *Konkurrenten* (im literalen Sinn des Wortes) *gezielt diskriminiert* werden (s. N 294).[1232] Oder anders gesagt: In einem

Sachverhalt der *primary-line discrimination* werden die Wettbewerber auf dem beherrschten Markt nicht *ungleich* behandelt, sondern werden mit einem *Verdrängungsverhalten* konfrontiert. Daraus folgt: ***Primary-line discrimination* ist für sich und allein genommen in aller Regel kein Fall von Art. 7 Abs. 2 lit. b**,[1233] sondern im Normalfall nach Art. 7 Abs. 2 lit. e zu beurteilen (s. N 310 ff.).[1234]

Im Umkehrschluss bedeutet dieser Befund, dass **Art. 7 Abs. 2 lit. b grundsätzlich nur auf *secondary-line discrimination* anwendbar ist**.[1235] Der EuGH hat diesen Grundsatz in seinem *MEO*-Urteil (einmal mehr) bestätigt: **297**

> «Durch das Geschäftsgebaren des marktbeherrschenden Unternehmens soll der Wettbewerb auf einem vor- oder nachgelagerten Markt, also der Wettbewerb zwischen Zulieferern oder Abnehmern dieses Unternehmens, nicht verfälscht werden. […] Die Tatbestandsmerkmale von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV [sc. das Pendant zu Art. 7 Abs. 2 lit. b] sind […] *nur dann erfüllt*, wenn festgestellt wird, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens *nicht nur diskriminierend ist*, sondern dass es *auch darauf abzielt, diese Wettbewerbsbeziehung zu verfälschen*, d.h. die *Wettbewerbsposition eines Teils der Handelspartner dieses Unternehmens gegenüber den anderen zu beeinträchtigen*».[1236]

Bekräftigt wird dieser Schluss vom Wortlaut der lit. b, der nur den Begriff *«Handelspartner»* erwähnt (nicht denjenigen der «Wettbewerber» des Marktbeherrschers). M.a.W. setzt der Gesetzestext das *Fehlen eines Rivalitätsverhältnisses zwischen Marktbeherrscher und Diskriminierten* voraus, was seinen Grund letztlich in *industrieökonomischen* [Seite 1241] Überlegungen hat (s. N 81 ff.).[1237] Als *Fazit* ist festzuhalten, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b *nur* Wettbewerbsverfälschungen – in der *spezifischen* Form der Diskriminierung – *im Verhältnis zwischen Handelspartnern des Marktbeherrschers* erfasst.[1238]

Weil die *primary-line discrimination* zwangsläufig immer auch eine Handelspartnerungleichbehandlung impliziert, kann es zwischen lit. b und lit. e zu einer **kumulativen Normenkonkurrenz** kommen:[1239] Dieser Umstand spielt in erster Linie auf der *Tatbestands*ebene eine Rolle: Lit. b erfasst jenen Teil des Sachverhalts, der die *Ungleichbehandlung der Handelspartner* des Marktbeherrschers betrifft; lit. e ist ihrerseits auf den Teil des Sachverhalts anwendbar, in welchem es um die *Verdrängung der Konkurrenten* des Unternehmens in beherrschender Stellung geht. Das bedeutet allerdings nicht, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b bei jedem Sachverhalt der *primary-line discrimination* zur Anwendung gelangt. Namentlich ist denkbar, dass in einem solchen Fall eine Benachteiligung der Handelspartner *(competitive disadvantage)* ausbleibt, was mangels Erfüllung von Merkmal III des Art. 7 Abs. 2 lit. b (Wettbewerbsbeeinträchtigung; s. N 322 ff.) die Anwendbarkeit dieser Norm ausschliesst. Ebenfalls denkbar ist, dass entweder nur auf dem beherrschten Markt oder nur auf dem vor- bzw. nachgelagerten Markt ein *Rechtfertigungsgrund* vorliegt, was zur nämlichen Folge führt. Hervorzuheben ist schliesslich, dass bei gleichzeitiger Anwendbarkeit von lit. b und lit. e eine kumulative Normenkonkurrenz auch auf *Rechtsfolge*ebene besteht; dieser Mechanismus ist selbsterklärend und bedarf keiner weiteren Begründung.[1240] **298**

c) Diskriminierung von Handelspartnern

aa) Allgemeines

Der Grundtatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b verlangt, dass **fünf Merkmale** *kumulativ* erfüllt sind:[1241] (1) Es muss eine *reine Diskriminierung* vorliegen (N 300 ff.), (2) die einen oder mehrere *Handelspartner* benachteiligt (s. N 310 ff.), (3) den *Wettbewerb beeinträchtigt* (N 322 ff.), (4), *kausal* für die Wettbewerbsbeeinträchtigung ist (s. N 329) und (5) mangels *legitimate business reason* der Rechtfertigung *unzugänglich* ist (s. N 330 ff.).[1242] **299**

[Seite 1242] bb) Merkmal I: Reine Diskriminierung

aaa) Allgemeines

Eine Diskriminierung kann sich aus Vertragsbedingungen oder – was die Regel ist – aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben.[1243] Sie kann in direkter (s. N 301 ff.) oder indirekter (s. N 306) Form in Erscheinung treten,[1244] wobei die Unterscheidung in der Praxis schwierig zu treffen, zuweilen gar nicht möglich ist.[1245] Das tatbestandsmässige Verhalten, das sich auf einem vor- oder nachgelagerten Markt diskriminierend auswirkt, muss auf dem Markt stattfinden, den das behindernde Unternehmen beherrscht.[1246] Um den **Diskriminierungsbegriff** semantisch abzurunden, muss noch das Mittel der Diskriminierung (s. N 307) sowie deren Gegenstand (s. N 308 f.) näher in Betracht gezogen werden. **300**

bbb) Direkte Diskriminierung

Man spricht von direkter Diskriminierung, wenn das marktbeherrschende Unternehmen **ungleiche Geschäftsbedingungen auf gleichartige Lagen** anwendet.[1247] Diese Lagen müssen *nicht identisch* sein; es genügt, wenn sie *äquivalent* sind.[1248] Der Vergleich darf nicht ausschliesslich auf die involvierten Produkte abstellen, sondern muss gleichfalls die Transaktion in ihrer Gesamtheit, also samt aller charakteristischer Begleitumstände, berücksichtigen. Der konkreten Gestalt der jeweiligen Produkte, Dienstleistungen, Märkte und beteiligten Unternehmen kommt stets ein vergleichsweise bedeutsames, freilich im Lichte der den Einzelfall kennzeichnenden Faktoren zu würdigendes Gewicht zu.[1249] Eine direkte Diskriminierung lag nach dem Befund der WEKO z.B. im Fall *Sport im Pay-TV* vor, wo Teleclub den einen Plattformanbietern nicht aushandelbare Sportpakete anbot und den anderen ein Sportpaket mit gekoppelten Basisleistungen offerierte.[1250] Ebenfalls auf direkte Diskriminierung erkannte die WEKO im Fall *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, in dem *Multipay* beschlossen hatte, eine neu angebotene Funktion nur für die Terminals von Kunden der eigenen Konzernschwester [Seite 1243] *Card Solutions* zugänglich zu machen, während sich die Wettbewerber von *Card Solutions* alle in der gleichen Lage befanden, ihren Kunden auch weiterhin den bisherigen Standard anbieten zu müssen.[1251] Demgegenüber hat das Bundesgericht im Fall *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern* festgehalten, dass eine unterschiedliche Behandlung dann keine Diskriminierung darstellt, wenn sie sich durch andersgeartete Transport- oder Vertriebs*kosten* rechtfertigen lässt.[1252] So seien multifluide Wärmepumpen nicht mit monofluiden gleichzusetzen, weil Erstere aufgrund ihrer komplexen Installation einem grösseren Funktionsstörungsrisiko ausgesetzt sind; folglich ist deren Subventionierung nicht als direkte Diskriminierung zu werten.[1253] Im Entscheid *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit* nahm die WEKO an, die öffentlichen Spitäler und die Privatkliniken des Kantons Bern würden sich aus der Perspektive der halbprivaten Krankenversicherung als verschiedenartig ausnehmen. Für einen Versicherer sei massgeblich, dass öffentliche Spitäler im Vergleich zu privaten Kliniken geringere Kosten generierten; demzufolge verhielten sich Krankenversicherer nicht direkt diskriminierend, wenn sie ihre Prämien nach dem Kriterium abstuften, ob die Versicherten an der freien Spitalwahl festhalten oder nicht.[1254] **301**

In einem älteren, im vorliegenden Zusammenhang aber bis heute immer wieder zur Diskussion kommenden Entscheid zu Art. 60 § 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl hat die Europäische Kommission eine bemerkenswerte Definition der **Vergleichbarkeit von Geschäften** entwickelt. Äquivalenz liege immer dann vor, wenn die fraglichen Geschäfte (1) mit Handelspartnern geschlossen würden, die miteinander im Wettbewerb ständen, gleiche oder ähnliche Erzeugnisse produzierten oder die gleiche Funktion im Vertrieb ausübten; wenn diese Geschäfte (2) gleiche oder gleichartige Erzeugnisse zum Gegenstand hätten und (3) sich hinsichtlich der im Geschäftsverkehr als erheblich angesehenen Merkmale nicht wesentlich unterschieden.[1255] Gestützt auf diese Definition kann *erstens* festgehalten werden, dass Gleichartigkeit *physische* **302**

oder *funktionelle Ähnlichkeit* zwischen den verglichenen Produkten oder Dienstleistungen voraussetzt. Die fraglichen Güter müssen dabei freilich nicht vollkommen identisch sein. Der Umstand, dass die Güter substituierbar sind, ist als ein zulängliches Indiz für die Gleichartigkeit der fraglichen Geschäfte anzuschauen. Im Fall *Clearstream* hat *zweitens* die Kommission beschlossen, dass die sog. primären Clearing- und Abrechnungsdienste, die *Clearstream* für nationale und internationale Zentralverwahrer erbrachte, vom Leistungsumfang her als gleichmässig einzustufen sind. Sie lehnte damit die Argumentation von *Clearstream* ab, die vorbrachte, dass nationale und internationale Zentralverwahrer aufgrund ihrer unterschiedlichen Dienstleistungspakete, ihrer jeweiligen Marktpositionen und ihrer Tätigkeitsbereiche nicht als eine Kunden [Seite 1244] gruppe zu betrachten sind. Die Kommission stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass derartige Zentralverwahrer insofern vergleichbare Kundengruppen bildeten, als sie allesamt mithilfe von Wertpapieren, die nach deutschem Recht emittiert worden sind, sog. sekundäre Clearing- und Abrechnungsdienstleistungen für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr erbringen.[1256] *Drittens* verlangt die Definition der Vergleichbarkeit, dass sich die *kommerziellen Merkmale* nicht spürbar unterscheiden. In diesem Zusammenhang lautet die einschlägige Frage, ob die von einem Produzenten absichtlich vorgenommene Produktedifferenzierung zur Konsequenz hat, dass die entsprechenden Geschäfte nicht mehr gleichartig sind. Als Beispiel für eine solche Produktedifferenzierung ist der *duale Vertrieb* zu erwähnen. Dieser besteht bekanntlich darin, dass ein Hersteller ein bestimmtes Erzeugnis unter einer Eigenmarke herstellt, dessen Individualisierungsstärke und Bekanntheitsgrad er anhand eines substanziellen Werbebudgets zu fördern gedenkt; gleichzeitig hat er vor, das identische Erzeugnis unter einer Billigmarke vermittels gewöhnlicher Vertriebskanäle zu vermarkten. Eine solche Differenzierung (so sie denn dazu führt, dass vom Konsumenten für die Eigenmarkenprodukte tatsächlich ein höherer Preis verlangt werden kann) zerstört die Gleichartigkeit, lässt es also als adäquat erscheinen, dass die Geschäfte mit den differenzierten Produkten (und mit unterschiedlichen Preisen) als nicht äquivalent eingestuft werden. Wenn die Produkte hingegen an Handelspartner veräussert werden, die wissen, dass die Eigenmarkenprodukte und die «Generika» physisch völlig homogen sind, und für die Differenzierung empfindungslos sind, müssen die entsprechenden Geschäfte als gleichartig qualifiziert werden.

303 Die Frage nach der Gleichartigkeit kann sich auch in **zeitlicher Perspektive** stellen.[1257] Die Problematik kann anhand unterschiedlicher Preise veranschaulicht werden, die für eine Lizenz verlangt werden, je nachdem, ob diese zu einem Zeitpunkt gewährt wurde, da die lizenzierte Technologie neu und unbekannt war und soeben erst auf den Markt gelangt ist, oder zu einem Zeitpunkt, da sich die lizenzierte Technologie bereits bewährt hat. Die Verschiedenheit der jeweils geforderten Preise begründet keine Diskriminierung, weil in diesem Fall die jeweiligen Situationen nicht gleichartig sind: Wenn sich die wirtschaftlichen Parameter mit der Zeit verändert haben, sollte eben nicht auf das Bestehen von gleichartigen Situationen geschlossen werden, selbst wenn es sich um das gleiche Produkt auf dem gleichen Markt handelt.[1258] Heikel ist die Situation allerdings dann, wenn es um Dauerschuldverträge geht. Die Diskriminierungsfrage stellt sich grundsätzlich nicht, wenn sich solche Verträge zeitlich nicht überschneiden. Problematischer ist der Fall, wo zwei Dauerschuldverträge ihre Wirkungen (z.B. die Vertragserfüllung) im gleichen Zeitpunkt entfalten, während sie zu unterschiedlichen Zeiten verhandelt und abgeschlossen wurden. Eine zeitliche Äquivalenz wird man in einer solchen Konstellation bejahen, was die Frage aufwirft, ob Unterschiede in den Geschäftsbedingungen durch andere Gründe gerechtfertigt werden können.[1259]

304 Die Beurteilung der **Ungleichheit der Geschäftsbedingungen** muss unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls stattfinden (s. N 284 f., 290, 304, 307, 323, 325 f., [Seite 1245] 328). Um entscheiden zu können, ob Ungleichheit vorliegt, müssen die verschiedenartigen Konditionen zweier Geschäfte verglichen und

alsdann darauf untersucht werden, ob sie für das marktbeherrschende Unternehmen unterschiedliche Einkünfte generieren.[1260] Man wird dabei auf die Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens abstellen:[1261] Ein Geschäftspartner, der eine Diskriminierung moniert, darf keine Kostenberechnung vorschlagen, die von derjenigen des Marktbeherrschers abweicht.[1262] Im Fall *Sport im Pay-TV* waren Teile des Sportangebots von Teleclub exklusiv auf Swisscom TV erhältlich, während Teleclub den konkurrierenden und vergleichbaren Plattformen nur eine *«best of»*-Auswahl der grössten Spiele und Turniere zur Verfügung stellte: Die WEKO entschied, dass Teleclub gleichartige Situationen ungleich behandelt.[1263] Im Entscheid *Telecom PTT/Blue Window* stellte die WEKO fest, dass Telecom PTT zwischen Blue Window und deren Konkurrenten, die sich in einer gleichartigen Situation befanden, direkt diskriminiert hatte, weil sie nicht die gleichen Bedingungen auf alle angewendet hatte. Insbesondere hatte die Telecom PTT den privaten Providern nicht gleichzeitig mit Blue Window die Einwählnummer 0842 zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus hatte sie die Provider nicht ausreichend über das angewendete Gebührenausscheidungsmodell informiert.[1264] Im Entscheid *Publikation von Arzneimittelinformationen* hat die WEKO befunden, dass die Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens, die darin bestand, für eine bestimmte Kundengruppe «Preise nach Absprache» auf seiner Preisliste zu führen, eine direkte Diskriminierung darstellte, weil die Kunden dieser Gruppe verschiedene Preise für Transaktionen bezahlten, die als gleichartig qualifiziert wurden. Diese Qualifikation wurde noch dadurch erhärtet, dass die Einnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens ebenfalls verschieden waren.[1265] Das Bundesgericht hat seinerseits im *Kodak*-Urteil[1266] darauf aufmerksam gemacht, dass bei Parallelimporten ein Indiz für missbräuchliches Verhalten immer dann vorliegt, wenn die Differenz zwischen dem Preis für das lizenzierte Produkt bei seinem ersten Inverkehrbringen in der Schweiz und dem Preis im Ausland substanziell ist, ohne dass diese Diskrepanz aufgrund rechtlicher oder ökonomischer Faktoren erklärt werden könne (z.B. mit Hilfe eines staatlich festgelegten Preises im Ausland). Hinzuweisen ist darauf, dass der *Kodak*-Entscheid dieses Problem unter dem Blickwinkel von Art. 7 Abs. 2 lit. c (unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen; s. N 304) behandelte. Um in solchen Konstellationen zu entscheiden, ob ein Missbrauch vorliegt, empfiehlt es sich zuerst, den Importpreis und den vom offiziellen Konzessionär in der Schweiz verlangten Preis auf einer *umfassenden Tatsachenbasis* zu vergleichen, d.h. indem alle Parameter, welche die Preisbildung beeinflussen, in Betracht gezogen werden (Produkteigenschaften, im Preis inbegriffene Leistungen, Wechselkurs, Transportkosten, öffentliche Abgaben usw.). Gestützt auf diesen rechtstatsächlich fundierten Vergleich ist alsdann zu entscheiden, ob die Preisdifferenz im Lichte der Umstände des Einzelfalles substanziell ist.[1267] Allerdings ist im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. b irrelevant, ob das marktbeherrschende Unternehmen über oder unter Kosten verkauft.[1268] Diese Frage wird erst bei Art. 7 Abs. 2 lit. d relevant (s. N 482 ff., 486 ff.).

305 [Seite 1246] Es ist – in Entsprechung zur allgemeinen Regel der tatbestandlichen Irrelevanz subjektiver Elemente (s. N 74 ff.) – nicht erforderlich, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Diskriminierung **bewusst** praktiziert. Demnach kann ein Unternehmen wegen Diskriminierung geahndet werden, obwohl es sich nicht gewahr ist, dass es ungleiche Bedingungen auf gleichartige Situationen anwendet.

ccc) Indirekte Diskriminierung

306 Man spricht von indirekter Diskriminierung, wenn **gleiche Geschäftsbedingungen auf ungleiche Situationen** angewendet werden.[1269] Was die Charakterisierung der Gleichartigkeit von Situationen bzw. Geschäftsbedingungen anlangt, sei auf das soeben Ausgeführte verwiesen (s. N 301 ff.). Die WEKO hat z.B. eine indirekte Diskriminierung diagnostiziert, als ein Unternehmen bei der Festlegung der Preise für seine Leistungen (jährliche Publikation von Arzneimittelinformationen) keine

Unterscheidung zwischen Texten, die unverändert gegenüber dem Vorjahr übernommen werden konnten, und Texten, bei denen noch Korrekturen notwendig waren, getroffen hat.[1270] Eine indirekte Diskriminierung bleibt demgegenüber aus, wenn eine einheitliche Anwendung von Geschäftsbedingungen das Ziel verfolgt, wirtschaftlich schwächere Handelspartner zu begünstigen.[1271]

ddd) Diskriminierungsmittel

307 Die Segmentierung des Marktes, die eine Diskriminierung bewirkt, kann durch vielfältige, auch rein faktische Mittel erreicht werden. Diese Mittel können angesichts ihres kasuistischen Charakters nicht allgemein gekennzeichnet werden.[1272] In der Praxis am häufigsten anzutreffen sind Diskriminierungen *qua* Kunden- und *qua* Gebietskriterien: (1) Wird das Kriterium der Zugehörigkeit zu einer **Kundenzielgruppe** verwendet, muss anhand der Umstände des Einzelfalles überprüft werden, ob die Charakteristika der Gruppenbildung, auf welche die ungleichen Geschäftsbedingungen gestützt sind, die Schaffung von gleichartigen Situationen erlauben oder nicht.[1273] (2) Das Kriterium der **geographischen Herkunft** benutzt ein marktbeherrschendes Unternehmen, um zu versuchen, seine Position durch die Ausnutzung lokaler oder regionaler Faktoren zu konsolidieren.[1274] Diese Faktoren können aus historischen, kulturellen oder wettbewerblichen [Seite 1247] Gründen dazu führen, dass die Kunden in einem bestimmten geographischen Raum mehr zu bezahlen bereit sind als solche in einem anderen Gebiet.[1275] Eine derartige Segmentierung kann namentlich durch das vom marktbeherrschenden Unternehmen in seinen Vertriebsklauseln auferlegte Verbot des Wiederverkaufs oder durch ein vom Lizenzinhaber in seinen Lizenzvereinbarungen oktroyiertes Verbot des Parallelimports erreicht werden. Diese Technik verhindert ersichtlich Arbitrage unter den Handelspartnern (s. N 283).

eee) Diskriminierungsobjekt

308 Dem Gesetzeswortlaut zufolge hat die Diskriminierung den **Preis** oder die **Geschäftsbedingungen** zum Gegenstand. Dieses Begriffspaar muss *breit* verstanden werden: Es enthält die Gesamtheit der Vertragspflichten und sonstiger Faktoren, die in Geschäftsbeziehungen eine Rolle spielen.[1276] Eine der häufigsten Diskriminierungsformen bleibt diejenige, die auf den Preis oder seine Bestandteile ausgerichtet ist, z.B. eine differenzierte Preisstrategie,[1277] unterschiedliche Zahlungsmodalitäten, Prämien oder Rabatte (s. N 339 ff.),[1278] Boni, Diskontzinsen oder Rückvergütungen,[1279] sowie Preisdiskriminierung durch Koppelung (s. N 715).[1280] Die Diskriminierung kann ebenfalls auf *nicht-preisbezogene* Geschäftsbedingungen abzielen.[1281] Auch dieser Begriff muss extensiv verstanden werden.[1282] Dabei handelt es sich namentlich um Lieferfristen,[1283] Garantiebedingungen, unterschiedliche Liefermodalitäten von Gütern, Rückbehalt von technischen Informationen,[1284] verspätetes Zurverfügungstellen einer neuartigen technischen Lösung,[1285] mehr oder weniger umfassende verkaufsfördernde Unterstützung[1286] oder auch die Verpflichtung, einen Zwischenhändler beizuziehen,[1287] einen unterschiedlichen Umfang des Angebots[1288] oder die Verpflichtung, eine Produktkoppelung hinzuneh [Seite 1248] men.[1289] Über den Gesetzeswortlaut hinaus und im Extremfall kann eine Diskriminierung dann vorliegen, wenn mit gewissen Unternehmen keine Geschäftsbeziehungen eingegangen worden sind, obwohl das marktbeherrschende Unternehmen mit Geschäftspartnern in vergleichbaren Situationen Geschäfte unterhält. Es wird in diesem Fall von geschäftsverweigernder Diskriminierung gesprochen.[1290]

309 Ein bereits verbindlich abgeschlossener Vertrag setzt Art. 7 Abs. 2 lit. b nicht voraus. Es genügt, dass sich ein Leistungsaustausch zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und dem von der Diskriminierung bedrohten Handelspartner erst in der **Anbahnung** befindet. Entsprechend ist zu verlangen, dass der Handelspartner darlegt, dass er eine Aushandlung der vom Marktbeherrscher auferlegten Bedingungen vergebens angestrebt hat.[1291] Die WEKO hat im Fall *Schweizerische*

Meteorologische Anstalt eine Diskriminierung angenommen, in welchem die Parteien noch keinen Vertrag zur Perfektion gebracht hatten, aber bereits über einen solchen Verhandlungen führten und die diskriminierenden Bedingungen Bestandteil des Angebots bildeten.[1292] Darüber hinaus hat die WEKO diesen Punkt im Entscheid *Sport im Pay-TV* unmittelbar in den Begriff des «Handelspartners» aufgenommen: «[E]s [handelt] sich nicht erst dann um einen Handelspartner, wenn ein Vertrag besteht, sondern bereits wenn über eine Geschäftsbeziehung Verhandlungen angestrebt werden».[1293] Auch im europäischen Recht ist dieser Punkt unbestritten und im Urteil *Tomra* vom Gerichtshof bestätigt worden.[1294]

cc) Merkmal II: Handelspartner

aaa) Doktrin

Wie erwähnt (s. N 295, 297) hat der Diskriminierungstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b als wettbewerbswidrige Marktverschliessung eine *ausschliesslich vertikale Struktur*:[1295] Er erfasst nach überwiegend **herrschender Lehre** *nur* Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, die die *Handelspartner* im Wettbewerb verdrängend oder ausbeuterisch (oder beides zugleich) diskriminieren (sog. *pure discrimination*; s. N 295).[1296] Eine Minderheit der Doktrin wendet sich gegen die hier vertretene Auffassung. Allerdings wird bei der Lektüre der diese Minderheit bildenden Autoren klar, dass die meisten von ihnen ihre These einer pauschalen Unterstellung der *primary-line discrimination* (s. N 294) unter Art. 7 Abs. 2 lit. b nicht oder nur unzureichend begründen.[1297] **[Seite 1249]** Der einzige Ansatz mit einem der Komplexität des hier fraglichen Problems *angemessenen* Differenzierungsgehalts, der für eine *umfassende* Subsumtion der *primary-line discrimination* unter lit. b eintritt, wird von CLERC/KËLLEZI vertreten.[1298] Aus diesem Grund findet an dieser Stelle eine vertiefte Auseinandersetzung mit der nuancierten Diskriminierungstheorie dieser beiden Autorinnen statt: **310**

(1) Wie in N 296 ff. ausführlich dargetan, treten wir für die Lehrmeinung ein, dass bei der Subsumtion der *primary-line discrimination* unter eine der Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 **näher differenziert** werden muss: Lit. b ist auf diesen Verhaltenstypus nur dann anwendbar, wenn die Diskriminierung der Handelspartner, die als Vehikel zur Verdrängung der Wettbewerber auf dem beherrschten Markt dient, tatbestandsmässig im Sinne dieser Norm ist. Eine Unterstellung der *primary-line discrimination* unter lit. b wird nur selten die von dieser Norm definierten Kriterien erfüllen, da, wie in N 296 ff. erläutert, eine gezielte Diskriminierung der Konkurrenten des Marktbeherrschers über den «Transmissionsriemen» einer Ungleichbehandlung von dessen Handelspartnern äusserst spezifische Marktumstände voraussetzt, die in der Wirtschaftswirklichkeit nur mit geringer Wahrscheinlichkeit gegeben sein werden. Fehlt ein tatbestandsmässiges Verhalten i.S. v. lit. b auf dem vor- oder nachgelagerten Markt, wo die Handelspartner des Marktbeherrschers tätig sind, kann die *primary-line discrimination* ausschliesslich die *Voraussetzungen von lit. e* erfüllen (s. N 296). **311**

(2) CLERC/KËLLEZI halten zunächst dafür, dass eine Diskriminierung von Handelspartnern, die sich benachteiligend auf die **Konkurrenten des Unternehmens in beherrschender Stellung** auswirkt, gleichzeitig die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 lit. b und e erfüllt (was die Autorinnen hier im Blick haben, ist wohl eine *primary-line discrimination*; s. N 294).[1299] Allerdings erläutern CLERC/KËLLEZI diese Auffassung nicht näher und verweisen kommentarlos auf Rz 39 des WEKO-Entscheids *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*.[1300] Dieser Ansicht ist zwar grundsätzlich zuzustimmen, aber *nur*, sofern eine *präzisierende Unterscheidung* getroffen wird: Lit. b findet bei einer *primary-line discrimination* lediglich dann Anwendung, wenn der Sachverhaltsausschnitt, der die Ungleichbehandlung der Handelspartner betrifft, tatsächlich auch zu einem *competitive disadvantage* (s. N 322) mindestens eines dieser Partner führt und keine *legitimate business reason* (s. N 330 ff.) gegeben ist. Trifft dies nicht zu, ist auf den Sachverhaltsausschnitt der (allenfalls) **312**

verdrängten Konkurrenten auf dem beherrschten Markt ausschliesslich lit. e anwendbar (s. N 296). Denn in diesem Fall ermangelt es sowohl auf den vor- oder nachgelagerten Märkten als auch auf dem beherrschten Markt einer Diskriminierung i.S.v. lit. b (s. N 300 ff.).

(3) Unklar ist die zweite Differenzierung von CLERC/KËLLEZI: **313**

> «En droit suisse, tout comme en droit de l'Union européenne [...], une pratique discriminatoire qui affecte uniquement la concurrence entre l'entreprise dominante et ses propres concurrents *(primary line competition)* relève en principe de l'art. 7 II/b LCart [...] mais devrait être analysée **[Seite 1250]** à la lumière des conditions générales de l'art. 7 I LCart [...]: le comportement discriminatoire de l'entreprise dominante doit entraver l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice. Elle peut relever également d'un autre cas particulier de l'art. 7 II LCart, en particulier de l'art. 7 II/e LCart».[1301]

Vorab ist zu bemerken, dass die Konstellation einer Diskriminierung, die *ausschliesslich* («uniquement») die Wettbewerber des Marktbeherrschers beeinträchtigt, zumindest nicht auf der Hand liegt. Denn in aller Regel unterhalten Konkurrenten keine direkten Geschäftsbeziehungen miteinander. CLERC/KËLLEZI gebrauchen den Begriff *«primary line competition»* in diesem Zitat sowohl für das schweizerische als auch für das europäische Recht[1302] in einem Sinn, der aus ihrem Text nicht in eindeutiger Weise verständlich ist und unklar bleibt. Im europäischen Recht ist eine solche Konstruktion jedenfalls nicht anzutreffen.[1303] Auch in der Industrieökonomik bezeichnet der Begriff *«primary line competition»* keineswegs «une pratique discriminatoire qui affecte *uniquement la concurrence* entre l'entreprise dominante et ses propres concurrents».[1304] Nicht nachvollziehbar ist sodann, wie man sich die «horizontale Diskriminierung» von CLERC /KËLLEZI vorstellen sollte. In der Tat ist «une pratique discriminatoire qui affecte uniquement la concurrence entre l'entreprise dominante et ses propres concurrents» aus der Sicht der *antitrust economics* eine nicht erforschte und deshalb unbekannte Konstellation. Sollte sich ein Konkurrent des Marktbeherrschers von diesem beliefern lassen wollen, wird seine Anfrage kaum je ein fertig produziertes Gut betreffen, das er ja (als Wettbewerber des Unternehmens in beherrschender Position) selbst herstellt (zumindest in funktionell substituierbarer Form). Wenn dieser Konkurrent mit dem marktbeherrschenden Unternehmen überhaupt in Geschäftsbeziehung treten sollte, so wird er dies aller Wahrscheinlichkeit nach nur tun, um einen Bestandteil *(input)* dieses Gutes zu beziehen (z.B. weil er sich in einem Beschaffungsengpass für dieses *input* befindet); dann aber kontaktiert dieser Konkurrent den Marktbeherrscher nicht in einem horizontalen Verhältnis. Durch die Kontaktnahme rückt der Marktbeherrscher in eine Lieferantenstellung und der anfragende Konkurrent in diejenige eines Handelspartners des Letzteren. Unterbreitet ihm der Marktbeherrscher ein diskriminierendes Angebot, befindet man sich zwangsläufig in der Konstellation der *secondary-line discrimination* (s. N 295). Aus welchem Grund CLERC/KËLLEZI dann Art. 7 Abs. 1 auf diesen Fall anwenden wollen, erläutern sie nicht. Ebenso **[Seite 1251]** wenig wie den weiteren von ihnen unterbreiteten Vorschlag, die von ihnen angenommene «pratique discriminatoire qui affecte uniquement la concurrence entre l'entreprise dominante et ses propres concurrents *(primary line competition)*» Art. 7 Abs. 2 lit. e zu unterstellen. Dieser letzte Vorschlag ist – sofern die in N 652 ff. geschilderten Voraussetzungen erfüllt sind – freilich zutreffend.

bbb) Rechtsprechung

Die Erwägungen über die Handelspartnerdiskriminierung in BGE 139 I 72 – das heute führende Urteil zu Art. 7 Abs. 2 lit. b – beginnt mit Sätzen, die erwarten lassen, dass das **Bundesgericht** nicht in Erwägung ziehen würde, die verdrängende *primary-line discrimination* (s. N 294) dieser Bestimmung zu unterstellen: **314**

> «Nach Art. 7 Abs. 2 lit. b KG bildet die Diskriminierung von *Handelspartnern* bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen eine potentiell missbräuchliche Verhaltensweise von marktbeherrschenden Unternehmen. [...] Diskriminiert werden *Handelspartner* – vertraglich oder durch anderes Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens [...]».[1305]

Konsequent *definiert* das Bundesgericht alsdann den Begriff des *Handelspartners* als «Personen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt sind».[1306] Klargestellt wird mit dieser Definition des Handelspartners – das alleinige Diskriminierungssubjekt, von welchem im Text von Art. 7 Abs. 2 lit. b die Rede ist –, dass die *Wettbewerber des Marktbeherrschers keine Diskriminierungssubjekte* bilden. Sodann schreitet das Bundesgericht zur *begrifflichen Erschliessung der «Diskriminierung»* im Sinne der Bestimmung: Eine solche liege vor, wenn Handelspartner sachwidrig benachteiligt würden,

> «ohne dass ihnen adäquate Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stünden. Damit wird deren Stellung im Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten beeinträchtigt, worin der hauptsächliche Schutzzweck von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG gesehen wird».[1307]

An dieser Stelle der Urteilslektüre – nachdem den bisherigen Ausführungen der Höchstinstanz vorbehaltlos zuzustimmen ist – taucht plötzlich eine Dissonanz auf: Was ist mit den Vokabeln «*hauptsächlicher* Schutzzweck» gemeint? Folgerichtig nach dem Gesagten wäre gewesen: «*einziger* Schutzzweck».[1308] Genau mit diesen zwei Worten kommt das Bundesgericht vom Weg ab. In Abweichung von seinen soeben geschilderten Überlegungen zum Handelspartnerbegriff führt es aus:

> «Allerdings darf nicht vergessen werden, dass diskriminierende Bedingungen neben Benachteiligungen der einen stets eine *Begünstigung* der anderen Gruppe von Handelspartnern bewirken. Damit lässt sich deren Interesse für Angebote von Wettbewerbern des Marktbeherrschers gezielt ausschalten, was eine Behinderung des Wettbewerbs auf dessen *eigener Wirtschaftsstufe* darstellt […]. Eine Diskriminierung von Handelspartnern kann zudem auch deshalb eine Behinderung eines potentiellen Konkurrenten darstellen. Insofern ist nicht unbedingt eine Beeinträchtigung der ‹second level competition› erforderlich, um diskriminierende Preise und Geschäftsbedingungen als missbräuchlich erscheinen zu lassen».[1309]

[Seite 1252] Diese Passage stellt eine Art Fremdkörper im Urteilstext dar. Damit wird eine ganze Reihe von Fragen aufgeworfen, die der Analyse bedürfen:

315 Zunächst verbleiben im bundesgerichtlichen Argumentarium – selbst mit der Sympathie, die wir für den pragmatischen Methodenpluralismus hegen[1310] – eine Reihe von **methodischen Problemen ungelöst**: (1) Der *Wortlaut* von Art. 7 Abs. 2 lit. b («Handelspartner», und nicht auch «Wettbewerber») spricht zweifellos *gegen* eine Subsumtion der *horizontal foreclosure* von Konkurrenten auf dem beherrschten Markt. (2) Hinzu kommt die *Entstehungsgeschichte* der Bestimmung, die ebenfalls gegen die im Urteil erwähnte Möglichkeit spricht, eine *primary-line discrimination* (s. N 294) der kartellrechtlichen Diskriminierungsregel zu unterstellen. In der Botschaft 1994 ist zu lesen:

> «Die in Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b E statuierte Gleichbehandlungspflicht besteht *lediglich* bezüglich *Handelspartnern,* die sich dem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber hinsichtlich ihrer Leistungen in der gleichen Lage befinden».[1311]

Von den Räten wurde dieser Normsinn von Art. 7 Abs. 2 lit. b *einstimmig* genehmigt.[1312] (3) Schliesslich hat das Bundesgericht – und dies ist kein nebensächliches Detail – die *Doktrin* in keiner Weise gesichtet, obwohl Art. 1 Abs. 3 ZGB ihm deren Beachtung auferlegt. Wäre es dieser Bestimmung gefolgt, hätte das Urteil den Umstand offenbart, dass sich nicht lediglich ein mehrheitlicher, sondern ein *überragender* Teil der Lehre *gegen* die Subsumtion der diskriminierenden horizontalen Marktverschliessung ausspricht.[1313] Diese drei Argumente sind nicht zu unterschätzen und gewichtig genug, damit sich das Bundesgericht hätte verpflichtet fühlen müssen, den Nachweis anzutreten, aus welchem Grund das grammatikalische und das historische Auslegungselement sowie die überwiegende Doktrin nicht stechen. Weshalb sollte der Gesetzestext zu kurz greifen und auch die nicht genannten Konkurrenten des Marktbeherrschers erfassen? Weshalb dürfte der klar zum Ausdruck gebrachte Gesetzgeberwille ohne jegliche Begründung übergangen werden? Weshalb sollte die überaus gewichtige herrschende Lehre falsch liegen, ohne dass das Bundesgericht auch nur mit einer Silbe den Versuch anträte, sie zu widerlegen? Einen

Grund, der diese drei methodologischen Topoi entkräftet, hat die Höchstinstanz erst gar nicht zu finden versucht. Stattdessen begnügte sie sich mit einer rein *deskriptiven* Kennzeichnung der *horizontal foreclosure*. Ein *normatives* Argument für die bundesgerichtliche Ansicht fehlt in den Urteilserwägungen schlechthin. Darin besteht ein doch schwerwiegender juristischer Mangel in BGE 139 I 72. Dieser Mangel ist freilich kein Zufall: Seinen tieferen Grund hat er in der Industrieökonomik der *primary-line discrimi* [Seite 1253] *nation*, die (über die *wirtschaftsrechtlich-funktionale Methode* [s. N 29 f.]) in das Urteil hätte einfliessen müssen. Berücksichtigt wurden deren Erkenntnisse (aus welchem Grund auch immer) im Urteil nicht.

Die Frage lautet: Welcher industrieökonomischer Grund spricht dagegen, dass die *primary-line discrimination* von Art. 7 Abs. 2 lit. b erfasst wird? Man muss hier vorab **zwei Prämissen** beachten, bevor auf diese Frage eingegangen wird: (1) Zunächst enthält, wie in N 268 dargetan, nahezu jeder Missbrauchstatbestand von Art. 7 ein Diskriminierungselement.[1314] Damit ist das Risiko verbunden, dass die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte Art. 7 Abs. 2 lit. b zur Anwendung bringen, sobald sie den Sachverhalt unter keinen anderen Tatbestand von Art. 7 subsumieren können. Praxis und Rechtsprechung haben – wie namentlich die Untersuchung von TSCHUDI gezeigt hat[1315] – die Neigung, an den Diskriminierungsbegriff keine allzu hohen Anforderungen zu stellen – namentlich deshalb, weil sie sich oft eines *juristischen* anstatt eines *industrieökonomischen* Diskriminierungskonzepts (s. N 269) bedienen, das viel anspruchsvoller ist –, was die Gefahr fördert, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b seine Konturen verliert (und zumal seine Funktion) und zu einer *overinclusive rule* verkommt.[1316] (2) Diese Gefahr sollte alsdann nicht unterschätzt werden, weil der Diskriminierungsbegriff im Sinne dieser Bestimmung voraussetzungsvoller ist, als dies gewisse Entscheide unterstellen; entsprechend fordert dieser Begriff eine vergleichsweise kompliziertere Missbrauchsanalyse, als man sie in Praxis und Lehre zuweilen antrifft. In diesem Sinne hat der EuGH in der Vorabentscheidung *Post Danmark I* zu Recht festgehalten: **316**

> «Entgegen dem Vorbringen der dänischen Regierung […] lässt die Tatsache, dass die Praxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Preispolitik [sc. von Post Danmark] als ‹Preisdiskriminierung› eingestuft werden kann, d.h. die Anwendung verschiedener Preise auf verschiedene Kunden oder verschiedene Kundenkategorien für Waren oder Dienstleistungen, deren Kosten dieselben sind, oder umgekehrt die Anwendung eines einheitlichen Preises auf Kunden, bei denen die Angebotskosten variieren, *allein nicht den Schluss auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis zu*».[1317]

Damit lenkt der EuGH die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass der Diskriminierungstatbestand nicht bereits mit dem Nachweis einer Ungleichbehandlung erfüllt ist.[1318] Mit diesen zwei Prämissen vor Augen kann nun zur industrieökonomischen Kritik von BGE 139 I 72 geschritten werden:

Der entscheidende Punkt, um den es hier geht, ist, dass eine *primary-line discrimination* (als wettbewerbswidrige horizontale Marktverschliessung oder *horizontal foreclosure*; s. N 82) auf dem *beherrschten* Markt **keinen Diskriminierungseffekt**, sondern – wenn diese Strategie gelingt – einen **Verdrängungseffekt** erzeugt. Um diesen Punkt deutlich zu machen, muss der Mechanismus dieser antikompetitiven Praktik nochmals kurz erläutert werden (s. schon N 294): Indem das Unternehmen in beherrschender Stellung auf dem vor- oder nachgelagerten Markt seine Handelspartner diskriminiert, d.h. bestimmte unter ihnen durch Preise oder Geschäftsbedingungen bevorzugt und andere dadurch benachteiligt, kann es den *Zugang* seiner Wettbewerber auf dem beherrschten Markt zu den Handelspartnern, die im Genuss von vorteilhaften Preisen oder Geschäftsbedingungen sind, *erschweren* oder *verunmöglichen*. In diesem Zusammenhang ist aber auf einen zen [Seite 1254] tralen Umstand hinzuweisen: Art. 7 Abs. 2 lit. b entzieht dem Marktbeherrscher die *Vertragsfreiheit* nicht. Diese Norm sieht keine *«formale Gleichbehandlungspflicht»* vor.[1319] Der Marktbeherrscher kann **317**

mit jedem Handelspartner individuell Verträge aushandeln – in aller Regel liegt somit eine Preisdiskriminierung ersten Grades vor (s. N 373) –, solange er ihm *keinen Wettbewerbsnachteil* (*competitive disadvantage*; s. N 322 ff.) zufügt,[1320] der ihn im Verhältnis zu seinen Konkurrenten auf dem vor- oder nachgelagerten Markt benachteiligt.[1321] Aus diesem Grund kann das marktbeherrschende Unternehmen mit seinen Handelspartnern in zulässiger Weise unterschiedliche Preise oder Geschäftsbedingungen vereinbaren:

> «[The courts] have recognised that a dominant firm is not required to reach the same pricing arrangement with all its customers, but can negotiate arrangements that take account of its customers different commercial situations».[1322]

Seine Ungleichbehandlungsstrategie gegen Handelspartner kann das Unternehmen in beherrschender Stellung allerdings *nicht in der Weise ausführen*, dass es *bestimmte seiner Konkurrenten auf dem beherrschten Markt gezielt diskriminieren* könnte. Eine derartige Selektivität auf dem beherrschten Markt erweist sich in der Praxis als unmöglich. Nur schon die verschiedenen Preise und Geschäftsbedingungen, die es auf dem vor- oder nachgelagerten Markt ausgehandelt hat und die Dauer haben, würden sich auf einen solchen Plan hinderlich auswirken.[1323] Vor allem aber fehlen ihm in verschiedener Hinsicht Informationen, die zur Verwirklichung eines solchen Vorhabens unerlässlich sind. Es müsste über

> «Informationen […] über das konkrete Nachfrageverhalten der einzelnen Handelspartner [verfügen …]. […] Bietet es] mehrerer Produkte [an,] ist es […] ihm] praktisch unmöglich, die Kosten exakt auf einzelne Produkte aufzuteilen. Eine Aufschlüsselung der Kosten bleibt folglich aus betriebswirtschaftlicher Sicht letztlich beliebig. Ausserdem ist fraglich, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen genügend Informationen zu sämtlichen Handelspartnern zur Hand hat, um gleiche bzw. ungleiche Situationen der Kunden überhaupt identifizieren zu können».[1324]

318 In **BGE 139 I 72** vernachlässigt das Bundesgericht diese praktischen Gegebenheiten, wenn es in Erwägung 10.2.2 erklärt, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b auch die *primary-line discrimination* (s. N 294) erfasst. Es gründet seine Überlegungen in der erwähnten Erwägung 10.2.2 gedanklich auf einem hypothetischen Sachverhalt, der sich folgendermassen resümieren lässt: Durch diskriminierende Preisangebote segmentiere der Marktbeherrscher die Handelspartner in eine benachteiligte und in eine begünstigte Gruppe. Letztere interessierten sich ihrer Begünstigung wegen dann nicht mehr für die Angebote der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens, sodass diese wegen dem entfallenen Interesse der Handelspartner diskriminiert würden.[1325] Dieses konstruierte Szenario ist allzu simpel, um der Wirtschaftswirklichkeit gerecht zu werden. Zwar wird nicht in Frage gestellt – ganz im Gegenteil –, dass in einer solchen Konstellation ein *Verdrängungseffekt* **[Seite 1255]** auf dem beherrschten Markt bewirkt werden kann. Was das Bundesgericht indes übersieht, ist, dass dieser *Verdrängungseffekt selber nicht in einer Diskriminierung der Wettbewerber* besteht, da sich die auf dem vor- oder nachgelagerten Markt veranlasste Diskriminierung vom Marktbeherrscher auf dem beherrschten Markt (praktisch) unmöglich als gezielte und kontrollierte Diskriminierung seiner Konkurrenten reproduzieren lässt.[1326] Diskriminiert werden einzig die Handelspartner, dies durchaus in der Absicht, auf dem beherrschten Markt einen Verdrängungseffekt zu erzeugen, der indes *nicht* die Form einer *Konkurrentendiskriminierung* annehmen kann. Darin liegt das eigentliche Kennzeichen der *primary-line discrimination*: Der Analyse bedarf allein die Frage, ob die Diskriminierung der Handelspartner allfällige *Verdrängungswirkungen* auf dem beherrschten Markt erzeugt. Im Rahmen einer wettbewerbswidrigen horizontalen Marktverschliessung ist deshalb die Handelspartnerdiskriminierung, die dieses Verdrängungsverhalten auf dem beherrschten Markt überhaupt erst möglich macht, von bloss instrumentalistischer Bedeutung (s. N 296). Sie ist bloss Mittel zum Zweck: «In this situation, the legal issue is not whether the dominant firm's prices discriminate between its own customers […] but whether the dominant firm's prices

can be regarded as […] exclusionary, contrary to Article 102(b) [= Art. 7 Abs. 2 lit. e]».[1327]

Aus **industrieökonomischer Perspektive** ist der Umstand, dass die *primary-line discrimination* zwar auf Verdrängung der Wettbewerber des Unternehmens in beherrschender Stellung, aber nicht auf deren Diskriminierung zielen kann (und deshalb nur von Art. 7 Abs. 2 lit. e erfasst werden kann; s. N 296) von beträchtlicher Bedeutung, weil sich die *incentives* des Marktbeherrschers und die Auswirkungen seines Verhaltens von den entsprechenden Anreizen und Effekten unterscheiden, die bei einer *secondary-line discrimination* vorliegen. Weil diese Elemente in der Missbrauchsanalyse von erheblicher Relevanz sind, müssen sie präzise identifiziert und nicht vermengt werden. Aus diesem Grund – d.h. zur Sicherstellung der Akuratesse der Missbrauchsanalyse – darf die *primary-line discrimination* nur im Hinblick auf den Sachverhaltsausschnitt, der die *Ungleichbehandlung der Handelspartner* betrifft, d.h. nur unter den in N 300 ff., 310 ff. dargelegten Voraussetzungen der *kumulativen Normenkonkurrenz* unter Art. 7 Abs. 2 lit. b subsumiert werden. Der Teil des Sachverhalts, der die *Verdrängung von Wettbewerbern* auf dem beherrschten Markt betrifft, fällt nicht unter diese Bestimmung, sondern ausschliesslich unter Art. 7 Abs. 2 lit. e (s. N 669 ff.). Dogmatisch fehlt diesem Sachverhaltsausschnitt das Merkmal der «Diskriminierung» auf Ebene des beherrschten Marktes (Merkmal I; s. N 300 ff.). **319**

[Seite 1256] ccc) Wettbewerbsbehörden

Womöglich zeichnet sich gegenwärtig in der Haltung der WEKO ein Gesinnungswandel hinsichtlich der Interpretation von Art. 7 Abs. 2 lit. b ab, die in ihrer bisherigen Praxis, wie das Bundesgericht, auch die *horizontal foreclosure* unter diese Bestimmung subsumierte.[1328] (Allerdings können die nachstehenden Beobachtungen ihren Grund auch ausschliesslich in der von dieser Behörde erstellten *Faktenlage* haben.) Im Entscheid *Sport im Pay-TV* scheint die WEKO den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b so definiert zu haben, dass dieser nur die *pure* (oder *secondary line) discrimination* (s. N 295) erfasst: **320**

> «Aus dem Gesetz geht hervor, dass die Tatbestandsvariante des Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllt ist, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind: [… (1)] es muss eine Ungleichbehandlung bei vergleichbaren Produkten vorliegen; [… (2)] die Ungleichbehandlung zielt auf einen Handelspartner; [… (3)] die Ungleichbehandlung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte, indem sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand); [… (4)] die Ungleichbehandlung kann nicht durch ‹Legitimate Business Reasons› gerechtfertigt werden».[1329]

Gänzliche Klarheit schafft diese Tatbestandsumschreibung freilich nicht. Der Pferdefuss liegt ganz offensichtlich in der Definition des dritten Merkmals: Dieses enthält insofern eine **Ambivalenz**, als die Vokabeln «[…] *andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern* […]»[1330] vordergründig die Konkurrenten auf dem vor- oder nachgelagerten Markt zu bezeichnen scheinen; indes schliesst in den von der WEKO verwendeten Formulierung kein restringierendes Wort die Möglichkeit aus, dass nicht auch die *Wettbewerber auf dem beherrschten Markt* gemeint sind. Dies lässt jedenfalls der WEKO die Tür dafür offen, bei Bedarf eine *primary-line discrimination* (s. N 294) umfassend nach Massgabe von Art. 7 Abs. 2 lit. b zu analysieren. Das wäre nicht richtig, weil, wie in N 310 ff. ausführlich dargelegt, die *Verdrängung* von Wettbewerbern auf dem beherrschten Markt ausschliesslich ein Fall von Art. 7 Abs. 2 lit. e ist. Die sprachlichen Zweideutigkeiten in den Formulierungen der WEKO sind der Rechtssicherheit abträglich und deshalb zu vermeiden.

Abgeschlossen sei mit einem Ausblick: Der Sachverhaltsausschnitt der *first-line discrimination*, der die Wettbewerbsschädigung auf dem beherrschten Markt betrifft, wird in der europäischen Praxis und Rechtsprechung aus den in N 310 ff. dargestellten Gründen nicht nach Massgabe von Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV – das Pendant zu Art. 7 Abs. 2 lit. b KG – analysiert. Lange wurde sie je nach **321**

rechtstatsächlicher Situation unter folgenden Missbrauchstatbeständen geprüft: die Preisunterbietung (*predatory pricing*; s. N 419 ff.), die Einschränkung des Absatzes (s. N 624 ff.), die Preis-Kosten-Schere (*margin squeeze*; s. N 517 ff.) oder das wettbewerbswidrige Koppelungsgeschäft (s. N 675 ff.).[1331] Allerdings wird seit einiger Zeit diese Frage der sog. **Mehrfachtatbestandsmässigkeit** – zumal im Hinblick auf Sachverhalte des *Verdrängungsmissbrauchs* – in der Doktrin intensiver erforscht.[1332] Darauf wird in N 628 f. näher eingegangen.

[Seite 1257] dd) Merkmal III: Wettbewerbsbeeinträchtigung

aaa) Wettbewerbsnachteil des Handelspartners *(competitive disadvantage)*

322 Im Unterschied zu Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV verlangt Art. 7 Abs. 2 lit. b KG nicht *expressis verbis*, dass eine diskriminierende Verhaltensweise den **Handelspartnern** des Marktbeherrschers einen Wettbewerbsnachteil *(«competitive disadvantage»)* in ihren jeweiligen Rivalitätsverhältnissen zufügt.[1333] Dennoch präzisierte der Bundesrat in der Botschaft, dass eine Voraussetzung von lit. b die Benachteiligung des oder der betroffenen Handelspartner *im Wettbewerb mit den eigenen Rivalen*[1334] («[…] im Wettbewerb mit Dritten […]»[1335]) darstellt.[1336] Die Lehre ist im Hinblick auf diese Aussage in den Materialien gespalten. Gewisse Autoren zählen die Wettbewerbsbenachteiligung von Handelspartnern als konstitutives Element zum *Tatbestand*,[1337] andere *nicht*,[1338] während eine dritte Gruppe von Autoren zwar betont, dass das Gesetz das Erfordernis des Handelspartnernachteils nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch sinngemäss impliziert, dass es dennoch *erfüllt* sein *muss*, ohne sich zur Tatbestandszugehörigkeit des Merkmals zu äussern.[1339] Die Praxis des Bundesgerichts und der Wettbewerbsbehörden steht auf dem Standpunkt, dass eine diskriminierende Verhaltensweise erst dann von kartellrechtlicher Relevanz ist, wenn sie gewisse Handelspartner (bzw. gewisse Gruppen von Handelspartnern) – im Verhältnis zu ihren Rivalen – im Wettbewerb benachteiligt.[1340] Diese Auffassung ist insofern überzeugend, als sie im Einklang mit der europäischen Rechtsprechung steht;[1341] sie wird somit durch die Regeln der europarechtskonformen Interpretation gestützt, da ein «sachlicher Grund» für eine Abweichung von der unionsrechtlichen Praxis nicht vorliegt (s. N 49 ff.). Die WEKO hat womöglich im Fall *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion* die einleuchtendste Begründung für diese Auffassung vorgelegt (rechtstatsächlich war die Erfüllung dieses Merkmals *in casu* sogar *quantifizierbar*[1342]): Die Diskriminierung hatte zur Folge, dass sich die Handelspartner mit einer Benachteiligung im Hinblick auf ein bestimmtes Kundensegment konfrontiert sahen, [Seite 1258] welches rund 10000 bis 15000 Terminals umfasste, was zwangsläufig wettbewerbsrelevant ist.[1343] Gemäss der jüngeren Praxis der Wettbewerbsbehörden und des Bundesgerichts – so kann *resümierend* festgehalten werden – ist das Merkmal der Handelspartnerbenachteiligung für den Tatbestand der Diskriminierung *konstitutiv*,[1344] wobei dieses Merkmal noch insofern der weiteren Sondierung bedarf, als damit die Frage aufkommt, ob der Tatbestand von lit. b zusätzlich verlangt, dass eine Schädigung des wirksamen Wettbewerbs gegeben ist. Das ist Thema des nächsten Abschnitts.

bbb) Wettbewerbsschädigung

323 Industrieökonomisch unterliegt keinem Zweifel, dass ein *competitive disadvantage* eines Handelspartners (s. N 322) mit einer Schädigung wirksamen Wettbewerbs nicht gleichgesetzt werden darf. Wie in N 150 ausgeführt ist es wirtschaftswissenschaftlich *inkorrekt*, aus der Feststellung einer Wettbewer*ber*-Behinderung eine Einschränkung und mithin eine Schädigung des Wettbewer*bs* abzuleiten. Dieser Umstand bedarf eines *eigenständigen* Nachweises. Die Begründung dieser Einsicht liegt auf der Hand: Eine Missbrauchsanalyse, die sich damit begnügt, bloss die Nachteiligkeit einer Praktik für die Rivalen des Marktbeherrschers (bzw. für dessen Handelspartner) darzutun, wird letztlich zu einem Entscheid führen, der die Wettbewer*ber* und nicht

den Wettbewer*b* schützt;[1345] damit geht dieser Entscheid an seinem eigentlichen Schutzgegenstand vorbei, wie in N 103 ff. dargelegt wird. Diese Zusammenhänge hat der EuGH im Fall *MEO* unmissverständlich festgehalten:

> «Bei der Entscheidung, ob eine von einem marktbeherrschenden Unternehmen vorgenommene Preisdiskriminierung gegenüber Handelspartnern darauf gerichtet ist, den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt zu verfälschen, bedeutet […] das *bloße Vorliegen einer unmittelbaren Benachteiligung von Wirtschaftsteilnehmern* […] *nicht*, dass der *Wettbewerb verfälscht ist* oder sein könnte».[1346]

Aus dieser Erkenntnis zieht der Gerichtshof den Schluss, dass «die Diskriminierung von Handelspartnern» nur dann «als missbräuchlich angesehen werden» kann, «wenn das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens angesichts des gesamten Sachverhalts darauf gerichtet ist, eine *Wettbewerbsverzerrung*» herbeizuführen.[1347] Die Frage ist dann, wie der Nachweis einer derartigen Schädigung *wirksamen Wettbewerbs* erbracht werden kann. Gleich wie das Bundesgericht in diesem Fall dies tut,[1348] entscheidet sich [Seite 1259] der EuGH für das Vorgehen der **Einzelfallprüfung**. Es gilt damit auch unter lit. b, was der Gerichtshof im *MEO*-Urteil festgehalten hat:

> «[D]aher [ist] eine Prüfung sämtlicher relevanter Umstände vorzunehmen, um zu bestimmen, ob eine Preisdiskriminierung im Sinne von Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV einen Wettbewerbsnachteil herbeiführt oder herbeiführen könnte».[1349]

ccc) Konsumentenwohlfahrtsschädigung

324 Um eine Wettbewerbsbeeinträchtigung darzutun, ist der Nachweis einer Konsumentenwohlfahrtsschädigung aus Gründen, die sogleich erläutert werden, erforderlich. Deshalb muss dieses **Merkmal** als **konstitutives** des Tatbestandes von lit. b angesehen werden[1350] Demgegenüber gehen die Praxis der Wettbewerbsbehörden sowie die Rechtsprechung gegenwärtig von einer anderen Sicht der Probleme aus, die mit diesem Merkmal einhergehen. Diese Auffassung hat letztlich ihren Grund in der Tendenz dieser Instanzen, das Diskriminierungskonzept von lit. b *rein juristisch* zu verstehen, anstatt dieses in seiner *industrieökonomischen* Dimension anzugehen und anzuwenden. Die Bedeutung dieser Unterscheidung zwischen juristisch und wirtschaftswissenschaftlich begriffenem Konzept besteht darin, dass

> «[…] economists do not consider price discrimination to be *a priori* good or bad for consumer welfare. Many forms of discrimination enhance consumer welfare – mainly by allowing consumers with lower willingness/ability to pay to purchase something that they could not if different (lower) prices were not permitted. Condemning discrimination therefore requires clear evidence of actual or likely harm to consumer welfare».[1351]

Wird das Erfordernis eines unmittelbaren Nachweises der Schädigung der Konsumentenwohlfahrt – als *Bestandteil* des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. lit. b – verneint, riskiert man, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b in einem allzu breiten Spektrum unzulässiger diskriminierender Verhaltensweisen mündet,[1352] was notgedrungen zu *false positives* (Fehler I. Ordnung; s. N 123) führt, für welche der Diskriminierungstatbestand von lit. b besonders anfällig ist.[1353]

325 Trotzdem lehnt das Bundesverwaltungsgericht die Prüfung einer Konsumentenwohlfahrtsschädigung im Rahmen der Anwendung von lit. b bis heute ab. Im Verfahren des Falles *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL* hatten die Beschwerdeführinnen ihr Begehren, eine solche Prüfung durchzuführen, mit dem Argument begründet, «[…] Aufgabe des Kartellgesetzes sei es, im Sinne einer Verhaltenskontrolle die für Wettbewerb erforderlichen *Freiräume für wohlfahrtsförderndes unternehmerisches Verhalten* zu schaffen […]».[1354] Das Bundesverwaltungsgericht hielt dieses Argument nicht für stichhaltig und gab dem Begehren mit dem Motiv keine Folge:

> «[E]s [ist] ausreichend, wenn bei einer Gesamtwürdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls davon auszugehen ist, dass von der Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens eine potentiell beeinträchtigende Wirkung für die [... Handelspartner] ausging. Da der Schutz des Wettbewerbs gemäss Art. 7 KG nicht nur darauf ausgerichtet ist, Endverbraucher vor [Seite 1260] einem unmittelbaren Schaden durch ein missbräuchliches Verhalten zu bewahren, sondern auch darauf, angemessene Wettbewerbsstrukturen sicherzustellen, wird der verbliebene bzw. der zumindest sich noch einstellende Wettbewerb bereits durch die nicht nur rein theoretische Möglichkeit einer Beeinträchtigung weiter gefährdet».[1355]

Damit äussert die Beschwerdeinstanz die Ansicht – die gerade industrieökonomisch nicht haltbar ist (s. N 323) –, dass der Nachweis eines *competitive disadvantage* eines Handelspartners des Marktbeherrschers hinlänglich belegt, dass wirksamer Wettbewerb als solcher geschädigt ist. Auch missversteht das Bundesverwaltungsgericht den Begriff «Konsumenten» der in demjenigen der «Konsumentenwohlfahrt» enthalten ist: Damit ist nach nahezu einmütiger Doktrin keineswegs bloss der «Endverbraucher» gemeint, sondern jeder Nachfrager bzw. «Käufer» *(«buyer»)* auf allen Zwischenstufen der Wertschöpfungskette, wie die Industrieökonomik lehrt[1356]. Demgegenüber scheint die WEKO im Hinblick auf die Prüfung einer Schädigung der Konsumentenwohlfahrt eine offenere Haltung zu haben, ohne dass sie jedoch bisher die Notwendigkeit einer derartigen Prüfung als konstitutives Element des Tatbestandes von lit. b erachtet. Im Entscheid *Swisscom WAN-Anbindung* zog sie in Erwägung, die Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt anhand eines AEC-Tests (s. N 476 f.) zu untersuchen, sah sich aber in Ermangelung der dafür erforderlichen Daten gezwungen, darauf zu verzichten (wogegen nichts einzuwenden ist; hier lag das Problem anderswo: s. N 320).[1357] In der Entscheidung *Sport im Pay-TV* führte sie in ähnlicher Weise aus:

> «Es kann zunächst auf die entsprechenden Ausführungen in Abschnitt B.4.3.2.3 verwiesen werden, da [...] Verträge zwischen einem TV-Plattformanbieter und einem Content-Anbieter zu einer Marktverschliessung führen. Vorliegend geschieht diese, indem komplementäre Produkte (Pay-TV und TV-Plattform) den Endkunden angeboten werden, wobei das vollständigere und (unter Berücksichtigung der Koppelung mit dem Basisangebot) günstigere Angebot nur gemeinsam mit Swisscom TV verkauft wird. Sofern sich die TV-Plattformen anderweitig nur unwesentlich unterscheiden, haben sie praktisch keine Chance, im Wettbewerb mit Swisscom TV zu bestehen. Gleichzeitig ist wiederum zu erwarten, dass die vorliegende Wettbewerbsbehinderung dazu geeignet ist, die Wohlfahrt der Endkunden zugunsten der Gewinne der Programmveranstalter zu verringern [...]».[1358]

Im Anschluss an diese Ausführungen kam es freilich, ohne das dies begründet wurde, zu keiner Prüfung der Auswirkungen der in Frage stehenden Verhaltensweise auf die Konsumentenwohlfahrt.

326 Dass eine Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse ohne Prüfung einer Schädigung der Konsumentenwohlfahrt in dem Sinne unvollständig ist, dass die Beeinträchtigung nicht gänzlich nachgewiesen ist, hat folgenden Grund: «[I]f Article 102(c) [und Art. 7 Abs. 2 lit. b] were applied in a manner that took no account of consumer welfare, it would amount to a rule that protected competitors (and may even [...] protect competitors at the *expense* of consumers) – something the EU Courts have consistently emphasized is not the purpose of Article 102 TFEU».[1359] In der europäischen Kartellrechtsdoktrin wird dieses Prinzip nicht in Frage gestellt.[1360] Dem folgt auch die Rechtsprechung. In seinem Urteil *Post Danmark I* hat der Gerichtshof dieses Prinzip bestätigt: «Art. 82 EG [jetzt: [Seite 1261] Art. 102 AEUV] erfasst insbesondere die Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens, die *zum Nachteil der Verbraucher* die Aufrechterhaltung oder den Ausbau des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs [...] behindern [...]».[1361] Trotz dieser Einigkeit verbleibt das Problem, dass ein Test, der allgemein auf sämtliche Diskriminierungsfälle anwendbar wäre, nicht zur Verfügung steht. Auch hier wird deshalb ein *einzelfallweises* Vorgehen zu befolgen sein (s. N 323).

ddd) Missbrauchsuntersuchungsstandard von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG

Wie im europäischen Recht[1362] ist auch im schweizerischen Recht die Praxis im Hinblick auf die Frage unklar, welche Anforderungen an die behördliche Untersuchung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b zu stellen sind (Frage nach dem angemessenen *Untersuchungsstandard*; s. N 119 ff.). Muss eine Wettbewerbsschädigung nachgewiesen werden oder liegt diese *per se* durch die Durchsetzung diskriminierenden Verhaltens vor? Vor diesem Hintergrund sind theoretisch **drei Positionen** denkbar: (1) Die erste besteht darin nachzuweisen, dass ein Handelspartner, der von der Diskriminierung betroffen ist, einen Wettbewerbsnachteil im Verhältnis zu seinen Konkurrenten erleidet. Danach ist Art. 7 Abs. 2 lit. b nur dann einschlägig, wenn die betroffenen Handelspartner untereinander Konkurrenten sind, d.h. auf dem nämlichen Markt werben. Im europäischen Wettbewerbsrecht wird in diesem Zusammenhang zusätzlich postuliert, dass das marktbeherrschende Unternehmen Kenntnis davon haben müsse, dass seine Handelspartner in Konkurrenz zueinanderstehen. Diese Voraussetzung findet sich sowohl in gewissen europäischen Entscheidungen als auch im Gesetz einzelner Mitgliedstaaten wieder.[1363] (2) Die zweite Position besteht darin, das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils aus den konkreten Umständen, wie sie sich auf den von der Diskriminierung betroffenen Märkten vorfinden, zu folgern. Beispielsweise hat das Vorliegen einer gravierenden (Kaufpreis-)Diskriminierung in Verbindung mit Vertragsklauseln, die Arbitrage auf dem relevanten Markt effektiv ausschlossen, die europäischen Wettbewerbsbehörden dazu verleitet, auf das Vorhandensein eines Wettbewerbsnachteils zu erkennen.[1364] (3) Die dritte Position liegt darin, aus dem Vorliegen einer Diskriminierung automatisch auf einen Wettbewerbsnachteil zu schliessen, was einem *per se*-Ansatz gleichkommt. Für das europäische Recht hat das EuG in der Rechtssache *British Airways/Virgin* die Position der Kommission bestätigt, welche die Auszahlung eines Bonus an die Reisevermittler, die davon abhing, ob die Anzahl verkaufter British Airways-Tickets gesteigert werden konnte, als unerlaubte Diskriminierung taxiert hat. Allerdings scheint es sich so zu verhalten, dass die Kommissionsunterschiede zwischen den Reisevermittlern minimal waren und höchstens 1–2% betrugen. Das EuG hat freilich weder die Marktgrösse der Reisevermittler noch das Verhältnis von ausbezahltem Bonus und Umsatz, den konkurrierende Reisevermittler aus der gleichen Region generierten, beachtet. Stattdessen hat es sich mit der Feststellung begnügt, dass der Wettbewerb zwischen den Reisevermittlern «natürlich durch die diskriminierenden Vergütungsbedingungen beeinträchtigt» war.[1365]

327

[Seite 1262] Jede dieser drei Positionen kann zwar für sich Kohärenz in Anspruch nehmen. Allerdings geht vor allem mit der dritten Position eine Rigidität einher, die der wohlfahrtstheoretischen Komplexität der Diskriminierung kaum (bzw. nur in Ausnahmefällen) angemessen ist. Die zwei ersten Positionen können ihrerseits manchmal zu Folgerungen verleiten, die ambivalent sind. Es ist deshalb vorzuziehen, auf den Bezug einer fixen Stellung zugunsten der einen oder andern dieser Positionen zu verzichten, und stattdessen mit einem **offenen Untersuchungsstandard** zu arbeiten, der auf folgenden Leitsätzen beruht: (1) Auszugehen ist einmal davon, dass es keine allgemeingültige ökonomische Erklärung gibt, die es erlauben würde, vom Vorliegen einer Diskriminierung automatisch auf das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils bei einem oder mehreren betroffenen Handelspartnern zu schliessen. Die beweisbedürftigen Tatsachen, die erforderlich sind, um das Vorliegen eines Wettbewerbsnachteils darzutun, hängen immer vom konkreten Fall ab. Dennoch muss ein solcher Nachteil immer dargetan werden. Diese Sichtweise kommt sehr nah an diejenige von Generalanwalt WAHL in seinen Schlussanträgen vom 20.12.2017 im Fall *MEO*: Bei Fehlen einer objektiven Rechtfertigung «[…] stellt der Umstand, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen von manchen seiner Lizenzabnehmer höhere Preise verlangt als von anderen Lizenznehmern, einen Missbrauch i.S.v. Art. 102 Abs. 2 Buchst. c AEUV dar, wenn, und nur wenn die erstgenannten Lizenznehmer durch diese Praxis im Verhältnis zu

328

den anderen Lizenznehmern, mit denen sie [im] Wettbewerb stehen, im Wettbewerb benachteiligt werden». Demzufolge werden die Handelspartner eines Unternehmens in beherrschender Stellung i.S.v. Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV dann im Wettbewerb benachteiligt, «[…] wenn die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen die Wettbewerbsposition mancher dieser Handelspartner im Verhältnis zu den anderen Handelspartnern beeinträchtigt und folglich den Wettbewerb zwischen den bevorzugten Handelspartnern und den benachteiligten Handelspartnern verfälscht».[1366] Diese Benachteiligung, die von einer möglicherweise festgestellten bloss unterschiedlichen Behandlung zu trennen ist, impliziert die Feststellung einer Verzerrung des Wettbewerbs zwischen den betroffenen Parteien auf dem relevanten Markt. Die empfohlene Untersuchung darf sich nicht auf eine einfache formelle automatische Schlussfolgerung reduzieren lassen, die lediglich auf tatsächlichen oder rechtlichen Vermutungen beruht, sondern muss eine konkrete Prüfung aller Umstände des Einzelfalls beinhalten. (2) Art. 7 Abs. 2 lit. b gründet – der allgemeinen Regel entsprechend (s. N 157) – auf der Existenz eines Kausalzusammenhangs zwischen der Diskriminierung und der Wettbewerbsbeeinträchtigung. Eine solche Beeinträchtigung kann nur dann bestehen, wenn die betroffenen Geschäftspartner untereinander in einem Konkurrenzverhältnis stehen und der von einigen unter ihnen erlittene Nachteil sich spürbar auf ihre Wettbewerbsfaktoren niederschlägt (s. N 160). Als Beispiel für eine derartige Konstellation kann der Fall erwähnt werden, in dem der Marktbeherrscher Rohstoffe erzeugt, die einen signifikanten Bestandteil bei der Kalkulation der Endproduktkosten darstellen. (3) Die Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsbeeinträchtigung und die Analyse der Rechtfertigungsgründe (s. N 330 ff.) kommen zwar thematisch sehr nahe aneinander heran (zumal wenn es um eine *efficiency defence* geht), sind allerdings nicht substituierbar: Die Beeinträchtigungsprüfung misst nur die ökonomischen Einbussen, die ein Handelspartner erfährt, legt aber nicht fest, ob dieser (individuelle) Nachteil den wirksamen Wettbewerb bzw. die Konsumentenwohlfahrt schädigt. Nur die Analyse der objektiven Rechtfertigungskriterien, die meist einen *Wohlfahrtstest* darstellen, kann diese Funktion erfüllen.

[Seite 1263] ee) Merkmal IV: Kausalität

Vgl. N 152 ff. **329**

ff) Merkmal V: *Legitimate business reasons*

aaa) Allgemeines

Art. 7 Abs. 2 lit. b zwingt das marktbeherrschende Unternehmen nicht, seine Handelspartner absolut gleich zu behandeln (s. N 271). Das in dieser Bestimmung vorgesehene **Gleichbehandlungsgebot** ist insofern ein **relatives**, als *legitimate business reasons* eine Abweichung vom Gleichheitssatz rechtfertigen können.[1367] In diesem Zusammenhang muss auch hervorgehoben werden, dass im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. b an den Nachweis eines Rechtfertigungsgrundes *nicht allzu hohe Anforderungen* gestellt werden sollten. Zwar wird es nahezu immer möglich sein, einen Parameter zu finden, der sich von einem Kunden zum anderen unterscheidet. Ein derartiger Befund darf freilich nicht automatisch zum Schluss führen, es läge ein Missbrauch vor. Denn eine unterschiedliche Behandlung kann sehr oft auch dadurch erklärt werden, dass die Handelspartner des Marktbeherrschers ihre Verträge mit *unterschiedlichem Geschick* aushandeln.[1368] Auch sollte nicht vergessen werden, dass das Vorliegen von ungleichen Geschäftsbedingungen ein Indiz für den Sachverhalt sein kann, dass mächtige Handelspartner ihre Macht ausgespielt haben, um bessere Konditionen zu erhalten (s. Art. 4 Abs. 2 N 258 ff.). **330**

Die vorliegend befolgte, in N 170 ff. entwickelte **Dogmatik** der *legitimate business reasons* unterscheidet zwischen *objektiven Rechtfertigungsgründen* und *Effizienzgründen*:[1369] **331**

bbb) Objektive Rechtfertigungsgründe

Im Hinblick auf die erste Kategorie von Rechtfertigungsgründen (s. N 174 ff.) müssen **objektive Notwendigkeit** (s. N 174) und **kommerzielle Interessen** (s. N 175) auseinander gehalten werden.[1370] Allgemein lässt sich sagen, dass es durchaus die *Marktbedingungen* sein können, die zu Diskriminierungen Anlass geben; dann können sie das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens aus sich selbst heraus rechtfertigen.[1371] In diesem Sinne können, falls objektiv gerechtfertigt, Differenzierungen nach der *Marktstufe* (Grossisten-, Detaillisten- oder Konsumentenstufe), nach den *Handelsusanzen* (z.B. übernehmen die Grossisten oder die Detaillisten auf einem bestimmten Markt seit jeher die Werbe- oder Beratungsfinanzierung), nach den *Nutzungsraten* des Produktes oder der Dienstleistung usw. vorgenommen werden.[1372] Eine diskriminierende Geschäftsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens kann sich sodann aus *objektiver Notwen* [Seite 1264] *digkeit* rechtfertigen: Eine defensive Strategie, die einen Kunden bei der Stange halten soll, kann die Unterbreitung eines interessanten Preisangebots als legitim erscheinen lassen.[1373] Dasselbe kann für eine offensive Strategie zutreffen, die darauf ausgerichtet ist, neue Geschäftspartner in Zeiten schlechten Geschäftsganges zu akquirieren. Schliesslich kann die *konkrete Natur* einer Geschäftsbeziehung mit einem bestimmten Kunden eine unterschiedliche Behandlung verlangen. In einem *kommerziellen Engpass* ist eine geringere Drosselung der Lieferungen an Stammkunden zum Nachteil von Gelegenheitskunden legitim, soweit die Differenzierungskriterien objektiv sind.[1374] Ob die Diskriminierung gerechtfertigt ist oder nicht, wird im Einzelnen von ihrer *Dauer* und ihren *Auswirkungen* auf die Konkurrenten der Handelspartner abhängen. Im Fall *Swisscom WAN-Anbindung* hat die WEKO festgehalten, dass keine sachlichen Rechtfertigungsgründe vorliegen, wenn Swisscom die Preise für ihre kommerziellen Vorleistungsprodukte im Vergleich zu den Preisen der technisch austauschbaren regulierten Vorleistungsprodukte so hoch ansetzt, dass die kommerziellen und regulierten Produkte in preislicher Hinsicht nicht mehr austauschbar sind. Denn die Nachfrager können dann mit den kommerziellen Vorleistungsprodukten nicht mehr mit Swisscom oder einem Fernmeldedienstanbieter, welcher in sämtlichen Anschlusszentralen präsent ist, in Wettbewerb treten.[1375] Die Tatsache, dass eine diskriminierende Verhaltensweise nicht tatbestandsmässig i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b ist, sagt noch nichts darüber aus, ob nicht ein anderer Missbrauchstatbestand erfüllt ist.[1376] **332**

ccc) Effizienzgründe

Ökonomische Effizienzen (s. N 176) als Rechtfertigungsgründe können im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. b *vielerlei Formen* annehmen. Eine Diskriminierung zwischen Handelspartnern kann einmal eine Rechtfertigung in Skalenerträgen bei Vermarktung, Transport und Vertrieb finden.[1377] Das Sekretariat hat **differenzierende Geschäftsbedingungen** als legitim angesehen, die *Kosteneinsparungen* reflektieren, welche durch die *Dauer* eines geschäftlichen Verhältnisses oder durch den *Zeitpunkt* des Vertragsschlusses bedingt waren.[1378] **333**

Umstritten ist, ob **Synergieeffekte innerhalb eines Konzerns** das Konzedieren von günstigen Konditionen an Konzernunternehmen rechtfertigen. Die WEKO hat sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt gestellt, dass sich ein marktbeherrschender Konzern missbräuchlich verhält, wenn er «in Verdrängungsabsicht» die unabhängigen Handelspartner anders behandelt als die eigenen Konzerngesellschaften.[1379] Ein Teil der [Seite 1265] Lehre gibt allerdings zu bedenken, dass sich eine Muttergesellschaft nur dann missbräuchlich verhält, wenn der Vorteil, der ihrer Tochter eingeräumt wird, nicht im Interesse des Konzerns liegt.[1380] Dieser Auffassung kann man zwar beipflichten. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Muttergesellschaft konzerninterne Kostenvorteile nicht an ihre Tochter weiterleiten dürfte, wenn das dem wohlverstandenen Interesse der **334**

Unternehmensgruppe entspricht.[1381] Der marktbeherrschende Konzern muss im Geschäftsverkehr mit Drittunternehmen eine gewinnbringende Marge erzielen können, ohne dass dadurch eine Pflicht begründet wird, dasselbe im internen Verkehr mit Tochtergesellschaften zu tun. Denn der Konzern stellt im kartellgesetzlichen Sinne ein *einheitliches Unternehmen* gemäss Art. 2 Abs. 1bis dar,[1382] das in seiner internen Organisation Handlungsfreiheit geniesst (wie jedes andere eigenständige Unternehmen auch). *Richtiger Auffassung nach* muss man deshalb *noch einen Schritt weiter gehen*:

335 Die Frage, ob ein **marktbeherrschender Konzern** den Missbrauchstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. b erfüllt, wenn er die Handelspartner anders behandelt als seine Konzernglieder, *stellt sich nie*, also weder dann, wenn ein solches Verhalten *nicht* in Verdrängungsabsicht erfolgt, noch dann, wenn dieses Verhalten *in* Verdrängungsabsicht erfolgt. Es ist ein *elementares Fehlverständnis des Konzerns* als juristische Organisationsform, wenn man diesen dahingehend begreift, dass seinen Gliedern (Konzerngesellschaften) *kartellgesetzlich derselbe Status* zukommt wie jenen Unternehmen, die auf dem Markt *ausserhalb* eines konzernmässigen Netzes operieren.[1383] Konzernabhängige Unternehmen (Tochtergesellschaften, Enkelgesellschaften, Schwestergesellschaften usw.) dürfen nach schweizerischem Gesellschaftsrecht sowohl zentralistisch (hierarchisch) als auch dezentralistisch («heterarchisch») geleitet werden.[1384] Selbst wenn die Muttergesellschaft einer bestimmten Tochtergesellschaft im Rahmen einer dezentralen Leitung einen *umfangreichen Autonomiespielraum* einräumt, ändert dies nichts an der Tatsache, dass diese Tochtergesellschaft *in der Gesamtstrategie des Konzerns eingebettet* bleibt.[1385] Dass sie nicht straff, sondern locker geführt wird, bedeutet somit keineswegs, dass sie kartellrechtlich «in die unternehmerische Freiheit» entlassen worden ist.[1386] Insofern nimmt *nicht* die Tochtergesellschaft, sondern *allemal* der Konzern am «Wirtschaftsprozess» i.S.v. Art. 2 Abs. 1 teil.[1387] Beschränkte man aufgrund von Art. 7 Abs. 2 lit. b die Freiheit der Muttergesellschaft, ihre Tochtergesellschaften anders als Handelspartner des Konzerns zu behandeln, würde Art. 2 Abs. 1bis verletzt. Dies käme im Ergebnis dem Fall gleich, dass kartellrechtlich in die Entscheidungskompetenz des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft eingegriffen und dieser verpflichtet würde, die internen Abteilungen seiner Gesellschaft gemäss den Grundsätzen zu finanzieren, nach denen die Handelspartner seiner Gesellschaft ihre eigene Finanzierung organisieren. Der Grundsatz, dass der Konzern kartellgesetzlich *stets* und *ausnahmslos frei* ist, *sich im Innenverhältnis nach autonomen Entscheidungen zu organisieren*, ist vom Bundesverwaltungsgericht in sei [Seite 1266] nem *Publigroupe*-Urteil anerkannt worden.[1388] Gemäss diesem Urteil steht dem Konzern das Recht zu, seine Konzernglieder anders zu behandeln als sein Handelspartner. Das gilt auch, wenn er dies nicht unbewusst, sondern *in Verdrängungsabsicht* macht. Denn die Verdrängungsabsicht ist als *subjektives* Element kein konstitutives Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 2 lit. b (wie dieses Element allgemein kein Tatbestandsmerkmal von Art. 7 ist; s. N 75). Die Verdrängungsabsicht stellt *nie* Bestandteil eines Missbrauchsstandards dar und ist insofern auch *nie* ein Kriterium, das zur Identifizierung einer missbräuchlichen Verhaltensweise tauglich wäre.[1389] Jedes Unternehmen, das am Wettbewerb *on the merits* teilnimmt, tut dies, um seine Marktanteile zu vergrössern;[1390] gelingt ihm dieses Vorhaben durch die Höherwertigkeit der von ihm erzeugten Güter, verdrängt es seine Konkurrenten *unweigerlich* und *automatisch*. Insofern lässt sich sagen, dass *jedes* Unternehmen *in Verdrängungsabsicht* um die Wette wirbt. Die Verdrängungsabsicht ist also ein untaugliches Merkmal, um über das Vorliegen eines Missbrauchs zu befinden (s. N 75). *Zusammenfassend* kann festgehalten werden, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b auf die Konstellation, dass ein marktbeherrschender Konzern seine unabhängigen Handelspartner anders behandelt als seine Konzernglieder, *unter keinen Umständen* anwendbar ist.

336 Eine Diskriminierung kann sodann durch Effizienzen gerechtfertigt werden, die Handelspartner durch die **Erbringung differenzierter, auf das**

Geschäftsverhältnis mit dem Marktbeherrscher zugeschnittener Gegenleistungen erreichen. Man denke in diesem Zusammenhang etwa an verkaufsfördernde Aktivitäten, Marketingdienstleistungen, kostensparende Zahlungsmodi,[1391] optimierte Datentransfer, Wartung von Produktionsanlagen usw.[1392] Wohlgemerkt ist dabei stets sicherzustellen, dass die Gegenleistungen dem marktbeherrschenden Unternehmen effektiv zugutekommen, und dass die Möglichkeit, Konkurrenzprodukte zu beziehen, nicht beschränkt wird,[1393] was eine Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. e bedeuten könnte (s. N 624 ff.). Schliesslich können die verschiedenen Intensitätsstufen im Gebrauch eines Gutes, namentlich wenn es sich um ein Verfahren handelt, das durch ein Recht des geistigen Eigentums geschützt ist, variable Gebühren je nach Handelspartner rechtfertigen.[1394]

337 Keine *legitimitate business reason* stellt die **Belohnung der Treue** von Kunden dar, die ihre Produkte exklusiv beim marktbeherrschenden Unternehmen beziehen.[1395] Infolgedessen kann jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, die Möglichkeit der Handelspartner, Produkte bei der Konkurrenz zu beziehen, zu verhindern oder einzudämmen, eine [Seite 1267] diskriminierende Verhaltensweise niemals rechtfertigen und stellt grundsätzlich einen Missbrauch i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b dar. Die soeben erwähnten Praktiken können funktionelle Äquivalente der verschiedenen möglichen Formen von Rabatten sein. Diese Problematik wird in N 339 ff., 560 ff. gesondert behandelt.

338 Für sämtliche in den vorangehenden Ausführungen behandelten Rechtfertigungsgründe gilt das Gebot der **Verhältnismässigkeit**.[1396]

d) Exkurs: Rabatte

aa) Allgemeines

339 Rabatte, die kartellrechtlich als missbräuchlich zu qualifizieren sind, stellen eine Variante des *preisbezogenen Verdrängungsmissbrauchs* dar. Sie werden deshalb in dieser Kommentierung von Art. 7 grundsätzlich der Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. d zugeordnet, der richtiger Auffassung nach die Grundnorm für diese Missbrauchskategorie bildet (s. N 560 ff.). Das Motiv für diese Einordnung ist dasselbe, das alle Zuweisungen von empirisch bezeugten Missbrauchsarten in der vorliegenden Kommentierung bestimmt. Diese Zuweisungen richten sich stets nach dem Kriterium der Tauglichkeit des einer Fallgruppe spezifischen **Missbrauchsstandards**, das Wettbewerbsbeeinträchtigungspotential der zugewiesenen Missbrauchsform effektiv zu bekämpfen (s. N 147 ff.). Rabatte können allerdings nebst dieser Regelzuordnung auch die Merkmale des *Diskriminierungstatbestands* i.S.v. lit. b erfüllen.[1397] Um unter diesen Tatbestand subsumiert zu werden, muss der Rabattsachverhalt folgende Eigenschaften besitzen:[1398]

bb) Missbrauchsmerkmale

aaa) Diskriminierung

340 Das marktbeherrschende Unternehmen, das Rabatte gewährt, muss alle in Frage kommenden Handelspartner in *sachlich vergleichbarer* Lage grundsätzlich gleichmässig behandeln.[1399] Dabei genügt es zumal schon, wenn die Ausgangslagen derselben zumindest gleichwertig (nicht zwingend: identisch) sind.[1400] Im Fall *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* hielt die WEKO das **Merkmal der Ungleichbehandlung** für erfüllt, weil die Post zwar grundsätzlich einheitliche umsatzbasierte Rabatte für ihre Kunden vorgesehen hatte, das System jedoch *uneinheitlich* angewandt worden war, wodurch die Rabatte in rund 20–30% der Fälle ohne sachliche Gründe ausserhalb der Bandbreiten des Preissystems lagen und damit eine Diskriminierung bewirkten.[1401]

[Seite 1268] bbb) Handelspartner

Vgl. N 310 ff. **341**

ccc) Wettbewerbsbeeinträchtigung

Der diskriminierende Rabatt muss sich auf den Wettbewerb *nachteilig* auswirken, also **wirksamen Wettbewerb beschränken**.[1402] Nach dem Bundesgericht gilt der «primäre Schutzzweck» von Art. 7 Abs. 2 lit. b dem Wettbewerb auf vor- oder nachgelagerten Märkten, was auf einen Schutz vor *secondary-line discrimination* hinausläuft (s. N 295).[1403] In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine Diskriminierung dergestalt eingesetzt werden kann, dass Handelspartner, die für Rivale des marktbeherrschenden Unternehmens von hoher kommerzieller Bedeutung sind, *gezielt* ausgeschaltet werden, sodass auch wirksamer Wettbewerb auf dem beherrschten Markt beeinträchtigt wird; das Bundesgericht hat diese Möglichkeit bejaht.[1404] Aus den in N 317 dargelegten Gründen halten wir eine solche Strategie des Marktbeherrschers für *praktisch* nicht *realisierbar*. Selbst aber wenn die Sicht der Dinge der Höchstinstanz zutreffen sollte, wird dadurch die Anwendbarkeit von lit. b in diesem Fall noch nicht begründet; denn dann hat man es in der geschilderten Konstellation mit einer *primary-line discrimination* zu tun, für welche lit. b nicht einschlägig ist (s. N 318 f.). **342**

Für die Einzelfragen der **Wettbewerbs-** und der **Konsumentenwohlfahrtsschädigung** wird auf die Ausführungen in N 322 ff. verwiesen. **343**

ddd) Kausalität

Vgl. N 152 ff. **344**

eee) *Legitimate business reasons*

Wie sämtliche Tatbestände von Art. 7 können auch diskriminierende Rabatte durch **sachliche Gründe gerechtfertigt** werden. Nach der Praxis der WEKO ist sowohl die Anrufung objektiver Rechtfertigungsgründe als auch diejenige von Effizienzgründen zulässig (vgl. N 170 ff.); in Bezug auf Effizienzgründe sind die Kriterien von Art. 5 Abs. 2 analog heranzuziehen (vgl. N 177).[1405] Auch ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit stets zu beachten (vgl. N 178 ff.); deshalb dürfen keine alternative Verhaltensweisen zur [Seite 1269] Verfügung stehen, die weniger wettbewerbsbeeinträchtigend wirken.[1406] Was die Zulässigkeit von *legitimate business reasons* anlangt, sei auf die Ausführungen in N 170 ff., 330 ff. verwiesen. **345**

e) Quersubvention

Eine Quersubvention *(subventions croisées; cross subsidies)* ist eine Verhaltensweise, die darin besteht, dass entweder der Preis von unrentablen Produkten oder Dienstleistungen, die in Wettbewerb zu anderen Gütern stehen, gesenkt oder eine strukturell defizitäre Aktivität beibehalten wird, indem der Verlust mit Erträgen aus Aktivitäten kompensiert wird, die mittels einer beherrschenden Stellung auf einem anderen Markt als demjenigen, auf dem die **Subvention** erfolgt, erzielt werden.[1407] Eine solche Verhaltensweise ist solange unbedenklich, als sie nicht «[…] in systematischer Weise erfolgt und daher geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen».[1408] Sind aber die Einnahmen des subventionierten Aktivitätsbereichs auf Dauer ausserstande, die eigenen Grenzkosten zu tragen, kann ein Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot vorliegen.[1409] Vorübergehende Subventionen in der Aufbauphase eines Geschäfts sind unproblematisch.[1410] Der Diskriminierungstatbestand setzt immer voraus, dass die Entität, welche die defizitären Aktivitäten ausführt (und welche von den Quersubventionen profitiert), eine wirtschaftlich unabhängige Position gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen einnimmt. Quersubventionen können auch eine Form von **346**

unangemessenen Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c darstellen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen und die subventionierte, dem Wettbewerb ausgesetzte Entität *de facto* eine einzige wirtschaftliche Einheit bilden (s. N 400). Der Marktbeherrscher, der sich von einem Quersubventionsverdacht befreien will, kann *compliance*-Massnahmen dahingehend treffen, dass er für seine konkurrenzierten und quersubventionierten Aktivitäten zumindest eine getrennte Buchhaltung führt und alle nötigen Kostenelemente für jene Aktivitäten ausweisen kann.[1411] Ebenfalls ratsam ist, die zwei Aktivitätsbereiche unter zwei getrennten juristischen Einheiten zu führen.[1412]

[Seite 1270] *7. Rechtsfolgen*

a) Allgemeines

Zur generellen **Problematik** von *behavioural remedies* sei auf das in N 263 Gesagte verwiesen.[1413] Wie bei den sonstigen Verstössen gegen materielles Kartellrecht ist zwischen den verwaltungsrechtlichen (N 264) und den zivilrechtlichen Rechtsfolgen (N 266) zu unterscheiden: **347**

b) Verwaltungsverfahren

Wenn eine diskriminierende Verhaltensweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Position darstellt, reicht die schlichte Feststellung der Unzulässigkeit im Allgemeinen regelmässig nicht, um wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen. Vielmehr muss dem marktbeherrschenden Unternehmen ausdrücklich untersagt werden, inskünftig die als Diskriminierung identifizierte Verhaltensweise weiterhin zu praktizieren. Daher sollte das Dispositiv einer Entscheidung, die eine diskriminierende Verhaltensweise untersagt, neben der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und des missbräuchlichen Verhaltens, der Auferlegung einer Sanktion sowie den üblichen Passagen betreffend Kosten, Rechtsweg und Entscheidungseröffnung, auch die folgenden zwei Elemente enthalten: Einerseits **Verhaltensanweisungen**, die im Fall einer gütlichen Einigung die Form einer Verpflichtungserklärung des marktbeherrschenden Unternehmens annehmen können.[1414] Andererseits ist oft angebracht, ein **Monitoring** einzuführen, das sicherstellt, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Handelspartner in Zukunft nicht diskriminiert. Man denke namentlich an die Verpflichtung des Diskriminierers, der WEKO seine Verträge zur Prüfung vorzulegen.[1415] **348**

Im Hinblick auf **Dauerschuldverträge**, die vor Fällung der unzulässigkeitsfeststellenden Entscheidung geschlossen wurden, stellt sich eine Zuständigkeitsfrage. In ihrer bisherigen Praxis scheint die WEKO implizit davon auszugehen, dass sie die Kompetenz habe, die Nichtigkeit von Vertragsklauseln festzustellen, die gegen Art. 7 verstossen.[1416] Demgegenüber räumt der Wortlaut von Art. 13 lit. a diese Zuständigkeit nur dem Zivilrichter ein. In grammatikalischer Hinsicht ist die Bestimmung freilich allzu restriktiv. Die WEKO muss tatsächlich über diese Kompetenz verfügen können, da wirksamer Wettbewerb im Falle einer Diskriminierung nur auf diesem Weg auf den betroffenen Märkten wiederhergestellt werden kann.[1417] Dementsprechend muss sie Dauerschuldverträge, die mit Handelspartnern in Verletzung des Diskriminierungsverbots geschlossen wurden, auch für nichtig erklären können. Im Rahmen der Anordnung einer solchen Massnahme sollte sich die Wettbewerbsbehörde allerdings damit bescheiden, anzugeben, welche Klauseln nichtig seien und, wenn nötig, welchen Minimalanforderungen in Zukunft das [Seite 1271] Verhältnis des marktbeherrschenden Unternehmens zu seinen Geschäftspartnern zu genügen habe.[1418] **349**

c) Zivilverfahren

350

Art. 13 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 2 lit. b bestimmt, dass der Richter als *remedy* anordnen kann, dass das marktbeherrschende Unternehmen mit dem Behinderten einen Vertrag abschliessen muss, der den Diskriminierungssachverhalt aufhebt. Unter Berücksichtigung der Dispositionsmaxime darf der Richter allerdings nicht über die Forderungen des diskriminierten Geschäftspartners hinausgehen. Daher sollte dieser sein auf Abhilfe zielendes Rechtsbegehren zweckkonform formulieren: Dieses sollte alle Geschäftsbedingungen erfassen, die Gegenstand der Diskriminierung bilden, insbesondere auch den Preis. Art. 13 lit. b sieht *in fine* vor, dass der Vertrag **marktgerecht** und **branchenüblich** sein muss. Das Bundesgericht scheint sich dem Standpunkt anzuschliessen, dass eine einfache Verweisung auf die branchenüblichen Vertragsbedingungen prinzipiell nicht ausreicht, sondern der Kläger auf alle objektiv wesentlichen Punkte des gewünschten Vertrages hinweisen muss.[1419] Im Falle einer missbräuchlich-diskriminierenden Verhaltensweise können sich Kläger und Richter schwerlich an den Bedingungen orientieren, wie sie den bevorzugten Geschäftspartnern gewährt wurden, um sicherzustellen, dass die Geschäftsbedingungen und namentlich der Preis nunmehr marktkonform sind. Es besteht das nicht zu vernachlässigende Risiko, dass die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens, den Kläger von den vorteilhaftesten Konditionen profitieren zu lassen, wirtschaftlich unvernünftig und aus Sicht des wirksamen Wettbewerbs geradezu folgewidrig wäre. Von daher wird sich, in gewissen Situationen, der marktkonforme Preis als Mittelwert zwischen den Extremen ergeben, wie sie das marktbeherrschende Unternehmen mit seinem diskriminierenden Verhalten gesetzt hat. Wenn die Zivilprozessordnung (namentlich im Rahmen einer Stufenklage) es zulässt, würde eine mögliche Lösung darin bestehen, im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips zuerst einmal den Parteien eine Frist einzuräumen, um einen Vertrag auszuhandeln, der den rechtlichen Vorgaben entspricht. Der Richter kann auch (im Sinne einer Beschränkung der Offizialmaxime) Vorgaben für die Verhandlungen definieren. Kommt auf diesem Wege kein Vertrag zustande, wird es dem Gericht obliegen, Art. 13 lit. b zu verwirklichen, d.h. den Vertragsinhalt selbst festzulegen.

IV. Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)

1. Allgemeines

351 Art. 7 Abs. 2 lit. c hat «die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen» *(prix et conditions commerciales inéquitables; prezzi inadeguati e condizioni commerciali inadeguate; excessive pricing and unfair and exploitative contract terms)* aus der spezifischen Perspektive der Missbrauchskontrolle zum Gegenstand. Diese Bestimmung wurde massgeblich von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV beeinflusst.[1420] Der Wortlaut dieses Artikels des AEUV entspricht unverändert demjenigen von Art. 86 Abs. 2 lit. a EWGV, dessen ursprüngliche Funktion, wie nament [Seite 1272] lich SVETLICINII/BOTTA nachgewiesen haben,[1421] ausschliesslich in der Bekämpfung von Ausbeutungsmissbräuchen bestand.[1422] In der späteren Entwicklung der Praxis zu Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV wurde alsdann – ohne wirkliche Reflexion – allmählich der Zweck der Bekämpfung von Verdrängungsmissbräuchen in diese Norm hineinprojiziert.[1423] Im Laufe der Zeit erfuhr diese Wettbewerbsregel mehr und mehr eine entsprechende Anwendung in der Praxis, also eine (auch) gegen Verdrängungsverhalten gerichtete Interpretation durch die Kommission und die europäischen Gerichte. In jüngerer Zeit findet allerdings in der Praxis der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden eine manifeste Rückkehr zum *«original spirit»* von Art. 86 Abs. 2 lit. a EWGV statt.[1424] Die vorliegende Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. c setzt sich zum Ziel, dieses aus verschiedenen, noch genau darzulegenden Gründen vorzuziehende Konzept (s. N 402) im schweizerischen Kartellrecht fruchtbar zu machen, und versteht die Fallgruppe von lit. c in aller Radikalität als den **einzigen reinen Ausbeutungsmissbrauch** des Katalogs von Art. 7

Abs. 2.[1425] M.a.W. geht dem Tatbestand dieser Bestimmung – und diesen Umstand haben das Bundes- sowie das Bundesverwaltungsgericht[1426] und die WEKO[1427] in ihrer bisherigen Praxis zwar nicht vollständig, aber doch in gewissen Fällen etwas aus den Augen verloren (s. N 390 ff., 412) – jegliches Verdrängungsmoment ab.[1428] Behinderungs- oder Marktverschliessungseffekte (s. N 79 ff.) müssen unter lit. c nicht nachgewiesen [Seite 1273] werden, um dessen Anwendbarkeit zu begründen.[1429] Auch die Benachteiligung von Handelspartnern, wie sie insbesondere anlässlich einer wettbewerbswidrigen vertikalen Marktverschliessung (z.B. durch eine secondary-line discrimination; s. N 295) vorliegen kann, ist dem Tatbestand von lit. c fremd. Werden unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen durch verdrängendes oder marktverschliessendes Verhalten durchgesetzt, ist lit. c nicht einschlägig. Der EuGH scheint seit wenigen Jahren ebenfalls dieses Prinzip konsequent wiederherzustellen. Aus seiner jüngeren Rechtsprechung weisen namentlich die Urteile *Deutsche Telekom* und *TeliaSonera* in diese Richtung.[1430] Folgt man dem, so ist der kartellrechtlich zu ziehende Schluss evident: Dann müssen bei Sachverhalten, die lediglich teilweise oder im untergeordneten Ausmass Ausbeutungsmomente aufweisen, andere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2, die auf die Bekämpfung von Verdrängungsmissbräuchen ausgerichtet sind, zur Anwendung gelangen. Diese lassen es nämlich ausnahmslos zu, dass neben der Verdrängung auch eine parallele Ausbeutung (s. N 87 f.) einer behördlichen oder gerichtlichen Beurteilung unterzogen wird (wie dies z.B. in Fällen von Kampfpreisen nach lit. d schon erfolgt ist; s. N 421). Der Tatbestand einer Verdrängungsverhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a, b und d–f setzt für das Aufgreifen von begleitenden Ausbeutungsmomenten «Unangemessenheit» von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen gemäss lit. c – also das Tatbestandselement der Erzwingung unangemessener Preis /Geschäftsbedingungen, das in der Vergangenheit sowohl in der Schweiz als auch in der Union nahezu unbewältigbare Schwierigkeiten schuf – niemals voraus (obwohl vereinzelte Autoren dies für gewisse Formen der Preis-Kosten-Schere als unzutreffend postulieren; s. N 550, FN 2327). Dementsprechend können Ausbeutungseffekte, die von einem Verdrängungsverhalten erzeugt werden, nach einem weniger strengen Massstab als demjenigen von lit. c geahndet werden.[1431] Für einen solchen Missbrauchsstandard spricht zumal folgender Grund: Art. 7 Abs. 2 lit. c greift nur in Fällen, wo ungewöhnliche Marktverhältnisse vorherrschen (s. N 373 und 412).[1432] Der EuGH hat im Urteil *United Brands* – auf welches wegen seiner kartellrechtshistorischen Bedeutung auch in der Schweiz bei der Interpretation von Art. 7 Abs. 2 lit. c nicht selten [Seite 1274] verwiesen wird[1433] – unzweideutig veranschaulicht, was hiermit gemeint ist: Hervorgehoben hat diese Instanz, dass sich der Marktbeherrscher die aus der von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV (dem Pendant zu lit. c) anvisierten Konstellation «[… sich] ergebenden Möglichkeiten […nur zunutze machen kann], um geschäftliche Vorteile zu erhalten, die er bei einem normalen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erhalten hätte».[1434] Eine für die Tatbestandserfüllung dieser Vorschrift erforderliche Marktlage entstehe meist nur dann, wenn eine ganze Reihe von «abnormen» Faktoren vorlägen. *In casu* hat der Gerichtshof die auf einer ungebräuchlichen buchhalterischen Aufteilung beruhende mittelbare Kosten- und allgemeine Betriebskostendarstellung hervorgehoben. Berücksichtigt hat er ferner den betroffenen Geschäftsgegenstand, der einen kompliziertes, spezialisiertes Know-how voraussetzenden Charakter und einen räumlich ungewöhnlich angelegten Tätigkeitsbereich besass. Sodann hat der EuGH auch die besondere Mischung von regelmässigen und punktuell variablen Produktionsabläufen näher geprüft und in seiner Sachverhaltsbeurteilung in beträchtlichem Mass beachtet. In seiner Fallwürdigung hat er schliesslich noch der Anzahl der bestehenden Tochtergesellschaften und deren atypischen Verflechtungsformen besondere Aufmerksamkeit geschenkt.[1435] Dass Art. 7 Abs. 2 lit. c nur in «reinen» Ausbeutungsfällen zur Anwendung gelangen soll, hat seinen tieferen Grund darin – was in N 351, 402 eingehend erläutert wird –, dass der ihm zugrundeliegende Missbrauchsstandard (s. N 374 ff.) a priori weder zur Erfassung (Qualifikation) noch zur Beurteilung (Evaluation) von Verdrängungsmissbräuchen

geeignet ist. Dieser Umstand hat für die Anwendung dieser Regel tiefschürfende Konsequenzen, auf die in N 370 ff. eingegangen wird.

352 Art. 7 Abs. 2 lit. c ist eine nicht selten als unorthodox – oder von gewissen Autoren sogar als systemwidrig – empfundene Kartellrechtsnorm. Über seinen Sinn und Zweck divergieren die Ansichten in der Doktrin nicht unbeträchtlich. Wohl hängen diese Meinungsverschiedenheiten in erster Linie mit der dieser Bestimmung zugrundeliegenden *Policy* zusammen, Kartellrecht dahingehend einzusetzen, dass gleichsam die «Zentralmaschinerie» des Wettbewerbs – d.h. der *Preismechanismus* als Informationssystem der Wirtschaftsteilnehmer – bei unangemessenen Geschäftsbedingungen mittels «exogener» Eingriffe der Wettbewerbsbehörden und Gerichte *korrigiert* werden soll. Dies wird zuweilen auch in dem Sinne aufgefasst, dass er sich wider den Strom seit langem anerkannter wettbewerbstheoretischer *pattern predictions* stellt.[1436] RAASS erblickt in Art. 7 Abs. 2 lit. c gar eine der WEKO und dem Sekretariat vom Parlament unbedacht aufgetragene **Preisregulierung**:[1437]

> «Der Schweizer Gesetzgeber hat die Bestimmung aus Art. 102 Bst. a AEUV übernommen, *ohne sich über* […] *deren Problematik im Klaren zu sein*. Die Wettbewerbsbehörden sehen sich deshalb mit einer […] Aufgabe […] konfrontiert, die] *unlesbar* [ist …]. Aus diesem Grund] sollte […] bei der nächsten KG-Revision Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG *ersatzlos gestrichen* werden».[1438]

[Seite 1275] Solche Stellungnahmen neigen dazu, einen im schweizerischen wirtschaftsverfassungs- und wirtschaftsfolgerechtlichen System bedeutsamen Nexus zwischen Sinn und Zweck von lit. c einerseits und dem wettbewerbspolitischen Standard des Kartellgesetzes (s. N 114 ff.) andererseits zu vernachlässigen: Auch für Art. 7 Abs. 2 lit. c gilt, dass er Bestandteil einer Gesetzgebung bildet, deren Finalität in der Förderung der Konsumentenwohlfahrt liegt (s. N 117 f.). Dieser Tatsache zum Trotz fordert eine Minderheit der Lehre, dass diese Bestimmung von Behörden und Gerichten «mit *Zurückhaltung*» angewendet werden müsse. Begründet wird diese doktrinelle Meinung hauptsächlich mit dem Argument, lit. c stelle nicht Wettbewerbs-, sondern *de facto* Regulierungsrecht dar.[1439] Dieser Ansicht sollte mit Vorsicht und Bedacht begegnet werden. Vorab ist zu bemerken, dass unklar ist, was «Zurückhaltung» im Kontext einer Vorschrift wie Art. 7 bedeutet. Wie diesem Begriff eine für Behörden und Gerichte in der Praxis konkrete und praktikable Bedeutung gegeben werden könnte, geht aus dem einschlägigen Schrifttum nicht hervor. Sodann spricht in der *Sache* kaum etwas zugunsten dieser Ansicht (was in N 390 näher behandelt wird). Sind nämlich die Tatbestandsmerkmale dieser Norm einmal erfüllt, so lassen sich – wie in N 373 präzisiert wird –, *gute Gründe* anführen, dass gegen unangemessene Preise und Konditionen *kartellrechtlich* vorgegangen wird. Das wirkliche Problem von lit. c liegt tatsächlich ganz woanders: Für die Praxis entscheidend ist, dass eine *adäquate* Festlegung der *Anwendungskriterien* bzw. *Tatbestandsmerkmale* dieser Norm gelingt. Von einer Realisierung dieses Desideratums ist die Spruchpraxis zwar gegenwärtig noch entfernt. Doch nur die Suche nach und die Arbeit an solchen Kriterien lassen die Erwartung zu, dass der fraglos heikle, aber auch erforderliche Art. 7 Abs. 2 lit. c (s. N 354) inskünftig in einer *effektiven* Manier greifen kann. Das bedeutet aus allgemeiner Perspektive, wie in N 402 dargetan wird, dass die Standards der Missbrauchsanalyse (s. N 374 ff.) einer *spezifischen Wettbewerbsregel* in jenen Fällen von Wettbewerbsbeeinträchtigung, d.h. bei jener konkreten Störung *einer* der verschiedenen Funktionen des Wettbewerbs, zur Anwendung gelangen, wofür diese Standards *entworfen* worden sind. In diesem Sinne geht es in den nachstehenden Ausführungen in erster Linie darum, einen Beitrag zur Interpretation der lit. c als *antitrust doctrine* zu leisten.

353 Um Missverständnisse zu vermeiden, gilt es jetzt allerdings genau anzugeben, was mit diesen Ausführungen gesagt sein will, und vor allem, was damit *nicht* gemeint ist. Als Erstes sei betont: Keineswegs wird vorliegend behauptet, in der Marktwirtschaft gäbe es einen «gerechten Preis» *(iustum pretium)*, der sich mithilfe von einer ökonomischen Methode auch nur annähernd verlässlich berechnen liesse.[1440] Theoretisch obliegt es – darüber besteht wohl seit der Spätscholastik ein relativ stabiler Konsens[1441] – dem Markt *allein*, den **«richtigen» Preis** eines Gutes zu bestimmen. Und zwar *«richtig»* in dem funktionalen Sinne verstanden, dass der

Marktpreis die Konditionen (Preis usw.) von Verträgen bzw. anderen Transaktionen angemessen widerspiegelt, zu welchen Anbieter zu veräussern und Nachfrager zu erwerben bereit sind (s. N 115).[1442] Deshalb wird man der Einsicht beipflichten, dass der gesetzliche Auftrag, die «Unangemessenheit» von [Seite 1276] Preisen und Geschäftsbedingungen zu prüfen, Wettbewerbsbehörden und Gerichte mit nicht zu unterschätzenden Schwierigkeiten konfrontiert.[1443] Ohne allerdings die Problematik von lit. c in irgendeiner Art kleinreden zu wollen, muss aber in diesem Zusammenhang doch bemerkt werden, dass die hier fragliche Missbrauchsform nicht die einzige im Kartellgesetz ist, die der WEKO, dem Sekretariat und den Gerichten äusserst anspruchsvolle Entscheide abverlangt.[1444] In diesem Zusammenhang von einer «unlösbaren Aufgabe»[1445] zu sprechen, vermittelt einen irreführenden Eindruck: Die Anwendung von lit. c, sofern die missbrauchsrechtlichen Standards dieser Bestimmung problemadäquat entworfen werden (s. N 374 ff.), überschreitet das Komplexitätsspektrum von Art. 7 in keiner Weise. Sodann eine zweite Klarstellung von besonderer Bedeutung: Insofern es die überlegenen Leistungen eines marktbeherrschenden Unternehmens sind, die diesem erlauben, suprakompetitive Gewinne abzuschöpfen, ist dagegen nichts einzuwenden.[1446] Eine beherrschende Stellung auf einem gegebenen Markt ist als solche nach Art. 7 keineswegs verboten (s. N 5).[1447] Sie ist als solche auch nicht mit kartellrechtlichen Nachteilen verbunden.[1448] Das ist folgerichtig: Das System von *incentives*, welches wirksamer Wettbewerb auf dem Markt schafft, mit obrigkeitlichen Massnahmen jedweder Art zu hemmen, die sich gegen das wenden, was in der medialen Rhetorik des Preisüberwachers, der Konsumentenorganisationen und dergleichen mehr fälschlicherweise «Hochpreisinsel Schweiz» geheissen wird,[1449] wäre aus industrieökonomischer Optik abzulehnen. Denn die Möglichkeit, suprakompetitive Preise zu verlangen, ist unter der Voraussetzung, dass diese sich in einem Wettbewerb *on the merits* bilden, ein fundamentales Element der Marktwirtschaft,[1450] das in seiner Relevanz für Art. 7 in N 62, 63 f. behandelt wird.[1451] In diesem Zusammenhang hat die WEKO im Fall *Terminierung Mobilfunk* sehr richtig darauf aufmerksam gemacht:

> «Zu beachten ist […], dass in der Aussicht, Gewinne über dem Wettbewerbsniveau zu erzielen, oftmals der Anreiz zu risikoreichen Investitionen und Innovationen liegt. Die Bekämpfung von Preisen über Wettbewerbsniveau darf somit nicht dazu führen, dass dieser Anreiz, den Leistungswettbewerb überhaupt erst aufzunehmen, zum Erliegen kommt. Das KG greift mit anderen Worten nur dort ein, wo die Preise nicht (mehr) das Resultat von Leistungswettbewerb, sondern Ergebnis einer Wettbewerbsbeschränkung sind und wo demzufolge die Renditennormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet ist».[1452]

[Seite 1277] Auch aus *dynamischer* Perspektive kann ein hohes Preisniveau positive Wirkungen zeitigen:[1453] Die (auch nur partielle) Investition der realisierten Monopolrente in die F&E begünstigt die Wahrscheinlichkeit rascher Marktreife innovativer Güter.[1454] Aus dem soeben Gesagten kann abgeleitet werden, dass der *Grundsatz* lautet: Jegliche Preisregulierung sollte in der Marktwirtschaft unterlassen werden.[1455]

In *wirtschaftswissenschaftlicher* Sicht wäre es unverfänglicher, wenn, wie es das US-amerikanische *antitrust* bisher in aller Striktheit getan hat, auf eine Regel der Art von Art. 7 Abs. 2 lit. c verzichtet wird.[1456] Dieser Haltung hat der *U.S. Supreme Court* einen seiner klarsten Ausdrücke in *Verizon Communications Inc.* v. *Law Offices of Curtis Trinko* gegeben: **354**

> «The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts ‹business acumen› in the first place».[1457]

Wer das *wording* dieser Zeilen freilich aufmerksam liest, dem wird ein Unsicherheit entlarvender «Tremor» in den Überlegungen der *Supreme Court Justices* nicht entgehen. Und dieser «Tremor» rührt davon her, dass im wiedergegebenen Passus letztlich eine Frage

von gewaltiger Bedeutung im Raume ungeklärt stehen bleibt: Was genau ist mit *«at least for a short period»* gemeint? Quid, würde ein Monopolpreis *«for quite a long period»* andauern? Und was heisst überhaupt *«short»* und was meint eigentlich *«long»*? Usw.[1458] Die *Chicago School* hat (womöglich unabsichtlich) gezeigt, wie abnützend und letztlich zerreibend sich derartige unbeantwortbare Zeithorizontfragen in der Spruchpraxis auswirken können. Vor dem Hintergrund von *Verizon Communications Inc.* v. *Law Offices of Curtis Trinko* wird erkennbar, dass das U.S. *case law* zwar der Frage nach der «Unangemessenheit» von Preisen und Konditionen entrinnt, sich dann aber das nicht minder schwierige Problem einhandelt, wie lange sich die Praktik eines Monopolpreises hinziehen darf: Wochen? Monate? Jahre? In der Tat ist Art. 7 Abs. 2 lit. c eine kartellrechtlich reflektiertere Norm als ihre erste Lektüre denken lässt. Ihre Ratio wurde mit dem Satz treffend charakterisiert: «La concurrence doit être protégée comme une *institution en soi*, qui vise *l'efficience économique* , ce qui a pour effet de *protéger automatiquement le consommateur*».[1459] Die «List der Vernunft» dieses Satzes ist jetzt näher zu ergründen, um die (in spezifischen Lagen sicherlich nicht ungerechtfertigte, sondern in diesen Fällen sogar erstaunlich produktive) *kartellrechtliche Idee* von lit. c – grundsätzlich und *in nuce*: die Förderung der *Konsumentenwohlfahrt* – herauszuschälen.

[Seite 1278] *2. Entstehungsgeschichte*

355 Art. 7 Abs. 2 lit. c ist aus aArt. 6 Abs. 2 lit. b KG 86 hervorgegangen, der auf «das unzumutbare Fordern von Vorzugspreisen oder bevorzugten Geschäftsbedingungen» abzielte. Die Unterschiede in der Terminologie («unangemessen» und «Erzwingung» im geltenden Kartellgesetz, «unzumutbar» und «Fordern» in der Gesetzesnovelle von 1986) beabsichtigen – an den spärlichen Materialien gemessen[1460] – keine Änderung in der juristischen Behandlung des anvisierten Verhaltens.[1461] Aus der Botschaft 1994 geht sodann hervor, dass auch eine «Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union» – konkret: an Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV – stattgefunden hat.[1462] Der Bundesrat erläutert den Grund von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG folgendermassen: «Geschäftsbedingungen sind dann unangemessen, wenn sie auf Grund der Umstände im konkreten Fall offensichtlich unbillig sind».[1463] «Unbilligkeit» bezeichnet allerdings einen *moralnahen* Tatbestand, der kartellrechtlich stets belanglos ist (s. N 63, 390). Die Unangemessenheit von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen ist nur dann wettbewerbswidrig, wenn sie *funktional* auf eine Wettbewerbsverfälschung bezogen ist (s. N 374 ff.).[1464] Immerhin wird in der Botschaft 1994 bemerkt, «[…] dass es nicht Sinn der Missbrauchskontrolle sein kann, ein Unternehmen zu schützen, das sich aus eigenem Verschulden von einem marktbeherrschenden Unternehmen übervorteilen lässt»,[1465] was – obwohl obligationenrechtlich angedacht – den soeben angesprochenen Gesichtspunkt des Funktionalismus durchschimmern lässt.

3. Verhaltenstypologie

356 Eine erste typologische Unterscheidung zwischen tatbestandsrelevanten Verhaltensweisen kann anhand des Kriteriums der **Marktposition** des Unternehmens getroffen werden, das von der Ausbeutung betroffen ist:[1466]

357 (1) Ist der Handelspartner des Marktbeherrschers auf der **Angebotsseite** angesiedelt, richtet sich die Erzwingung von unangemessenen Geschäftsbedingungen gegen den Lieferanten des marktbeherrschenden Unternehmens, das somit seine *Nachfragemacht* missbraucht. In den Materialien wird dieser Verhaltenstypus dahingehend umschrieben, dass «ein nachfragemächtiges Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, mit denen es seiner Forderung nach einem bestimmten Vorzugspreis oder anderen besonders [Seite 1279] vorteilhaften Geschäftsbedingungen Nachdruck verleiht».[1467] Eine solche Verhaltensweise kann z. B. die Form von unverhältnismässig niedrigen Lizenzgebühren oder Preisen oder von aussergewöhnlich langen Zahlungsfristen, die mit einem zinslosen Darlehen des Lieferanten vergleichbar sind, annehmen.

358

Die Fallkonstellation des nachfragemächtigen Marktbeherrschers zeigt, dass der unangemessene Preis nicht zwangsläufig **ausserordentlich hoch** sein muss, sondern auch **äusserst tief** sein kann.[1468]

(2) Befindet sich der Handelspartner des Marktbeherrschers demgegenüber auf der **Nachfrageseite**, besteht der Ausbeutungsmissbrauch darin, dass Letzterer seinen Abnehmern unangemessene Geschäftsbedingungen aufzwingt, wie etwa Preise, die betragsmässig in keinem Verhältnis zur feilgebotenen Leistung stehen, von marktüblichen Lieferbedingungen zulasten des Handelspartners in unüblichem Ausmasse abweichende Konditionen, der Funktionalität des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts widersprechende Haftungsausschlussklauseln zugunsten des Marktbeherrschers, umfassende Einsichtsrechte des Unternehmens in beherrschender Stellung in sämtliche internen Buchhaltungsunterlagen des Abnehmers usw. **359**

Eine weitere Differenzierung ergibt sich aus der **Struktur der Verhaltensweise**, die das marktbeherrschende Unternehmen praktiziert: **360**

(1) Dieses kann sein Verhalten nach **einheitlichen Kriterien** ausrichten, d.h. von allen seinen Handelspartnern gleichmässig unangemessene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen fordern. **361**

(2) Fälle hingegen, in denen der Marktbeherrscher seine Kunden **diskriminiert**, d.h. von gewissen unter ihnen unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen erzwingt, von anderen aber nicht, ohne dass objektive Differenzierungsgründe vorlägen, sind von Art. 7 Abs. 2 lit. c nicht erfasst; dann ist der Sachverhalt unter anderen Tatbestandsvarianten von Art. 7 zu analysieren (s. N 203, 279, 365, 433, 647, 694). **362**

4. Fallgruppenrelationen

Von den **anderen Fallgruppen**, die Bestandteile des Katalogs von Art. 7 Abs. 2 sind, ist die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen nach folgenden Merkmalen abzugrenzen: **363**

(1) Die **Verweigerung von Geschäftsbeziehungen durch unangemessene Geschäftsbedingungen** ist ein konstruktiver *refusal to deal* (s. N 203), der allein unter Art. 7 Abs. 2 lit. a fällt. **364**

(2) Die **Diskriminierung von Handelspartnern durch unangemessene Geschäftsbedingungen** ist grundsätzlich nach den in N 279 dargelegten Kriterien, die das gegenseitige Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 lit. b und lit. e festlegen, zu beurteilen, ohne dass lit. c zur Anwendung gelänge, sofern die Ausbeutung durch die Mittel eines Diskriminierungs- oder Verdrängungsverhaltens durchgesetzt wird.[1469] *Caveat*: Ein nach Art. 7 [Seite 1280] Abs. 2 lit. c inkriminierter Missbrauch ist *niemals* am Massstab des Vergleichs von verschiedenen Handelspartnern in gleich- oder ungleichartiger Lage (wie bei der wettbewerbswidrigen Diskriminierung; s. N 87 f.) zu untersuchen, sondern *stets* aus der Perspektive der Tests des *Inhalts* von Geschäftsbedingungen, die vom marktbeherrschenden Unternehmen erzwungen werden (s. N 375 f.).[1470] **365**

(3) Die **Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung durch unangemessene Geschäftsbedingungen**: Sachverhalte, die diese Mischelemente enthalten, geben stets ein *ambivalentes* Bild ab. Im Prinzip kann eine Verdrängungsverhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. e immer ein im Rahmen der Ausführung des Missbrauchsschemas *untergeordnetes* Ausbeutungselement enthalten.[1471] In einem solchen Fall findet die lit. c keine Anwendung, selbst wenn das Merkmal der «Unangemessenheit» erfüllt ist. Ist hingegen ein verdrängendes Moment im Missbrauchsplan einer Ausbeutung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. c eine bloss *begleitende* Nebenerscheinung, so findet ausschliesslich diese Bestimmung Anwendung. Das trifft z.B. zu, wenn eine unangemessene Alleinbezugsklausel mit **366**

dem Ziel erzwungen wird, den Handelspartner auszubeuten, und sich ein mit dieser Klausel allenfalls verbundener Verdrängungseffekt auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als kaum spürbar oder wirksam erweist.[1472] Diese Grundsätze finden unabhängig davon Anwendung, ob das Unternehmen in beherrschender Stellung auf der Angebots- oder Nachfrageseite tätig ist.

(4) Die **Koppelung von Geschäften mit unangemessenen Geschäftsbedingungen** ist *in praxi* eher selten anzutreffen. Dennoch können im Rahmen eines Koppelungsgeschäftes die Geschäftsbedingungen, die mit dem gekoppelten Gut einhergehen, je nach den Umständen *unangemessen* sein.[1473] Die Frage, die sich in einer solchen Konstellation stellt, ist nach denselben Grundsätzen zu behandeln, wie sie in N 351 und 402 dargelegt sind. Deshalb wird man dem Sekretariat im Fall *Lokoop AG vs. SBB* wohl nicht folgen können, das sich für eine simultane Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c und f entschieden hat.[1474] Der im hier fraglichen Schlussbericht wiedergegebene Sachverhalt deutet auf ein *Verdrängungsverhalten* der SBB hin, das allenfalls – die resümierten Fakten lassen keine hinreichende Einschätzung zu – von untergeordneten Ausbeutungselementen begleitet wird. In diesem Fall hätte vermutlich ausschliesslich Art. 7 Abs. 2 lit. f zum Zuge kommen sollen.[1475] **367**

[Seite 1281] (5) Im Verhältnis zum Tatbestand der gegen bestimmte Wettbewerber gerichteten **Unterbietung von Preisen** oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. d) führt Art. 7 Abs. 2 lit. c *nie* zu Überschneidungen.[1476] Während der Unterbietungstatbestand einen Verdrängungsmissbrauch darstellt, hat Art. 7 Abs. 2 lit. c eine schiere Ausbeutung zum Gegenstand (s. N 351).[1477] Aus praktischer Sicht manifestiert sich ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. c auf dem nachgelagerten Markt meistens in übermässig hohen Preisen, ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. d in der Regel hingegen in übermässig niedrigen Preisen (s. N 481 ff.). Zeitlich geht die preisliche Unterbietung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. d einer allfälligen Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen i.S.v. lit. c voraus, da die Unterbietungsstrategie gleichsam diesen zweitgenannten Tatbestand anvisieren muss, um unzulässig zu sein (sog. *recoupment*; s. N 492 ff.). **368**

(6) Zum Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG und Art. 16 Abs. 2 PüG sei an dieser Stelle auf das in N 391 Gesagte verwiesen. **369**

5. Industrieökonomik

Die Wirtschaftswissenschaften sind nicht in der Lage, mit einem präzisen Begriff des «unangemessenen» Preises aufzuwarten.[1478] Die hauptsächliche Aussage der *industrial organization* tendiert dahin, dass ein Preis dann unangemessen ist, wenn er signifikant und dauerhaft über dem Wettbewerbspreis liegt und auf ausgeübte Marktmacht zurückzuführen ist.[1479] Unter Bedingungen **vollkommener Konkurrenz** ist der Wettbewerbspreis derjenige, der den Produktionsgrenzkosten entspricht *(marginal cost of production)*.[1480] Er garantiert eine optimale Allokation und Produktion: Alle Konsumenten, die bereit sind, für ein Gut mindestens den Betrag der Produktionsgrenzkosten zu bezahlen, können dieses Gut erhalten und die effizientesten Unternehmen (d.h. hier: diejenigen Unternehmen, die die tiefsten Produktionsgrenzkosten aufweisen) sind imstande, das fragliche Gut herzustellen und abzusetzen. Indessen ist das Ideal der vollkommenen Konkurrenz bekanntlich keine realistische Hypothese.[1481] Darüber hinaus sind die meisten Märkte kaum statisch und ermöglichen Skalenerträge oder Verbundvorteile.[1482] Auf diesen Märkten sind die Fixkosten hoch und die Grenzkosten relativ niedrig. Unter dieser Hypothese entspräche der Wettbewerbspreis nicht dem Grenzkostenpreis. Wenn die Unternehmen auf diesen Märkten gezwungen wären, einen Preis zu setzen, der den Grenzkosten entspricht, wären sie wahrscheinlich nicht in der Lage, ihre Gesamtkosten zu decken, was sich negativ auf Investition und Innovation auswirkte: Sind nämlich Gewinne *ex ante* ungewiss, wird ein Unternehmen *de facto* nur dann bereit sein zu investieren, wenn die Rendite des Investments die Investitionskosten zu übertreffen verspricht.[1483] Ein plafonierter Preis beschränkt die Gewinnaussichten **370**

des Unternehmens, was erwarten lässt, dass die Investition nicht profitabel sein wird.[1484] Ein rationales Unternehmen wird deshalb *ab initio* nicht investieren, wenn es damit rechnen muss, dass die Grenzleistungs [Seite 1282] fähigkeit der Investition (Investititonsrendite) unter dem aktuellen Marktzins liegt. Eine diese Zusammenhänge vernachlässigende Wettbewerbspolitik könnte demnach wettbewerbsfördernde Investitionen hemmen.

371 Unter Bedingungen **unvollkommener Konkurrenz** können die Unternehmen die Preise höher als die Produktionsgrenzkosten festlegen, weil sie in der Regel über einen gewissen Grad an Marktmacht verfügen. Dass sie die Preise über dem Grenzkostenwert setzen, hängt mit dem Umstand zusammen, dass sie damit die Investitionen refinanzieren und das entsprechende Risiko kompensieren.[1485] Folglich ist ein erhöhter Preis nicht zwingend wettbewerbsschädigend, selbst wenn er eine höhere Gewinnspanne ermöglicht; er kann im Gegenteil, wie soeben erwähnt, notwendig sein, um Investitionen und Innovationen zu fördern. Der Wettbewerb wird unter solchen Bedingungen angeregt.[1486]

372 Der Zweck von Art. 7 Abs. 2 lit. c wird im Allgemeinen in der Verhinderung der Ausbeutung von Geschäftspartnern/Verbrauchern durch qualifiziert marktmächtige Unternehmen gesehen (s. N 351). Allerdings führt die Umsetzung dieser Bestimmung zu **erheblichen praktischen Schwierigkeiten**:[1487] Erstens setzt lit. c voraus, dass bestimmt wird, wie «Unangemessenheit» bemessen wird.[1488] Die Industrieökonomik hat nur unter der Hypothese der vollkommenen Konkurrenz – die, wie erwähnt, in der Wirklichkeit nie eintritt[1489] – eine Antwort auf diese Frage. Arbeitete man auf der Grundlage dieser Hypothese, käme es zum Paradox, dass marktbeherrschende Unternehmen nur unter Verletzung des Kartellgesetzes überlebensfähig wären (s. N 2 ff.).[1490] Zweitens kann eine Wettbewerbspolitik, die gegen erhöhte Preise ankämpfen will, für den Wettbewerb mehr negative als positive Folgen haben, weil sie die Gefahr mit sich bringt, dass Investition und Innovation übermässig gehemmt werden.[1491] Drittens sind die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte naturgemäss kaum in der Lage, die Preise durch die Anordnung struktureller oder verhaltensbezogener Massnahmen zu regulieren (s. N 353).[1492] Dementsprechend herrscht heute Konsens in der Industrieökonomik, dass in unangemessene Preislagen nur dann eingegriffen werden sollte, wenn der Markt überaus hohe Eintrittsbarrieren hat (s. N 402), wenn das entsprechende Unternehmen über eine erhebliche Marktmacht (zuweilen als «Superdominanz» angesprochen; s. N 412) verfügt, und wenn Investition und Innovation eine geringe Rolle spielen. Kein Konsens besteht jedoch hinsichtlich der Methodologie, anhand welcher «unangemessene» von kartellrechtlich zulässigen Preisen unterschieden werden (s. N 391).

373 Auf Grund dieser Beobachtungen kann zwangsläufig bloss ein **pragmatischer Ansatz** verfolgt werden,[1493] auch wenn in der Doktrin gewisse analytische Instrumente, die Behörden und Gerichte heute im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. c verwenden, in bestimmten Punkten ausgebessert worden sind.[1494] Nachstehend widmen wir uns den Missbrauchsmerkmalen dieser Norm. Wir gehen diese vor dem Hintergrund folgender industrieöko [Seite 1283] nomischen Überlegungen an: Bei unangemessenen Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen spielt die Frage nach der Marktstruktur eine zentrale Rolle; in der Lehre wird heftig diskutiert, ob besondere Marktbedingungen vorherrschen müssen und ggf. welche, um von einer «Unangemessenheit» sprechen zu können. Im Mittelpunkt stehen die Fragen, ob die Marktmacht des Unternehmens in beherrschender Stellung nicht bloss von qualifiziertem, sondern von erheblich gewichtigerem Ausmass sein muss, ob der Markt durch hohe und dauerhafte Eintrittsschranken abgeschottet sein muss, und ob der Wettbewerb auf einem reifen Markt spielt, auf dem Investitions- und Innovationstätigkeiten eine untergeordnete Rolle spielen.[1495]

6. Missbrauchsmerkmale

a) Allgemeines

Bis zum jetzigen Zeitpunkt gibt es verhältnismässig wenige Entscheidungen, die sich mit der Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c fundiert befassen.[1496] Weil diese Bestimmung eng an Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV angelehnt ist, wird vorliegend der europäischen Praxis und Judikatur erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt.[1497] Neben der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters (bzw. des Nachfragers) bedarf es für die Annahme eines Missbrauchs i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c der Erfüllung von **sechs Merkmalen**:[1498] (1) Das zu untersuchende Verhalten muss auf **Preise** oder auf sonstige **Geschäftsbedingungen** abzielen (s. N 375), (2) die vom marktbeherrschenden Unternehmen **erzwungen** werden (s. N 377 ff.) und (3) sich als **unangemessen** (s. N 389 ff.) sowie (4) in **Beeinträchtigung des Wettbewerbs** herausstellen (wobei freilich, zumindest aus wirtschaftswisssenschaftlicher Perspektive, zu erwarten ist, dass in Fällen, die unter lit. c fallen, kein wirksamer Wettbewerb auf dem relevanten Markt spielt, so dass, bei Lichte besehen, eine Situation des Marktversagens vorliegt; ob sich diese These empirisch bestätigen lässt, ist zur Zeit eine offene Frage, da nicht hinreichende judikative Erfahrungen mit dieser Bestimmung vorliegen; s. N 412).[1499] (5) Darüber hinaus muss das Erzwingungsverhalten des Marktbeherrschers **kausal** für die Wettbewerbsbeeinträchtigung sein (s. N 413) und (6) es dürfen keine **Rechtfertigungsgründe** vorliegen (N 414). Schliesslich wird im Sinne eines Exkurses auf die Frage eingegangen, ob die **Benachteiligung von Konkurrenten** ein konstitutives Merkmal des Tatbestandes von lit. c darstellt; diese Frage ist negativ zu beantworten (N 415). **374**

b) Merkmal I: Preis oder sonstige Geschäftsbedingungen

Das missbräuchliche Verhalten, worauf Art. 7 Abs. 2 lit. c abzielt, muss nach dem Wortlaut den Preis oder sonstige Geschäftsbedingungen betreffen. Diese Begriffe sind [Seite 1284] **extensiv** auszulegen.[1500] Bezweckt wird mit diesem Grundsatz, dass alle denkbaren Modalitäten erfasst werden, die vom marktbeherrschenden Unternehmen seinen Geschäftspartnern für die Abwicklung einer bestimmten Transaktion auferlegt werden. **«Preis»** bedeutet sämtliche Arten und Formen von Entgelt für irgendwelche Leistungen des Marktbeherrschers – d.h. unabhängig von der Form, in welcher die Leistungen erbracht werden (einmalig, in Teilen gegliedert, in regelmässiger Wiederholung usw.) –, wobei die Entgeltberechnungsmodalitäten im Rahmen dieses Begriffs unerheblich bleiben.[1501] Unter **«Geschäftsbedingungen»** fallen alle sonstigen Transaktionsmodalitäten.[1502] Auch wenn dieser Begriff oft in der Gestalt von Kaufs-, Liefer-, Zahlungs- oder Werbebedingungen anzutreffen ist,[1503] muss stets auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt werden. Zum Beispiel müssen zuweilen unter dem Merkmal der Geschäftsbedingung auch die einschlägigen Parameter eines Geschäftes analysiert werden, so etwa die konkreten Variablen in der individuellen Lage des jeweiligen Handelspartners, eines betroffenen Konkurrenten oder eines Dritten.[1504] Die Trennlinie zwischen Preis und anderen Geschäftsbedingungen ist im Übrigen nicht scharf:[1505] Jede Geschäftsbedingung im traditionellen Sinne weist Preiswürdigkeit auf, wie umgekehrt der Preis letztlich eine Geschäftsbedingung darstellt; so kann z.B. eine unüblich lange Zahlungsfrist einem zinslosen Darlehen gleichkommen, das seinen Ausdruck mittelbar im Preis erfährt; die Leistung von Sicherheiten, die von Handelsusanzen abweichen, sind preisrelevant, usw.[1506] **375**

In der Praxis können Klauseln, die ein Verdachtsmoment i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c begründen, vielfältige Formen annehmen. (1) Im Verhältnis zum **Abnehmer** (d.h. von der Angebotsseite her betrachtet; s. N 357) kann z.B. das Sortiment des Marktbeherrschers in reduziertem Umfang angeboten werden, was zur Folge hat, dass mehr Produkte einer bestimmten Sorte ungewollt erworben werden müssen; ein Beispiel zur Veranschaulichung: Werden üblicherweise Produkt A (schnell abnutzbar) und Produkt B (abnutzungsresistent) angeboten, so kann der Marktbeherrscher entscheiden, einem bestimmten Abnehmer nur Produkt A zu **376**

veräussern, was insgesamt für diesen teurer zu stehen kommt. Oder es werden Konkurrenzverbote auf einem vorgelagerten Markt,[1507] vertragliche Produktprüfungen,[1508] vertraglich vereinbarte Steigerungen des Verwaltungsaufwands[1509] oder andere Verfügungsbeschränkungen aufgezwungen.[1510]
(2) Im Verhältnis zum **Lieferanten** (d.h. aus Sicht der Nachfrageseite; s. N 359) kann das Unternehmen in beherrschender Stellung namentlich unüblich lange Zahlungsfristen verlangen, das Recht, ein [Seite 1285] seitig Veränderungen am Produkt vorzunehmen, fordern; weitere Beispiele sind das Erzwingen von Vorschüssen, die die Investitionen oder Werbekosten des Marktbeherrschers abdecken, oder von Bezahlungen einer ungerechtfertigten Einschreibegebühr.[1511] Anschaulich ist in diesem Zusammenhang der Entscheid der Europäischen Kommission im Fall *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*, in welchem ein marktbeherrschender Vertreiber von Zigaretten, der sowohl seine eigenen Marken als auch Drittmarken vertrieb, seinen Lieferanten in dem Sinne missbräuchliche Bedingungen aufgezwungen hatte, als er einerseits für die konkurrierenden Produzenten die Möglichkeit, neue Marken auf dem Markt zu lancieren, auf zwei Daten im Jahr beschränkte, und andererseits die Verkaufsmenge dieser neuen Marken im Jahr, in dem diese auf den Markt gebracht wurden, beschränkte.[1512]

c) Merkmal II: Erzwingung

aa) «Eigenständige Bedeutung»

377 Ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c setzt nach dem Gesetzeswortlaut voraus, dass die unangemessenen Geschäftsbedingungen durch das marktbeherrschende Unternehmen *«erzwungen»* werden.[1513] Gemäss Bundesgericht kommt dem Element des Erzwingens eine **«eigenständige Bedeutung»** zu;[1514] m.a.W. stellt es ein *konstitutives Merkmal* des Tatbestandes von lit. c dar. Obwohl diese Ansicht in der Lehre umstritten ist,[1515] verdient sie aus noch zu schildernden *funktionalen* Überlegungen Zustimmung (s. N 381 ff.). «Erzwingung» kann man einmal in einem ersten Schritt als *«Durchsetzung»* unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen kennzeichnen, d.h. als Anbahnung und Abschluss von Rechtsgeschäften, die *nicht ausschliesslich* auf *Verhandlungsfreiheit («freedom of negotiation»)* des Kontrahenten des Marktbeherrschers beruhen.[1516] Die Durchsetzung kann direkt durch den Marktbeherrscher oder indirekt durch einen Dritten erfolgen.[1517] Nach dem Bundesgericht ist für eine Erzwingung nicht schon der blosse Umstand ausreichend, dass eine marktbeherrschende Stellung vorliegt (s. N 378). Umgekehrt verlangt dieses Merkmal nach der Meinung dieser Instanz aber auch nicht eine « [Seite 1286] vollständige wirtschaftliche Unterjochung» des Handelspartners: «Zu verlangen ist für einen Marktmissbrauch zumindest, dass die Marktgegenseite *dem ökonomischen Druck*, der sich *auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat* bzw. diesem nicht ausweichen kann».[1518]

bb) Inhalt

378 Lehre und Praxis ist es bislang nicht restlos gelungen, die **Modalitäten des Tatbestandsmerkmals «Erzwingung»** zu erschliessen. Eine gewisse Einigkeit besteht darin, dass der Nachweis des Zwanges nicht *an allzu strenge Voraussetzungen* gebunden werden darf.[1519] Es genüge, so die herrschende Lehre und Spruchpraxis, wenn das marktbeherrschende Unternehmen kraft seiner Position einen schwächeren Handelspartner dazu bringe, *wettbewerbswidrige* Klauseln – d.h. Klauseln, die sich der Erfahrung nach unter Bedingungen wirksamen Wettbewerbs nicht verhandeln liessen – zu akzeptieren,[1520] oder wenn der Marktbeherrscher *de facto* ein *unausweichlicher* Partner auf dem Markt ist.[1521] Einige Autoren und auch gewisse behördliche Entscheide verlangen darüber hinaus, dass der Geschäftspartner dem Unternehmen in beherrschender Stellung die diesem eingeräumten Vorteile *nicht freiwillig* zugesteht.[1522] Dass der Zwang in einer vom Marktbeherrscher

aufgezogene Drohkulisse besteht, kann zwar vorkommen, stellt allerdings für das Vorliegen einer Erzwingung keine Voraussetzung dar.[1523] In diesem Sinne wird in der Botschaft 1994 bemerkt:

> «Nach dem Gesetzesentwurf müssen die unangemessenen Preise oder Geschäftsbedingungen ‹erzwungen› werden. Dies bedeutet, dass zum Beispiel ein nachfragemächtiges Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, mit denen es seiner Forderung nach einem bestimmten Vorzugspreis oder anderen besonders vorteilhaften Geschäftsbedingungen Nachdruck verleiht».[1524]

In der Lehre wird betont, dass von Zwang bereits dann ausgegangen werden könne, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nur schon den Ruf geniesst, unangemessene Ge
[Seite 1287] schäftsbedingungen zu erzwingen.[1525] Die WEKO hält ihrerseits fest, es sei unnötig, dass eine Situation der Bedrohung oder Furchterregung i.S.v. Art. 29 f. OR vorliege.[1526] Das Bundesgericht hat bislang auf eine *Spezifizierung* des *genauen Ausmasses* der Zwangswirkung – also auf eine Antwort auf die Frage, ob die Aufnahme einer unangemessenen Geschäftsbedingung *gegen den geäusserten Willen der Marktgegenseite* erfolgen muss oder ob es hinreichend ist, dass sich die Marktgegenseite letztlich einfach aufgrund der Marktsituation den vom Marktbeherrscher gestellten Forderungen *fügt* – verzichtet.[1527] Hingegen liegt gemäss dem höchstinstanzlichen Urteil *Terminierungspreise im Mobilfunk* keine Erzwingung vor, wenn ein Geschäftspartner der Swisscom auf einem regulierten Telekommarkt auf eine Klage i.S.v. Art. 11 Abs. 1 aFMG (heute: Art. 11a FMG) verzichtet.[1528] Für eine ausführliche Besprechung dieses Entscheids sei auf N 381 ff. verwiesen. Ein Teil der Lehre hat diese Entscheidung kritisiert, zumal, weil trotz weitgehender sprachlicher Übereinstimmung von lit. c mit Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV – wonach gemäss europäischer Rechtsprechung die Erzwingung *kein konstitutives Merkmal* des Tatbestands dieser Bestimmung bildet[1529] – dem Erzwingungskriterium in der Schweiz eine andere Bedeutung als in der Union beigemessen wird.[1530] Auf diese Frage wird in N 385 ff. zurückgekommen.

379 Nach der **Praxis der Wettbewerbsbehörden** kann Zwang selbst dann bestehen, wenn der Geschäftspartner den unangemessenen Preis oder die unangemessenen Geschäftsbedingungen *akzeptiert* hat, d.h. einen *Vertrag mit dem marktbeherrschenden Unternehmen eingegangen* ist[1531] oder die AGB des Letzteren *reaktionslos* zur Kenntnis genommen hat.[1532] Ferner kann gemäss der WEKO das Merkmal der Erzwingung ebenfalls erfüllt sein, wenn der Preis *nicht verhandelt*, sondern vom Marktbeherrscher *einseitig bestimmt* worden ist.[1533] Ein Missbrauch liegt demgegenüber nach Auffassung des Sekretariats nicht vor, wenn unangemessene Geschäftsbedingungen einzig wegen der *Unerfahrenheit* oder der *Naivität* des Handelspartners angenommen werden. Art. 7 Abs. 2 lit. c [Seite 1288] schütze vor Übervorteilung aus eigenem Verschulden nicht.[1534] Eine Erzwingung ist ebenfalls zu verneinen, wenn der Handelspartner über eine tatsächliche Ausweichalternative verfügt und geschäftliche Beziehungen mit dem Marktbeherrscher vermeiden kann (s. N 377, 378). Veranschaulichend kann in diesem Zusammenhang der Fall *Swisscom WAN-Anbindung* angeführt werden, wo für Sunrise die Möglichkeit bestand, einige ihrer neu geplanten Standorte auf eine Art zu errichten, dass das Angebot von Swisscom nicht wahrgenommen werden musste. Das Verhalten der Swisscom entsprach in diesem Fall nicht den vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien für die Tatbestandsmässigkeit eines «Drucks» i. S.v. lit. c. Daher lag für diese Standorte keine Erzwingung unangemessener Preise vor. Was andere geplante Standorte anbelangt, verfügte jedoch Sunrise über keine wirtschaftlich zweckmässige Alternative, um den Vorleistungsprodukten von Swisscom auszuweichen, sodass das Merkmal der Erzwingung für diese spezifischen Standorte als erfüllt anzuschauen war.[1535]

380 Betrachtet man diese von Doktrin, Behördenpraxis und Rechtsprechung entwickelten Sätze zur Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals «Erzwingung», ist manifest, dass einschlägige **prinzipienbasierte Leitlinien fehlen**. Es wird pragmatisch vorgegangen, vereinzelte Bestandteile des von der Dogmatik und Spruchpraxis

entwickelten Erzwingungsmerkmals scheinen zwar plausibel, aber ganz offensichtlich das Resultat von *juristischer Intuition* und *Induktion* zu sein.[1536] Eine tragende Basis, die die Begründetheit dieser Bestandteile angeben könnte, fehlt; und damit fehlen auch die erforderlichen *spruchpraxisleitenden Direktiven für die Entwicklung einer Kohärenz des Erzwingungsbegriffs*. Die Gretchenfrage bleibt unbeantwortet: Warum verlangt der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c, dass unangemessene Preise und Geschäftsbedingungen «erzwungen» werden müssen, wo wir es doch mit einem Sachverhalt qualifizierter Marktmacht zu tun haben? Wie kann erklärt werden, dass Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV ohne das Merkmal der Erzwingung auskommt (s. N 378 und 382 ff.), Art. 7 Abs. 2 lit. c KG hingegen nicht?

cc) Funktion

381 Einer Antwort kommt man nur mithilfe von grundlegenden wirtschaftsrechtlichen Überlegungen näher. Auszugehen ist vom Umstand, dass Wettbewerb ein sich *selbst* erhaltendes, sich *selbst* wandelndes und sich *selbst* erneuerndes (sog. *«autopoietisches»*) System ist, das wirtschaftliche Prozesse auf Märkten koordiniert.[1537] In dieser «Selbstreferenzialität» liegt seine Stärke.[1538] Zutreffend hat SCHLUEP in dieser Hinsicht festgestellt: «Die[…] Anpassungs- und Lernfähigkeit des [Wettbewerbs-]System ist eine der wichtigsten Qualitäten der marktwirtschaftlichen Ordnung».[1539] Diese Selbstregulierungsfähigkeit des Wettbewerbs lenkt die Aufmerksamkeit darauf, dass Letzterer diese Eigenschaft nur dank eines *feingesponnenen Netzes verschiedenartiger Funktionen* in der Zeit fortsetzen kann. Wettbewerb, so liesse sich im Bilde sagen, *ist* das Aggregat dieser Funktionen; und deshalb *komplex*, deswegen sehr *anfällig auf Störungen*, denn gesellschaftliche Systeme (wie z.B. die Politik, die Börse, die Legislation/Rechtsprechung usw.) mit hohem Kom [Seite 1289] plexitätsgrad sind niemals *stabil*, zu keiner Zeit *im Gleichgewicht*, in steter Evolution und Adaptation an die gesellschaftlichen Bedürfnisse.[1540] Deshalb kann Wettbewerb allein durch ein *adäquat komplex ausdifferenziertes Wirtschaftsrechtssystem* auf Dauer beständig gemacht und aufrechterhalten werden. In erster Linie will mit dieser Feststellung betont sein, dass die *netzartig verschleiften Funktionen*, aus denen sich der Wettbewerb zusammensetzt, vor Verfälschungen privaten oder staatlichen Ursprungs einzig durch ein *entsprechend komplexes* Geflecht von Normen über die Zeit bewahrt werden können, die jeweils auf die Unterstützung einer dieser Funktionen ausgerichtet sind. Diese Normen müssen namentlich auf eine Art entworfen sein, die es erlauben, dass sich deren jeweiliger *Wirkungsradius* zum Schutz der verschiedenen Wettbewerbsfunktionen *tatsächlich* auch *entfalten* kann. Für das Verständnis des hier fraglichen *Erzwingungsmerkmals* von lit. c ist nun dieses Erfordernis, dass die Bestimmungen der Wettbewerbsgesetzgebung ihre Effekte auch wirklich unbehindert und ungehemmt erzeugen und zum Tragen bringen können, von zentraler Bedeutung. Um diesen Punkt zu erläutern, gehen wir vom Umstand aus, dass im Mittelpunkt des Wirtschaftsrechtssystems nach wie vor – gleichsam die **«Kernordnung des Wirtschaftsfolgerechts»** bildend, d.h. des Rechts, welches die Vorgaben der Wirtschaftsverfassung (s. N 29 f.) in die Praxis umsetzt und in der Gesellschaft verwirklicht – die Normen des *Kartell-* und *Lauterkeitsrechts* stehen. M.a. W. ist diesen zwei Teilordnungen die Zwecksetzung gemein, den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheid für eine Wettbewerbsordnung zu implementieren, und die Frage ist: Wie tun sie das?

382 Vorab eine kurze zeitgeschichtliche Beobachtung: **Preisordnende Bestimmungen** (wie Art. 7 Abs. 2 lit. c) sind **im Kartellrecht** verhältnismässig *junge* Erscheinungen. Während das U.S. *antitrust* derartige Normen seit jeher und bis heute strikte ablehnt (s. N 354), war der heutige Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, der ursprünglich 1957 mit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) in Kraft getreten ist,[1541] eine der ersten Kartellrechtsnormen mit *preisregelndem Zweck*. Die historische Wiege von nationalen Preisregeln (namentlich von Zugabe- und Rabattvorschriften) war demgegenüber das Lauterkeitsrecht, das sich im Laufe des 19. Jh. zu entwickeln begann.[1542] Man könnte nun auf den ersten Blick meinen, dass es dem Merkmal der

«Erzwingung» im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung (s. N 377) darum zu tun ist, die *machtbezogenen* Preisnormen des Kartellrechts, hinsichtlich welcher man noch über wenig Erfahrung verfügt, von den bewährten *machtindifferenten* Preisregeln des klassischen Lauterkeitsrechts abzugrenzen. Das allerdings wäre eine überkommene Sicht der Dinge, die zum Verständnis besagten Merkmals wenig beizutragen vermag. Schon weiterführender sind Kategorisierungsaussagen folgenden Stils:

> «Die Konsequenzen daraus, dass die beiden Erlassebenen [sc. KG und UWG] aus unterschiedlichen Richtungen Einfluss auf die Wettbewerbsprozesse nehmen, reduzieren sich […] darauf, dass kartellrechtliche Grenzen in der Tendenz eher dann zum Tragen kommen, wenn eine Wettbewerbssituation gewissermassen zu *«unterkühlen»* droht, weil zu wenige Akteure im Markt sind […], während im Falle einer *«Überhitzung»* – zu viele Akteure versuchen, sich gegenseitig aus dem Markt zu drängen […] – lauterkeitsrechtliche Eingriffe angezeigt erscheinen […]».[1543]

[Seite 1290] In Wahrheit geht es allerdings beim gegenwärtigen Entwicklungsstand der Wettbewerbsgesetzgebung nicht mehr darum, Sachverhalte, in denen Marktmacht involviert ist, dem Kartellrecht und Fälle gestörter «systemischer Fairness» im Markt dem Lauterkeitsrecht zuzuweisen.[1544] Das «System der wirtschaftsfolgerechtlichen Kernordnung» (s. N 381 f.) unterscheidet längst nicht mehr mithilfe von *formalen* Kriterien zwischen Kartellgesetz und UWG (wie z.B. das Kriterium der Wirtschaftsmacht[1545]), um das Verhalten von Wirtschaftsteilnehmern wettbewerbsrechtlich zu beurteilen und zu kontrollieren. Die Problematik, die hinter dem Erzwingungsmerkmal der lit. c steht, ist *intrikater* und hängt aufs Engste mit dem wirtschaftsrechtlichen Funktionalismus (s. N 29 f.) zusammen.

Es geht um **«normative Vernetzungsfragen»**, deren Problematik im Schrifttum mit folgenden Worten auf den Punkt gebracht worden sind: **383**

> «[A]n manchen Stellen [erscheint im UWG] die Strukturierung und Handhabung marktmachtbezogener Fallgruppen und Tatbestände verbesserungsbedürftig. Zwar ermöglicht die Generalklausel als dogmatische Basis grosse Flexibilität. Rechtsunsicherheit und möglicherweise auch – als Konsequenz derselben – Zurückhaltung im Vorgehen gegen einschlägige Verhaltensweisen sind jedoch die Kehrseite, eine auf Entscheidpraxis beruhende Rechtsentwicklung ist erschwert».[1546]

Es geht, anders gesagt, um die *«kohärente Organisation»* der wirtschaftsfolgerechtlichen Kernordnung der Marktwirtschaft. Weil, wie erwähnt, der Schutz der (komplexen) Wettbewerbsfunktionen auf ein «Netzwerk» von Normen angewiesen ist, die jeweils mit verschiedenartigen und namentlich auch mit den missbrauchsrechtlichen Standards (s. N 352 *i.f.*) arbeiten, müssen deren jeweilige *Anwendungsbereiche* dergestalt miteinander *koordiniert* werden, dass diese just in *jenen Fällen* zur Anwendung gelangen, in denen es um die *jeweils von ihnen anvisierte Wettbewerbsfunktion* geht. Überliesse man diese *Normenkoordination* dem Zufall, könnten sich die jeweils mit ihnen *gesetzgeberisch angestrebten Rechtswirkungen* durchkreuzen. Werden unangemessene Konditionen mithilfe von qualifizierter Marktmacht erzwungen – also in einer Weise durchgesetzt, die einem Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung nicht zugänglich ist –, so rechtfertigt sich eine kartellgesetzliche Spezialnorm, was mit dem Erlass von Art. 7 Abs. 2 lit. c auch geschehen ist. Der Grund dafür ist, dass exzessive Preise und Geschäftsbedingungen der *Konsumentenwohlfahrt* (als wettbewerbspolitischer Standard des Kartellgesetzes; s. N 111, 114 ff.) abträglich sind. Damit ist die Ratio einer Intervention des Kartellgesetzes gegen unangemessene Preise und sonstige Konditionen in industrieökonomischer Differenzierung zu denjenigen gewisser lauterkeitsrechtlicher Bestimmungen, die zuweilen Relevanz für die Frage überhöhter Preise besitzen (wie z.B. Art. 3 Abs. 1 lit. h und i oder Art. 8 UWG), zu sehen. Dieses wirtschaftsrechtlich-funktionale «Kollisionsproblem» erfordert, dass die Anwendungsvoraussetzungen der jeweiligen Standards von Art. 7 Abs. 2 lit. c (s. N 381 ff.) einerseits und von preisrelevanten lauterkeitsrechtlichen Normen andererseits *funktionskonform definiert* werden. Diese Definitionsleistung hat ihren tieferen Grund im Risiko, dass eine gleichzeitige Anwendung

von einzelnen kartell- und lauterkeitsrechtlichen Normen auf denselben Fall *wechselseitige Interferenzen* erzeugen können, die die jeweiligen gesetzgeberisch erstrebten Wirkungen dieser Bestimmungen durchkreuzen.[1547]

384 Vor dem Hintergrund dieser Zusammenhänge wird es möglich, *Sinn* und *Zweck* des Erzwingungsmerkmals von lit. c zu erklären: Der Gesetzgeber verlangt mit diesem Merk [Seite 1291] mal, dass zwischen **marktbeherrschender Stellung** und **missbräuchlicher Verhaltensweise** ein **Kausalzusammenhang** besteht (s. N 155),[1548] um sicherzustellen, dass tatsächlich ein Problem vorliegt, für dessen Lösung die Massstäbe des Kartellgesetzes geeignet sind.[1549] (Merke: Dieser Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch, der vom Erzwingungsmerkmal gefordert wird und nur für den Tatbestand der lit. c gilt, ist strengstens vom *allgemeinen* Merkmal der Kausalität von Missbrauch und wettbewerbsbeeinträchtigenden Effekten zu unterscheiden, das für den Tatbestand *jeder* Missbrauchsvariante von Art. 7 Abs. 2 einschlägig ist; s. N 157). Ohne das *normkoordinierende Kriterium* der «Erzwingung» bliebe unklar, nach welchen Standards – d.h. nach denjenigen lauterkeitsrechtlicher Normen oder nach denjenigen von Art. 7 Abs. 2 lit. c (s. N 381 ff.) – die Frage der «Unangemessenheit» von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen im Lichte der in einem zu beurteilenden Sachverhalt konkret bedrohten Wettbewerbsfunktion zu entscheiden ist. Der von lit. c geforderte Kausalzusammenhang belegt mit hinreichender (freilich nicht: vollkommener) Sicherheit, dass man es mit einem Problem der *direkten* Bedrohung der Konsumentenwohlfahrt durch *Ausbeutung* (s. N 87 f.) zu tun hat, für deren Lösung die missbrauchsrechtlichen Standards der lit. c (s. N 381 ff.) berufen sind. Darüber hinaus belegt das Erzwingungsmerkmal, welches sich materiell als «Test» der Überprüfung des Bestehens besagten Kausalzusammenhangs für den Sonderfall von lit. c ausnimmt, dass die in N 385 kritisierte Ansicht namentlich des Bundesgerichts, wonach in jedem Missbrauchsfall zu prüfen ist, «ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt […]»,[1550] abzulehnen ist. Denn dieses Merkmal findet im Grundtatbestand der Generalklausel keine Stütze (s. N 155). Für alle anderen Missbrauchsvarianten von lit. a, b und d–f bleibt es bei der Voraussetzung, dass ausschliesslich ein ursächlicher Bezug zwischen *Missbrauch* und dessen *wettbewerbswidriger Wirkung* nachzuweisen ist (s. N 157). Anders gewendet: Im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. c wird diese allgemeine Kausalitätsregel durch die Sonderregel *ergänzt*, dass *zusätzlich* noch ein ursächlicher Zusammenhang zwischen *marktbeherrschender Stellung* und *missbräuchlichem Verhalten* belegt werden muss.[1551]

385 [Seite 1292] Mit dieser Klärung der Funktion des Tatbestandsmerkmals «Erzwingung» *innerhalb* des normativen Gewebes der «Kernordnung des Wirtschaftsfolgerechts», welche Kartell- und Lauterkeitsrecht zusammen bilden (s. N 381 f.), wird auch eine Antwort auf die von HEINEMANN vorgetragene **Kritik** an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts[1552], die heute für die Praxis des Bundesgerichts[1553] relevant ist, gegeben, wonach diesem Merkmal im Kartellgesetz eine «eigenständige Bedeutung» zukommt (s. N 377). Im Lichte des Europakompatibilitätsprinzips des Kartellgesetzes (s. N 40 ff.) vordergründig folgerichtig hatte der Autor bemerkt:

> «[Im europäischen Kartellrecht …] werden ganz überwiegend keine besonderen Anforderungen an die Modalität der Preisausbeutung gestellt. Es ist nicht überzeugend, dass das BVGer [dem das BGer nach der Veröffentlichung des Beitrags HEINEMANNs gefolgt ist] eine Auslegung des Begriffs der ‹Erzwingung› unangemessener Preise vornimmt, die sich so weit vom Begriff der ‹Erzwingung› im EU-Recht entfernt».[1554]

In der Sache selbst begründete HEINEMANN seine Ansicht mit den Argumenten:

> «Entscheidend für den Missbrauchsbegriff [sc. von Art. 7 Abs. 2 lit. c] ist es […], dass die marktbeherrschende Stellung instrumentalisiert wird, um Konditionen am Markt durchzusetzen, die erheblich von Resultaten unter Wettbewerb abweichen. Hierfür ist es (entgegen den Ausführungen zum Preismissbrauch in der Botschaft [sc. BBl 1995 I 468, 573)]

> nicht erforderlich, dass eine Drohkulisse aufgebaut wird, mit der den ausbeuterischen Konditionen Nachdruck verliehen wird. Es ist vielmehr relevant, dass die Abwesenheit wirksamen Wettbewerbs und damit von Ausweichmöglichkeiten ausgenutzt wird, um unangemessene Preise oder andere Konditionen durchzusetzen. Eines besonderen, über die Abwesenheit von Ausweichmöglichkeiten hinausgehenden Zwangs bedarf es nicht».[1555]

Man wird HEINEMANN insofern zustimmen, als Art. 7 Abs. 2 lit. c nur in einer Situation *mangelhafter Wirksamkeit des Wettbewerbs* zur Anwendung gelangen darf. Alles andere würde auf *Preisregulierung* hinauslaufen, die vom Zweck des Kartellgesetzes nach einmütiger Lehre nicht gedeckt ist (S. N 353).[1556] Allerdings ist die Frage der Defizienzen wirksamen Wettbewerbs eine solche, die nach Massgabe des Tatbestandsmerkmals der *Wettbewerbsversagen* (Merkmal IV; s. N 412) zu prüfen ist. Unterstreicht HEINEMANN die Bedeutsamkeit abwesender Wirksamkeit des Wettbewerbs, so ist damit genau besehen noch nichts darüber gesagt, ob dem Erzwingungsmerkmal eine «eigenständige Bedeutung» zukommt oder nicht. Was der Autor bei seiner negativen Antwort auf diese Frage übersieht, sind die *Unterschiede* zwischen den jeweiligen *Wirkungskontexten* von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG und Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV:

386 (1) Die erstgenannte Bestimmung ist Bestandteil einer *nationalen* Legislation, die ein juristisches **«Einebenensystem»** darstellt. Dieser Umstand impliziert, dass Kartell- und Lauterkeitsrecht auf derselben Stufe der Rechtsquellenhierarchie von demselben Gesetzgeber geschaffen wurden und deren Standards durch die Spruchpraxis im Laufe der Zeit wechselseitig abgestimmt wurden. Beide Teilrechtsordnungen sind «integriert», um gemeinsam die in N 381 geschilderte «Kernordnung des Wirtschaftsfolgerechts» zu bilden. Zur Lösung des wirtschaftsrechtlich-funktionalen «Kollisionsproblems», das sie stellen (s. N 383), war es erforderlich, eine *normative Koordination* vorzunehmen, was, wie in **[Seite 1293]** N 384 dargetan, durch die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Tatbestandsmerkmal der «Erzwingung» i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c geschehen ist (s. N 381 ff.).

387 (2) Demgegenüber ist Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV *denationalisiertes* Recht, das in einem juristischen **«Mehrebenensystem»** eingebettet ist.[1557] Die Union als transnationaler Verbund von mitgliedstaatlichen und europavertraglichen Rechtssystemen führt im Ergebnis doch nicht zu deren radikalen Fusion.[1558] Je nach Rechtsgebiet – d.h. je nach Stand des Primär- und Sekundärrechts der Union, der nationalen Umsetzung von Richtlinien usw. – behalten die jeweiligen Rechtsoperationen dieser Systeme eine mehr oder weniger autonome Funktionsweise.[1559] Gerade im Bereich des Wettbewerbsrechts bleibt in Europa das Gesamtsystem bis heute noch sehr ausdifferenziert. Eine «Kernordnung des Wirtschaftsfolgerechts», das sich aus Kartell- und Lauterkeitsrecht zusammensetzt (s. N 381), existiert in der Form, wie sie in der Schweiz besteht, noch nicht einmal ansatzweise in Europa:

> «So fehlt innerhalb der EU die Entwicklung eines umfassenden lauterkeitsrechtlichen Konzepts vollkommen […]. Harmonisierend eingegriffen wird stets nur punktuell und letztlich entweder mit einem schutzrechtlichen Fokus, indem selbst dort subjektive Rechte zugewiesen werden, wo es funktional um ein Steuern von Wettbewerbsprozessen geht (etwa bei Investitionsschutzrechten wie dem Datenbankenrecht sui generis mit der RL 96/9, insbesondere Kapitel III; […]; kritisch zu deren Wirkung Commission of the European Communities, DG Internal Market and Services Working Paper. First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, Brussels 2005, 5; […]); oder aber es wird eine reine Verbraucherschutzperspektive eingenommen, welche den Aspekt des wettbewerbsrechtlichen Mitbewerberschutzes von vornherein nicht mit einbezieht».[1560]

M.a.W. sind in der Union Kartell- und Lauterkeitsrecht in keiner Weise miteinander koordiniert, sodass im Gegensatz zur Schweiz ein umfassendes und integriertes System des Schutzes der Funktionen des Wettbewerbs im Binnenmarkt bislang fehlt. Dieser Umstand betrifft auch und zumal *preisordnende* Vorschriften, die in diesen Teilrechtsordnungen vorgesehen sind.

Im Europarecht entstand das in N 383 geschilderte **wirtschaftsrechtlich-funktionale «Kollisionsproblem»** bislang nicht, welches es in der Schweiz notwendig machte, dass die Anwendungen der verschiedenen Standards von Art. 7 Abs. 2 lit. c (s. N 387) einerseits und von preisrelevanten lauterkeitsrechtlichen Bestimmungen andererseits *funktionskonform koordiniert* werden müssen. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass HEINEMANNs Argument, wonach es nicht überzeugend sei, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine Interpretation des Erzwingungsmerkmals von lit. c vertrete, «[…] die sich so weit vom Begriff der ‹Erzwingung› im EU-Recht» entferne,[1561] *fehlgeleitet* und *abzulehnen* ist. Seine Kritik an der höchstrichterlichen Praxis zum Merkmal der «Erzwingung» i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c ermangelt einer wirtschaftsrechtlich-funktionalen Basis. Es ist im Gegenteil angesichts der Unterschiede zwischen dem *wettbewerbsrechtlichen «Einebenensystem»* in der *Schweiz* und dem *«Mehrebenensystem» der Wettbewerbsregeln* in der *Union* nur folgerichtig, dass das Bundesgericht das Kriterium der «Erzwingung» im *nationalen* Kontext so ausgestaltet hat, dass dieses das erwähnte wirtschaftsrechtliche Koordinationsproblem löst. Und ebenso folgerichtig ist es, dass es im europäischen Wettbewerbsrecht, d.h. im Rahmen der Anwendung von Art. 102 Abs. 2 [Seite 1294] lit. a AEUV, nicht zur Entwicklung eines solchen Kriteriums gekommen ist, dessen es im spezifischen Kontext des wettbewerbsrechtlichen «Mehrebenensystems» der Union und deren Mitgliedstaaten aus den in N 387 geschilderten Gründen nicht bedarf. Daraus ist zu folgern und hier festzuhalten, dass die höchstrichterliche Praxis zum Erzwingungsbegriff von lit. c ihren *guten Grund* hat und *vorbehaltlose Zustimmung* verdient. **388**

d) Merkmal III: Unangemessenheit von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

aa) Allgemeines

Bereits erwähnt wurde, dass die Industrieökonomik kein eigentliches **Konzept der «Unangemessenheit»** von Preisen oder Konditionen anzubieten hat, dies aus *theoriearchitektonisch* durchaus nachvollziehbaren und gerechtfertigten Gründen (s. N 370 ff.).[1562] Entstehungsgeschichtlich scheint es sich in der Sicht mancher Autoren so zu verhalten, dass sich die Redaktoren von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV, der anlässlich der Gesetzesrevision von 1994 (teilweise) des Art. 7 Abs. 2 lit. c KG Pate war (s. N 355), an *ordoliberalem* Gedankengut angelehnt haben. Im Lichte der allgemeinen Grundsätze des Ordoliberalismus ist ein Preis angemessen, wenn er sich als Resultat eines in die «Interdependenz der Ordnungen»[1563] eingebetteten «Leistungswettbewerbs»[1564] ausnimmt.[1565] Diese Sichtweise führt aber mit Blick auf die Untersuchung überhöhter Preise nicht weiter, weil, vereinfacht gesagt, der einzige daraus zu ziehende Schluss lauten würde: «Unangemessen» sind Preise dann, wenn sie nicht das Produkt von Wettbewerb *on the merits* sind. Auf Anhieb ist erkennbar, dass dieser Schluss für Preisanalysen *ungeeignet* ist (kein Wunder übrigens, stand doch hinter den generellen Prinzipien der ORDO-Schule nie die Absicht, diese so zu gestalten, dass sich daraus unmittelbar ein derart spezifisches Instrument wie ein Preisunangemessenheits-Test ableiten liesse). Denn nicht jeder suprakompetitive Preis beeinträchtigt die Konsumentenwohlfahrt. Ein derartiger Preis kann durchaus auch positive Wirkungen entfalten, wie z.B. die Steigerung der Investitionstätigkeit, die Innovationsförderung, die Beschleunigung der Informationsstreuung im Markt (namentlich der Konsumenteninformation) usw. Dass allein der Wettbewerb den Preis von Gütern zu bestimmen vermag, findet seinen hauptsächlichen Grund darin, dass kein menschliches Gehirn von seiner Leistungsfähigkeit her imstande ist, eine derart komplexe Funktion wie die wettbewerbliche Preisbildung auf Dauer zu erfüllen.[1566] In der Regel wird deshalb in der Praxis an andere Rechtstatsachen als am *Ergebnis von Marktprozessen* (*in casu*: an den Preis eines Gutes als Produkt von «Leistungswettbewerb») angeknüpft. Beispielsweise haben Wettbewerbsbehörden und Gerichte verschiedentlich versucht, den *wirtschaftlichen «Wert»* eines Gutes zu eruieren[1567] und – vor allem – einen Massstab zu entwickeln, mit dessen Hilfe zwischen einem erhöhten, aber noch **389**

angemessenen Preis, und einem unangemessen hohen (bzw. unangemessen tiefen) Preis differenziert werden könnte.[1568] Aber auch mit weiteren Massstäben wird experimentiert (z.B. mit dem *United Brands*-Test; s. N 396 ff.). Bis heute kam es immer wieder zur Entwicklung neuer Tests, [Seite 1295] um die Differenz «angemessen /unangemessen» machen zu können (s. N 391 ff.). Die Rechtslage, die das Merkmal der «Unangemessenheit» betrifft, ist also alles andere als konsolidiert (s. N 402). FOX hat in diesem Zusammenhang sehr zu Recht bemerkt, das Verbot von unangemessenen Preisen und Geschäftsbedingungen setze an sich voraus, dass behördliche oder gerichtliche Entscheidungen sich als die besseren Werkzeuge zur Korrektur unangemessener Preise als die Selbstregulierung des Markts auswiesen.[1569] Dass damit ein wohl kaum je realisierbares Desideratum in der Debatte über kartellrechtliche Preisordnungsvorschriften unterbreitet wurde, liegt auf der Hand.[1570] Deswegen bleibt nichts anderes übrig, als die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c in einem *rigoros pragmatischen Geist* anzugehen. Eine «Theorie der Unangemessenheit» kann es auf der Basis der Industrieökonomik aus besagten Gründen *nicht* geben. Die Befolgung nachstehender Leitlinien erscheint im Lichte der aufgezeigten Probleme des Merkmals «Unangemessenheit» gemäss lit. c der anzustrebenden *Pragmatik* zweckmässig:

390 Auszugehen ist einmal davon, dass Art. 7 Abs. 2 lit. c nur in **betont exzessiven** (im Sinne von **«krass»** oder sogar **«exorbitant»** begriffen; im Englischen wird in dieser Hinsicht der Terminus ***«egregerious»*** verwendet[1571]) Ausbeutungssituationen angewendet werden sollte.[1572] Eben deshalb muss von vornherein darauf verzichtet werden, Preis- und Konditionenmissbräuche mässigen oder «mittleren» Ausmasses ahnden zu wollen.[1573] Der Grund dieses Verzichts besteht darin, dass die den Wettbewerbsbehörden zur Verfügung stehenden Tests zur Feststellung von «Unangemessenheit» allzu grobschlächtig und ungeschliffen sind, um einigermassen exakte Analysen durchführen zu können. Dieser Verzicht ist keineswegs – dieser Punkt sei hier besonders unterstrichen – eine Ausprägung der in N 352 kritisierten Forderung eines Teils der Doktrin an die Wettbewerbsbehörden, bei der Anwendung von lit. c «Zurückhaltung» zu üben. Vielmehr ist er die unausweichliche Konsequenz des Umstands, dass, wie gesagt, in der Praxis hinreichend *akkurate* Methoden *fehlen*, um das Merkmal der «Unangemessenheit» gleichsam «feinfühlig», d.h. mit einer gewissen Präzision, zu prüfen. Würden sich Behörden und Gerichte für ein derartiges Vorgehen bei der Anwendung von lit. c entschliessen, schnellte die Wahrscheinlichkeit, Entscheidungsfehler 1. oder 2. Ordnung zu begehen (s. N 123), rasch in die Höhe.[1574] In diesem Zusammenhang darf sodann auch nicht vergessen werden, dass [Seite 1296] überhöhten Preisen in der Wettbewerbsordnung eine marktwirtschaftliche *Funktion* aneignet: Sie setzen zumal *Anreize* für *Innovation* und *neue Markteintritte*. Auch können sie die weitere marktwirtschaftliche Funktion der *Investition* ankurbeln. Sie sind mithin tauglich, im Rahmen eines wirksamen Wettbewerbs *positive Effekte* zu zeitigen.[1575] Mit einer behördlichen Intervention in Preise und Konditionen geht oft das Risiko einher, dass der Markt «eingefroren» wird. Gemeint ist damit, dass eine solche Intervention stets die Gefahr in sich birgt, die *incentives* der Konkurrenten zu verringern, aus der Unzufriedenheit der übermässig ausgenutzten Handelspartner des Marktbeherrschers Profit zu schlagen, was die Preisverhältnisse bereinigen würde.[1576] Mitunter stösst man im Schrifttum auf die Aussage, dass Preise und Geschäftsbedingungen dann unangemessen seien, wenn sie sich aufgrund der Umstände im konkreten Fall *«offensichtlich unbillig»* ausnehmen würden.[1577] Diese Nomenklatur mit juristisch jahrhundertealter Tradition sollte mangels eines *wirtschaftsrechtlich-funktionalen Gehaltes* vermieden werden (s. N 355). Um den Gedanken, der mit dieser ungeeigneten Begrifflichkeit vermittelt werden will, sachgerecht einzufangen, sollte in Kategorien der *Wettbewerbsfunktionen* gedacht werden. Auf diese Thematik wird in N 402 näher eingegangen.

bb) Unangemessene Preise

aaa) Allgemeines

Ein strukturiertes Vorgehen bei der Analyse der Unangemessenheit von Preisen wurde bislang weder von der Lehre noch von der Praxis entwickelt.[1578] Es ist höchst unwahr [Seite 1297] scheinlich, dass ein derartiges Vorgehen in näherer Zukunft zur Verfügung stehen wird. Mit Art. 7 Abs. 2 lit. c wird situativ, punktuell und vor allem mit verschiedenartigen Tests umgegangen. Der EuGH belässt deshalb im europäischen Wettbewerbsrecht den Behörden und Gerichten hinsichtlich der Wahl der Methoden zur Ermittlung unangemessener Preise «einen gewissen Spielraum»:[1579] Dem entspricht die Praxis der WEKO. So stuft diese Behörde bisweilen einen Preis als unangemessen ein, weil er **in keinem rational nachvollziehbaren Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung** steht.[1580] Andere Male wird auf die Beurteilungskriterien von Art. 13 PüG analog Rückgriff genommen,[1581] d.h. auf: (1) die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne,[1582] (2) besondere Unternehmerleistungen, (3) besondere Marktverhältnisse, (4) die Kostenentwicklung, (5) die Preisentwicklung, und (6) den Preissockel (Art. 13 Abs. 1 und 2 PüG).[1583] Diese Aufzählung ist weder *abschliessend* – Art. 13 Abs. 1 PüG verwendet das legislativ übliche Adverb «insbesondere», um diesen Punkt klarzustellen –, noch enthält sie eine *Hierarchie* der benannten Kriterien;[1584] ein interpretatorisch erschliessbarer «Missbrauchsstandard» (s. N 110 ff.) ist mithin in Art. 7 Abs. 2 lit. c KG nicht zu finden.[1585] In der Praxis der WEKO werden verschiedene Techniken zur Analyse der Frage nach der Preisunangemessenheit zugelassen.[1586] Die Sachdienlichkeit dieses Standpunktes hat der EuGH am 14.9.2017 im Fall *AKKA/LAA* einmal mehr ausdrücklich bekräftigt: **391**

> «Wie der Generalanwalt […] ausgeführt hat und der Gerichtshof auch anerkannt hat (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 14. Februar 1978, United Brands und United Brands Continental /Kommission, 27/76, EU:C:1978:22, Rn. 253), gibt es jedoch noch andere Methoden [sc. als die im Urteil *United Brands* erarbeitete Methode], um zu ermitteln, ob ein Preis übertrieben hoch ist».[1587]

[Seite 1298] Diese verschiedenen Tests besitzen keinen klar definierten Anwendungsbereich. Sie weisen aber jeweils verschiedene Eigenschaften auf, die zwar deren Tauglichkeit (bzw. Eignung) für die Analyse eines konkreten Falles nicht restlos garantieren, aber immerhin umrissen genug sind, dass ihre Auswahl nicht ausschliesslich der Intuition der entscheidenden Instanz überlassen bleibt. Nachstehend wird zunächst auf die drei Tests eingegangen, die in der Spruchpraxis anzutreffen sind (N 392 ff.). Danach wird auf das europäische Recht eingegangen, nämlich auf den vieldiskutierten *United Brands*-Test (N 396 ff.). Nach einem kurzen Streifzug durch die Problematik der unangemessen tiefen Preise (N 400) und der Preisfixierung auf preisregulierten Märkten (N 401) werden alsdann die Methoden der Analyse unangemessener Geschäftsbedingungen behandelt (N 403 ff.).

bbb) Preisanalysemethoden der Spruchpraxis

Die Wettbewerbspraxis benutzt in vielen Fällen **drei spezifische preisanalytische Methoden**.[1588] Jede dieser Methoden weist gewisse Stärken und Schwächen im Hinblick auf die Überprüfung der zu beurteilenden Einzelfälle auf, sodass keiner von ihnen ein absoluter Vorrang zukommt;[1589] sie sind gewissermassen als *komplementär* zu verstehen; anerkannt ist deshalb, dass sie in bestimmten Fällen gleichzeitig verwendet werden können, also gleichsam «vermengt» werden dürfen:[1590] **392**

(1) Die **«Als-ob»-Methode** besteht darin, die Preise ökonometrisch so zu simulieren, als wäre der Markt einem unverfälschten Wettbewerb ausgesetzt *(Als-ob-Wettbewerb)*.[1591] Die simulierten Preise werden alsdann mit den erzwungenen Preisen verglichen.[1592] Aus *formallogischer* Sicht wird an diesem Konzept kritisiert, dass das Abstellen auf einen Markt, auf dem ein unbeschränkter wirksamer Wettbewerb spielt, *unmöglich* zu irgendwelchen Einsichten betreffend die Unangemessenheitsfrage führen *könne*, da ein beherrschendes Unternehmen seine Preise wegen der von ihm gehaltenen Marktposition kaum je auf Wettbewerbsniveau festlegen wird und im Übrigen dazu auch berechtigt ist, sofern es lit. c einhält.[1593] Darüber hinaus ist die **393**

praktische Durchführung dieses Tests anspruchsvoll, weil [Seite 1299] dieser angesichts seines hypothetischen und prospektiven Charakters beinahe verunmöglicht, wirksamen Wettbewerb unter Beachtung sämtlicher (oder eines bedeutsamen Teils der) preisrelevanten Parameter des beherrschten Marktes zu simulieren.

(2) Die **Vergleichsmarktmethode** (auch **relative** oder **Benchmarkmethode** genannt) [1594] geht aus der «Als-ob»-Methode hervor.[1595] Um Preise auf unverfälschtem Wettbewerbsniveau ermitteln zu können, bedarf es eines mit dem relevanten Markt *vergleichbaren* Marktes, der in der wirtschaftlichen Realität meist nur mit Mühe gefunden werden kann.[1596] Die Charakteristiken eines jeden Referenzmarktes und deren Auswirkungen auf den Preis sind stets angemessen zu berücksichtigen.[1597] Wenn sich der Vergleich auf verschiedene nationale Märkte oder auf Märkte mit einem geänderten Rechtsrahmen abstützt, können diese ihre Aufgabe nie ganz zuverlässig erfüllen; sie müssen diesfalls mit zusätzlichen Indikatoren ergänzt werden[1598] und stellen in der Regel lediglich Indizien für eine allfällige Unangemessenheit der Preise dar.[1599] (1) Eine erste Möglichkeit, um den Bench [Seite 1300] marktest anzuwenden, bietet sich an, wenn eine Konstellation vorliegt, in welcher das qualifiziert marktmächtige Unternehmen das von ihm hergestellte Gut nicht nur auf dem beherrschten Markt absetzt, sondern zugleich auch auf einem anderen, geographisch anderweitig gelegenen, von ihm nicht beherrschten Markt;[1600] lässt sich ein solcher zweiter Markt aufspüren, können die jeweils auf diesen Märkten praktizierten Preise verglichen werden.[1601] Problematisch ist diese erste Testvariante, weil, wie gesagt, ein solcher Vergleich Märkte mit *hohem Ähnlichkeitsgrad* – mit tatsächlich *vergleichbaren* Parametern – voraussetzt und diese Voraussetzung in der Praxis alles andere als leicht zu erfüllen ist. (2) Eine weitere Möglichkeit, die Vergleichsmarktmethode einzusetzen, ergibt sich dann, wenn man mit den Gütern des Marktbeherrschers austauschbare Substitute ausfindig machen kann, die von deren Herstellern auf einem anderen Markt als dem beherrschten angeboten werden. Diese Substitute bilden diesfalls die Basis für den Vergleich der jeweils auf diesen zwei Märkten praktizierten Preise.[1602] Die ökonomischen Parameter – wie Marktstrukturen, Verhaltensmuster der Rivalen auf dem Vergleichsmarkt, Unternehmensgrössen, Einwohnerzahl, Topographie usw. – sollten auch hier eine hohe Entsprechung mit den Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten beherrschten Markt besitzen,[1603] was, wie erwähnt, eine prekäre Voraussetzung darstellt.[1604] (3) Die dritte Möglichkeit der Verwendung der relativen Methode ist das Abstellen auf den beherrschten Markt als Vergleichsmarkt in dessen *zeitlicher* Dimension: Als Basis dient eine *abgelaufene Zeitphase des relevanten Marktes*, während der sich die Preise noch unter Wettbewerbsbedingungen gebildet haben.[1605] Dabei muss abgeklärt werden, ob der Wettbewerb auf dem zeitlichen (vergangenen) Vergleichsmarkt *wirksam* war, d.h. namentlich, dass die ehemals tieferen [Seite 1301] Preise nicht durch eine Wettbewerbsverzerrung (wie etwa durch eine staatliche Preisregulierung[1606] oder durch einen Preiskampf i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. d; s. N 417 ff.) zustande gekommen sind.[1607] Der Vergleich muss auf rechtlich und tatsächlich homogener Grundlage vorgenommen werden können.[1608] Weil der Vergleich auf einer zeitlich früheren Periode beruht, müssen die allgemeine Teuerung und vor allem allfällige Veränderungen einzelner Wettbewerbsparameter, die eine Rolle bei der Preisbildung des in Frage stehenden Gutes spielen, beachtet werden.[1609] Zeigt der Vergleich, dass die aktuellen Preise des beherrschenden Unternehmens beträchtlich höher sind als diejenigen auf dem einstigen als Referenz beigezogenen Markt, ist ein Schluss auf die preisliche Unangemessenheit nur dann angängig, sofern die Preisdifferenzen *nicht ausschliesslich* auf *objektiv* feststellbare Unterschiede zwischen den verglichenen Märkten zurückzuführen sind;[1610] im Rahmen der Durchführung des Preisvergleichs muss demnach ein irgendwie ausgestalteter *Bezug zum Verhalten des Marktbeherrschers* zum Vorschein kommen.[1611] Allgemein lässt sich feststellen, dass in der Lehre die Vergleichsmarktmethode den gleichen theoretischen Einwänden wie die «Als-ob»-Methode ausgesetzt ist (s. N

394

393). Aus praktischer Sicht ist es meist schwierig, einen Vergleichsmarkt aufzuspüren, der hinreichend vergleichbare Wettbewerbsparameter aufweist.[1612] Es müsste sich *idealiter* sogar um einen Markt handeln, auf dem ebenfalls ein marktbeherrschendes Unternehmen tätig ist, das aber seine Position nicht i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c missbraucht.[1613] Dadurch würde die Bedeutung der qualifi [Seite 1302] zierten Marktmacht für die Preisgestaltung deutlicher in Erscheinung treten.[1614] Restlos verlässlich ist die Vergleichsmarktmethode wegen all dieser Komplikationen kaum je; sie muss regelmässig mithilfe von zusätzlichen Annahmen überarbeitet werden, um ihre Ergebnisse realistischer und plausibler zu gestalten.[1615]

(3) Die **Kostenmethode** (auch **absolute Methode** genannt) besteht darin, zunächst die Gestehungskosten eines Gutes (unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge) zu untersuchen, um diese dann mit dem Verkaufspreis zu vergleichen;[1616] es geht m.a.W. darum, die Kosten-Preis-Spanne *(price-cost margin)* zu ermitteln,[1617] wobei im Prinzip der Preis als unangemessen gilt, wenn die Kosten-Preis-Spanne erheblichen Ausmasses ist.[1618] Zu betonen ist allerdings, dass selbst eine grosse Kosten-Preis-Spanne nicht *per se* erlaubt, auf Unangemessenheit zu schliessen;[1619] eine Kosten-Preis-Spanne soll nach der Praxis der WEKO immer auch noch im Lichte der konkreten Umstände des fraglichen Falles in wertende Erwägung gezogen werden.[1620] Zumal müssen Forschungs- und Entwicklungskosten oder Anschaffungskosten eines Immaterialgüterrechts mitberücksichtigt werden; sie vermögen zuweilen einen höheren Preis zu rechtfertigen, weil die Investitionen – auch diejenigen, die zu keinem kommerziellen Erfolg führten – allemal amortisiert werden dürfen.[1621] Mit der Kostenmethode können selbst beträchtliche Tariferhöhungen durch die Beachtung von neuen Kostendaten gerechtfertigt werden. In der [Seite 1303] Entscheidung *Swisscom – Angebot von Mietleitungen*, in der es um Tariferhöhungen ging, liess sich das Sekretariat offenbar durch Kostengesichtspunkte überzeugen: Da die alten Tarife auf einer inzwischen aufgehobenen Preisregulierung basierten, rechtfertigte sich – gestützt auf eine neue detaillierte Kostenrechnung – die Tariferhöhung für Ortsleitungen, zumal für Fernleitungen eine ausgleichende Tarifsenkung vorgenommen wurde.[1622] Ähnlich wurde der von den Krankenkassen festgelegte Privatärztetarif im Kanton Bern, der um 55% über dem SLK-Tarif lag, als nicht unangemessen beurteilt. Nach Ansicht der WEKO durften die Krankenkassen annehmen, dass die offiziellen SLK-Tarifpunkte die durchschnittlichen Kosten decken. Entsprechend durften sie den Endtarif gestützt auf weitere Hilfsgrössen festlegen, weil ihnen nicht genügend Zahlenmaterial und Kostenrechnungsdaten zugänglich waren.[1623] Im Fall *Swisscom WAN-Anbindung* konnte die WEKO eine detaillierte Analyse der durchschnittlichen Kosten der Swisscom nicht durchführen und stützte sich stattdessen auf die Preisbestimmung eines regulierten Produkts (die sogenannte TAL, welche gemäss FMG zu kostenorientierten Preisen angeboten werden muss), um die Unangemessenheit kommerzieller Vorleistungspreise der Swisscom zu prüfen. Weil sich die Vorleistungspreise in einer Spannbreite zwischen einem 4–6-fachen und einem 16–18-fachen der internen Kosten der Swisscom bewegten, kam die WEKO zum Schluss, dass diese Preise in keinem vernünftigen Verhältnis zu den internen Kosten bzw. zu einem Preisniveau unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen standen und daher als unangemessen zu qualifizieren waren.[1624] Hervorzuheben ist allerdings, dass eine geringfügige *price-cost margin* nicht notwendigerweise die Unangemessenheit des Preises ausschliesst:[1625] Die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens können nämlich Ausdruck von Ineffizienz[1626] und im Vergleich zur Konkurrenz übermässig hoch sein. In einer solchen Situation erscheint ein Eingriff der Wettbewerbsbehörden nicht angebracht. Zu bedenken ist zumal, dass übermässig hohe Kosten oft effizientere Unternehmen zum Eintritt in den Markt motivieren (s. N 390). **395**

ccc) Preisanalysemethode des Urteils *United Brands*

Ein in der Literatur viel diskutierter Test zur Analyse der preislichen Unangemessenheit wurde vom EuGH im Urteil *United Brands* entwickelt.[1627] Dieser **396**

Test ist **zweigliedrig** strukturiert und verlangt in einem ersten Schritt einen Vergleich des Preises des relevanten [Seite 1304] Produktes bzw. der relevanten Dienstleistung mit den *Gestehungskosten* (s. N 397) und in einem zweiten die Bewertung, ob der Preis *übermässig* ist, sei es in *absoluter* Hinsicht, d.h. wenn der Preis *«als solcher»* unangemessen ist (s. N 398), sei es in *relativer* Hinsicht, d.h. im *Vergleich* mit *Konkurrenzprodukten* (s. N 399).[1628] Die vorliegend relevante im Urteil zu entscheidende Frage lautete, ob die Europäische Kommission zu Unrecht keine Analyse der Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens vorgenommen und daher zu Unrecht auf Unangemessenheit erkannt hatte. Der EuGH lehnte die Analyse der Kommission als unzureichend ab, hob die Kommissionsentscheidung in diesem Punkt auf und trug den nach dem gängigen Urteilsnamen benannten zweigliedrigen Test vor. Wir gehen zunächst auf das *erste Glied* des *United Brands*-Tests ein (s. N 397), alsdann auf das *zweite*, welches *zwei alternative Vorgehensweisen* vorsieht (s. N 398 f.).

(1) Grundsätzlich entspricht der **erste Teil** des *United Brands*-Tests (*«the price-cost limb of the test»*[1629]) der *Kostenmethode* (s. N 395). In seiner Ausführung birgt diese heikle Fragen in sich.[1630] Im kursorischen Resümee: Zum einen ist es schwierig, eine Methode zur Bestimmung der Gestehungskosten festzulegen, die von Juristen und Ökonomen mehrheitlich anerkannt würde.[1631] Zum anderen ist die Ermittlung der Kosten-Preis-Spanne besonders problembeladen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen mehrere Produkte herstellt (s. N 460).[1632] **397**

(2)(a) Der **zweite Teil** des Tests (*«the price comparison limb of the test»*[1633]) besteht in der Einschätzung, ob der verlangte Preis entweder in absoluter oder relativer Hinsicht unangemessen ist (s. N 396). Die **Ermittlung eines überhöhten Preises in absoluter Hinsicht** – d.h. eines «price [which] is […] unfair *in itself*»[1634] – wird dergestalt durchgeführt, dass der vom Marktbeherrscher praktizierte Preis mit den *«Gestehungskosten»* des Gutes verglichen und seine «Unangemessenheit» unter der Voraussetzung angenommen wird, dass der Unterschied zwischen Preis und Kosten eine «gewisse Schwelle» überschreitet. Wann ein unter dieser Schwelle liegendes Kosten-Preis-Verhältnis besteht und wann nicht, ist eine *reine Ermessens*- und *Wertungsfrage*: **398**

> «There is no precise arithmetic relation between price and the economic value of a product or service for it to be judged fair or unfair. Determining how far above the economic value a price must be before it can be said to bear no reasonable relation to the economic value (and thus be unfair in itself) is a matter of judgement, having regard to the circumstances of the individual case».[1635]

[Seite 1305] Die Frage wird je nachdem z.B. von Skalenerträgen, *sunk costs* und/oder dem ökonomischen Risiko der ausgeübten Tätigkeit abhängen. Wird das Kosten-Preis-Verhältnis zu eng definiert, entsteht die Gefahr, dass unternehmerische Investitionen auf den fraglichen Märkten *ex ante* nicht mehr attraktiv sind, was die Konsumentenwohlfahrt langfristig schädigt (s. N 390). Auch ist darauf zu achten, dass ein effizientes, also allokatorisch, kostengünstig und dynamisch effektiv operierendes Unternehmen[1636] nicht gezwungen wird, seine Preise zu reduzieren, um dieselbe Kosten-Preis-Spanne wie seine weniger effizienten Konkurrenten zu haben. Diesfalls könnten *ex ante* seine *incentives* leiden, in gewisse Aktivitäten zu investieren (s. N 390). Umgekehrt darf aber auch die Tatsache, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen eine geringere Gewinnspanne als seine Rivalen aufweist, weil es aufgrund seiner defizitären Effizienz zu höheren Kosten produziert, nicht dazu führen, dass dieses Unternehmen *prima facie* einer Verurteilung wegen unangemessener Preise entgeht (s. N 395).

(b) Die **Ermittlung eines überhöhten Preises in relativer Hinsicht** – d.h. eines *«price [which is] unfair when compared to competing products»*[1637] – kann mehrere Formen annehmen (s. N 395): (1) Häufig wird der vom marktbeherrschenden Unternehmen festgesetzte Preis mit den Preisen der Konkurrenten auf dem gleichen Markt verglichen.[1638] Allerdings kann dieser Vergleich problematisch werden, wenn die Preisunterschiede von Qualitätsunterschieden der fraglichen Güter herrühren. **399**

Darüber hinaus ist es den Konkurrenten unbenommen, ihre Preispolitik den Preisen des marktbeherrschenden Unternehmens anzupassen und dadurch ebenfalls unangemessene Preise zu verlangen oder im Gegenteil durch extrem niedrige Preise eine aggressive Konkurrenz zu führen. In beiden Fällen entsteht ein überzeichnetes Bild, das es zu relativieren und zu korrigieren gilt (s. N 395). (2) Preise können auch zwischen verschiedenen geographischen Märkten verglichen werden,[1639] indem der Preis für das Produkt bzw. die Dienstleistung des marktbeherrschenden Unternehmens dem Preis für ähnliche Produkte oder Dienstleistungen anderer Unternehmen in verschiedenen Märkten gegenübergestellt wird.[1640] Die mit diesem Vorgehen verbundene Schwierigkeit besteht hauptsächlich darin, einen tauglichen Vergleich anzustellen, der den lokalen Gegebenheiten genügend Rechnung trägt (z.B. Steuern, Arbeitsmarkt, sonstige Marktbedingungen, Reputation des relevanten Produktes bzw. der relevanten Dienstleistung, Art der Rechnungslegung usw.; s. N 394).[1641] Im Fall *United Brands* hat der EuGH anerkannt, dass es objektive Gründe geben könne, die je nach Region unterschiedliche Preise zu rechtfertigen in der Lage sind. [1642] In der Entscheidung *Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg* hat die Kommission abgelehnt, die Rentabilität verschiedener Häfen zu vergleichen, weil jeder Hafen hinsichtlich der abgewickelten Geschäfte, der Aktiven und der Investitionsstrukturen, die den Gewinnen und Kosten zugrunde liegen, unterschiedlich operiert.[1643] Es wäre also mit unüberwindbaren Schwierigkeiten verbunden gewesen, taugliche Referenzwerte zu finden, die es erlaubt hätten, für jeden Hafen diejenigen Geschäftszahlen herauszufiltern, welche einen [Seite 1306] aussagefähigen Vergleich ermöglicht hätten. Letztlich hängt der Gewinn eines jeden Hafens massgeblich von den jeweiligen Märkten, in welche die Häfen eingebettet sind, von den individuellen Kostenstrukturen der Unternehmen und von der Art ihrer Investments, ihrer Finanzierung sowie von ihrer jeweiligen Dividendenausschüttungspraxis ab. Sodann unterstellt ein geographischer Vergleich, dass der tiefste Preis eine Referenz für den Wettbewerbspreis in dem Land darstellt, in dem der Preismissbrauch stattfindet. Diese Hypothese ist problematisch, weil der Referenzpreis selbst übermässig hoch oder niedrig sein kann (s. N 394). (3) Schliesslich kann ein Vergleich auch in der zeitlichen Dimension geführt werden, indem der Preis desselben Produktes bzw. derselben Dienstleistung auf demselben Markt zu jeweils unterschiedlichen Zeitpunkten betrachtet wird.[1644] Im Grunde haben wir es hier mit der gleichen Technik, aber auch mit den gleichen Schwierigkeiten wie beim geographischen Preisvergleich zu tun.

ddd) Unangemessen tiefe Preise

400 Nicht nur unangemessen hohe Preise können missbräuchlich sein. Auch unangemessen tiefe Preise können den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c erfüllen.[1645] Voraussetzung dafür ist, dass **Nachfragemacht** im Spiel ist bzw. ein Monopsom im Markt vorliegt.[1646] Wie beim Tatbestand der Preisunterbietung (Art. 7 Abs. 2 lit. d; s. N 417 ff.) sollte auch im Falle unangemessen tiefer Preise wegen den beschränkten Testmöglichkeiten nur in extreme Konstellationen interveniert werden, zumal solche Preise grundsätzlich im Einklang mit der Konsumentenwohlfahrt stehen. In der Praxis wird das Vorliegen unangemessen tiefer Preise regelmässig verneint, wenn nicht deutlich dargetan werden kann, dass die geleisteten Entgelte insgesamt nicht kostendeckend sind.[1647]

eee) Regulierte Preise

401 Was den **Sonderfall der regulierten Preise** anlangt, zielt die Praxis der Wettbewerbsbehörden in aller Regel darauf ab, den marktmächtigen Anbieter daran zu hindern, seine Rente zu maximieren.[1648] Eine solche Situation entsteht in der Regel dann, wenn die Preisregulierung dem Marktbeherrscher einen gewissen Spielraum für die Preisfestlegung einräumt,[1649] sodass unangemessene Preise in der Realität

durchaus denkbar sind.[1650] Es ist kein Grund erkennbar, weshalb die Regeln von Art. 7 Abs. 2 lit. c (unter Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1) nicht im Einklang mit der Spruchpraxis, die für nicht-regulierte Märkte gilt, Anwendung finden sollten.

[Seite 1307] fff) Konzept der Preisunangemessenheit

Zusammenfassend haben die vorangehenden Ausführungen folgende *Voraussetzungen, Realien* und *constraints* der verschiedenen Tests zur Bestimmung der Unangemessenheit von Preisen zum Vorschein gebracht:[1651] Vorwegzunehmen ist die Frage nach dem Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 lit. c: Diese Bestimmung ist exklusiv auf *reine Ausbeutungssachverhalte* anwendbar. Weisen diese ein Verdrängungselement auf, müssen andere Missbrauchsformen geprüft werden, die alle – d.h. lit. a, b und d–f – die Einbeziehung von Ausbeutungselementen in die Analyse zulassen. Der Grund für diese Anwendungseinschränkung der Bestimmung liegt darin, dass die Tests (s. N 374) von lit. c sich für Behinderungs- und Marktverschliessungssachverhalte schlecht eignen (s. N 352). Nach dieser prinzipiellen Bemerkung, welcher die WEKO und das Sekretariat allerdings nicht nachkommen, ist jetzt auf die in der Spruchpraxis benutzten Tests einzugehen. Womöglich ist der wichtigste und als Erster hervorzuhebende Punkt, dass es aus Gründen der Theoriearchitektur der Industrieökonomik[1652] ein *allgemeines Kriterium* , womit sich eine preisliche Unangemessenheit feststellen lässt, nicht geben kann.[1653] Daher bedarf es für die Analyse von Fällen möglicher Preisunangemessenheit *multipler* Tests, um diese Erscheinung auf den Märkten zu identifizieren. Die Spruchpraxis anerkennt auch und zumal, dass diese Tests in gegenseitig *komplementärer* Manier, alsdann durch Indikatoren, die wegen des Testformats nicht berücksichtigt werden können, *ergänzt* und schliesslich auch *«vermengt»* angewendet werden dürfen (s. N 392). Aus industrieökonomischer Perspektive muss als *generelle Rahmenbedingung* von Märkten das Prinzip gelten, dass die Preise nach Massgabe der Privatautonomie auch über dem Selbstkostenpreis festgelegt werden dürfen.[1654] Denn in einer Marktwirtschaft sollte zur Aufrechterhaltung des *wettbewerblichen Anspornsystems* allemal die Möglichkeit gewährleistet sein, dass die Wirtschaftsteilnehmer das Entgelt für ihre Kapitalinvestitionen, ihre Kosten, die von ihnen geschöpften Innovationen, ihre unternehmerischen Risiken usw. grundsätzlich ohne gesetzliche Beschränkungen festlegen (s. N 371). Demgegenüber wird aber seit einiger Zeit das Prinzip, wonach die suprakompetitiven Erträge des Marktbeherrschers aus unangemessenen Preisen verhältnismässig rasch erodierten, weil diese *incentives* für Neueintritte in den beherrschten Markt schaffen, welche die Position des Marktbeherrschers gefährden, zwar nicht in Frage gestellt, aber doch unter verschiedenen Gesichtspunkten relativiert.[1655] Ebenfalls wächst die Anzahl von empirischen Anhaltspunkten, die darauf hinweisen, dass Art. 7 Abs. 2 lit. c höhere Wohlfahrtskosten generiert als dies die Wettbewerbstheorie in der zweiten Hälfte des 20. Jh. lange vermutet hat.[1656] In diesem Zusammenhang sollte zumal der Umstand, dass keine Wettbewerbspolitik fehlerfrei funktioniert (*false positives* und *false negatives*; zum Ganzen N 123), vermehrt Beachtung finden. Im Hinblick auf preisordnende Normen des Kartellrechts – wie Art. 7 Abs. 2 lit. c – ist allmählich die wettbewerbstheoretische Meinung vorherrschend,[1657] dass Entscheidungsfehler des Typs I ebenso häufig vorkommen wie die früher für wahrscheinlicher gehaltenen Fehler des Typs II. Angenommen wird deshalb, dass Wohlfahrtskosten, die aus einer fehlerhaften Intervention resultierten, länger andauerten und sich sozialkostentheoretisch gravierender auswirkten, als dies noch vor wenigen Jahren gemeinhin unterstellt [Seite 1308] wurde (s. N 123). Um allen diesen Tatsachen Rechnung zu tragen, schlägt eine wachsende Zahl von Autoren vor, die aktuelle Praxis sowohl in der Schweiz als auch in der Union zu überdenken, damit namentlich *false negatives* (s. N 138) künftig reduziert werden. Postuliert wird namentlich, dass die Interventionen der Wettbewerbsbehörden unter Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV bzw. Art. 7 Abs. 2 lit. c KG auf Märkte beschränkt werden, die *ausserordentlich hohe Eintrittsbarrieren* kennen.[1658] Damit einher geht der in N 352 behandelte (und kritisierte) Aufruf zu einer behördlichen «Zurückhaltung» der Anwendung von Art. 7

402

Abs. 2 lit. c. Genau genommen ist diese Frage keine solche, die das im vorliegenden Abschnitt abgehandelte Tatbestandsmerkmal «Unangemessenheit» betrifft (Merkmal III; s. N 389 ff.). Tatsächlich ist sie Gegenstand des Merkmals «Wettbewerbsbeeinträchtigung» (Merkmal IV; s. N 412). Richtiger Auffassung nach sollten indes die Wettbewerbsbehörden ihre *Praxis* in eine *andere Richtung* entwickeln: Das wirkliche Problem mit der hier fraglichen Bestimmung ist nicht, dass diese eine Preisregulierung in das Kartellgesetz eingeschleust hätte, wie dies (freilich zu Unrecht; s. N 352) nicht selten in der Doktrin behauptet wird. Industrieökonomisch ist es begründet, Ausbeutungsmissbräuche zu ahnden, da diese eine *direkte* Beeinträchtigung der Konsumentenwohlfahrt bewirken (s. N 87). Die Schwierigkeit besteht in Wirklichkeit in der Unvollkommenheit der preislichen Unangemessenheitstests. Eben deshalb sollte nur in **Fällen exorbitanter** (also **krasser) Unangemessenheit** interveniert werden, was einen dezidiert *pragmatischen* Umgang mit Art. 7 Abs. 2 lit. c voraussetzt (s. N 373 und 389).[1659]

cc) Unangemessene Geschäftsbedingungen

403 Die Praxis hat noch wenig Erfahrung mit der Tatbestandsvariante der Unangemessenheit von «sonstigen Geschäftsbedingungen». Aus empirischer Sicht scheinen sich einschlägige Sachverhalte sowohl in der Schweiz als auch in der Union *eher selten* zu ereignen. In Anbetracht der Tatsache, dass Konditionen für einen Handelspartner einen Geldwert (d.h. eine «Preiswürdigkeit») haben und sich – wenigstens in der Theorie – im *Preis* niederschlagen,[1660] könnte darüber nachgedacht werden, ob und ggf. inwiefern auf das über die Preisunangemessenheit Gesagte verwiesen werden kann.[1661] Geschäftsbedingungen wären, kurz gesagt, aus diesem Blickwinkel dann «unangemessen», wenn sie das marktbeherrschende Unternehmen *exzessiv* («exorbitant»; *«egregiously»* s. N 390) *begünstigten*, d.h. in Form eines *Marktwertes* ausgedrückt, «unangemessen» nach Massgabe der «Als-Ob»-, der Benchmark- oder der Kostenmethode einzustufen wären (s. N 393 ff.).[1662] In Lehre und Pra [Seite 1309] xis wird bisher allerdings – sieht man einmal von vereinzelten Versuchen mit der Vergleichsmarktmethode ab, wofür vor allem das Urteil des EuGH i.S. *DSD* steht (s. N 406) – kaum darüber reflektiert, ob das ein gangbarer Weg wäre, um die Frage nach der «Unangemessenheit» von Geschäftsbedingungen zu beantworten.

404 In der Spruchpraxis wurden verschiedene Ansätze ausprobiert. Die klassische Wettbewerbsbeschränkungsanalyse – d.h. die Analyse der Frage, ob die zu beurteilende Verhaltensweise Behinderungs- oder Marktverschliessungswirkungen zu Lasten von Unternehmen erzeugen, die auf dem beherrschten oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt tätig sind (Verdrängungsmissbrauchsanalyse; s. N 79 ff.) – ist in der (spärlichen) Praxis zu den unangemessenen Geschäftsbedingungen kaum benutzt worden.[1663] Ein solches Vorgehen ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen, da die Anlage von lit. c, wie in N 351 dargetan, eine ganz andere Ausrichtung hat als eine Verdrängungsverhaltensregel.[1664] Die Doktrin und die Judikatur in der **Schweiz** befürworten heute ein analytisches Vorgehen, welches die Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen hauptsächlich einer **Verhältnismässigkeitsprüfung** unterstellt. Dieses Vorgehen – das freilich noch keinen missbrauchsrechtlichen «Test» bzw. Missbrauchsstandard (s. N 110 ff.) im eigentlichen Sinne darstellt[1665] – ist nach dem traditionellen *dreistufigen* Schema des *verwaltungsrechtlichen Proportionalitätsgrundsatzes* strukturiert:[1666] (1) Geprüft wird zunächst die *Eignung* der fraglichen Geschäftsbedingungen, das vom marktbeherrschenden Unternehmen beabsichtigte Ziel zu erreichen; die Frage lautet hier konkret, ob die verwendeten Geschäftsbedingungen ein *taugliches* Mittel bilden, um den von diesem Unternehmen definierten *Vertragszweck* zu realisieren. (2) Sodann wird die *Erforderlichkeit* der Konditionen für die Funktionalität (das «gute» Funktionieren) des Vertrags zwischen Marktbeherrscher und Handelspartner untersucht; Thematik dieser Prüfungsstufe ist, ob aus einem objektivierten Blickwinkel für den Vertragspartner *mildere* Geschäftsbedingungen zur Verfügung

stehen. (3) Schliesslich muss die *Angemessenheit* der inkriminierten Konditionen unter Berücksichtigung der Interessen des Unternehmens in beherrschender Stellung einer- sowie der Interessen des Handelspartners andererseits analysiert werden; *in praxi* läuft dieser Schritt auf die Anwendung des Prinzips hinaus, dass die Interessen des beherrschenden Unternehmens umso deutlicher überwiegen müssen, je schwerwiegender in die Interessen des Handelspartners eingegriffen wird.[1667]

405 [Seite 1310] In der **Union** lässt sich die Rechtslage mit derjenigen der schweizerischen Spruchpraxis über weite Strecken vergleichen, auch wenn sie sich in vereinzelten Punkten, wie sogleich zu zeigen ist, auf leicht differenzierteren, ja womöglich etwas reflektierteren Gesichtspunkten abstützt. In chronologischer Skizzierung: Das erste einschlägige Urteil von Bedeutung, das der EuGH gefällt hat, erging im Fall *BRT /SABAM*[1668] und betraf die Frage, ob eine Urheberrechtsgesellschaft mit (Quasi-) Monopolstellung gegen Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV (die Entsprechung zu lit. c) verstösst, wenn sie in einer Klausel der Verträge mit ihren Mitgliedern von diesen verlangt, *sämtliche* Urheberrechte an deren Werken auf sie zu übertragen. Der Gerichtshof hielt sich in dieser Entscheidung noch an dasselbe, in N 404 skizzierte Analyseschema, auf welches auch das Bundesverwaltungsgericht abstellt. Man stösst hier also ebenfalls auf die traditionelle argumentative Trias der Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit i.e.S.:

> «Um diese Rechte und Interessen [sc. ihrer Mitglieder] *wirkungsvoll wahrnehmen* zu *können*, muß die Vereinigung über eine Stellung verfügen, die voraussetzt, daß die der Vereinigung angeschlossenen Urheber ihre Rechte an sie abtreten, *soweit* das *notwendig* ist, um ihrer Tätigkeit das *erforderliche Volumen* und *Gewicht* zu verleihen. Sonach ist zu prüfen, ob die umstrittenen Praktiken die *Grenzen* des zu diesem Zweck *Unentbehrlichen überschreiten*, wobei gleichzeitig dem *Interesse* Rechnung zu tragen ist, das der einzelne Urheber daran haben kann, seine *freie Verfügung* über sein Werk *nicht stärker als notwendig* eingeschränkt zu sehen».[1669]

Im Sinne dieser Erwägungen wurde grundsätzlich auch in den späteren Urteilen *Tetra Pak II* und *AAMS* entschieden, wobei in beiden Fällen das Kriterium, dass Geschäftsbedingungen in *vernünftigem* Ausmasse *erforderlich* sein müssen, um dem *Vertragszweck* zu *dienen*, eine deutliche Betonung erfuhr.[1670]

406 Die in dieser Urteilsreihe zuletzt bedeutsame und zugleich bisher interessanteste Entscheidung erging am 16.7.2009 im Fall *DSD*,[1671] wo der EuGH bestimmte gedankliche **Elemente der Kostenmethode** (s. N 395) in die bisher angewendete Verhältnismässigkeitsprüfung einfliessen liess. Der Sachverhalt betraf das zur Zeit des Urteils geltende deutsche Verpackungsabfallrecht, das die Hersteller und Vertreiber von verpackten [Seite 1311] Gütern verpflichtete, die gebrauchten Verpackungen unentgeltlich zurückzunehmen und einer Verwertung zuzuführen (sog. *«Selbstentsorgerlösung»*). Die Selbstentsorgerpflichten entfielen allerdings, wenn sich die Hersteller/Vertreiber an ein System anschlossen, das an ihrer Stelle flächendeckend Verpackungssammlung und -entsorgung übernahm (sog. *«Befreiungssystem»*). Die Beteiligung an einem solchen Befreiungssystem musste (u. a.) durch die Anbringung eines Kennzeichens auf die den Nachfragern und Verbrauchern angebotenen Verpackungen kenntlich gemacht werden. DSD war ein Unternehmen, das seit 1991 landesweit ein Befreiungssystem betrieb. Es vereinbarte vertraglich mit den an sein System angeschlossenen Herstellern/Vertreibern, dass diese gegen ein Lizenzentgelt das markengeschützte Zeichen «Der Grüne Punkt» auf ihre Verpackungen anbringen und das von DSD organisierte System der Sammlung, Sortierung und Verwertung von gebrauchten Verpackungen nutzen durften. Im Lichte von Art. 102 Abs. 1 lit. a AEUV bestand die Problematik des Falles darin, dass gewisse Hersteller/Vertreiber von verpackten Gütern, die an das DSD-Entsorgungssystem angeschlossen waren, aber für Teilmengen ihrer gebrauchten Verpackungen eine eigene Selbstentsorgungslösung verwendeten (sog. *«Teilmengenlösung»*), trotzdem das *ganze* Lizenzentgelt an DSD entrichten mussten. DSD verweigerte m.a.W. den Verpackungsherstellern/-vertreibern, die eine Teilmengenlösung praktizierten, den Betrag des Lizenzentgelts proportional zur

Anzahl der vermittels dieser Lösung entsorgten Verpackungen zu senken. Diese Unternehmen mussten DSD für die *Gesamtheit* ihrer gebrauchten Verpackungen – also unabhängig davon, ob diese Verpackungen über das System von DSD oder über die Teilmengenlösung entsorgt wurden – entlohnen.[1672] Der Gerichtshof erinnerte vorab daran, dass «[…] Art. 82 Abs. 2 Buchst. a EG [sc. Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV] [auch die] unmittelbare […] oder mittelbare […] Erzwingung von unangemessenen […] Geschäftsbedingungen [erfasst …]».[1673] *In casu* verzichtete er auf eine genaue Bestimmung des «wirtschaftlichen Wertes» der Dienstleistungen von DSD, was an sich – sozusagen «theoretisch» – notwendig gewesen wäre, um eine *unangemessene* Diskrepanz zwischen dem Wert der erbrachten Dienste und dem dafür bezahlten Preis nachzuweisen. Gerechtfertigt war dieser Verzicht in den Augen des Gerichtshofes anscheinend deshalb, weil der Sachverhalt im Hinblick auf dieses Beweisthema gleichsam als «selbsterklärlich» empfunden wurde.[1674] Der EuGH beschränkte sich in der Urteilsbegründung auf den Hinweis, dass eine derartige Diskrepanz dann besteht, wenn Handelspartner zur Entrichtung eines Entgelts für die *Gesamtmenge* der verbrauchten Verpackungen verpflichtet sind, obwohl sie das Entsorgungssystem von DSD *nur partiell* beanspruchen.[1675] Aufgrund dieser Erwägungen entschied der Gerichtshof, dass

> «[…] eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung [sc. i.S.v. Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV] vorliegt, wenn das Unternehmen, das diese beherrschende Stellung innehat, für seine Dienstleistungen einen Preis verlangt, der gemessen am wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung unbillig oder unverhältnismäßig ist».[1676]

[Seite 1312] Abschliessend drängen sich zum Fall *DSD* noch zwei erläuternde Bemerkungen auf:

407 (1) *Prima facie* könnte der Eindruck aufkommen, der EuGH habe im *DSD*-Urteil *kein* **«Unangemessenheits»-Mass** definiert und daher ohne hinreichenden Nachweis des Vorliegens *unangemessener Geschäftsbedingungen* auf einen Verstoss gegen Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV erkannt. In der Tat: Die im Urteil ausschliesslich erwähnte Tatsache, dass sich DSD geweigert hat, das Lizenzentgelt der Verpackungshersteller/-vertreiber, die an deren System angeschlossen waren und daneben gleichzeitig eine Teilmengenlösung praktizierten, zu reduzieren, offenbart nicht ausdrücklich den eigentlichen Gedankengang des EuGH, der die Unangemessenheitsfrage beantwortet. Was die Unangemessenheit der DSD-Konditionen in Wahrheit begründet, ist der Umstand, dass die angeschlossenen Handelspartner mit Teilmengenlösung *de facto* die Sammlung und Verwertung von jenen verbrauchten Verpackungen, die über die Teilmengenlösung prozessiert werden, *doppelt* bezahlen:[1677] Einmal, indem sie DSD die unreduzierte Lizenzgebühr leisten, und nochmals, da sie ihre Teilmengenlösung finanzieren. Es ist diese *Verdoppelung* der Entsorgungskosten, die der EuGH als *unangemessen* eingestuft hat. Da eine solche zweifellos exzessiv ist, verdient das *DSD*-Urteil in diesem Punkt *Zustimmung*.

408 (2) Im Verfahren vor der Kommission hatte DSD argumentiert, dass die Marke «Der Grüne Punkt» (DGP) in ihrer Funktion als **«Kommunikationskanal»**[1678] zwischen Unternehmen und Verbraucher beeinträchtigt würde, wenn die Verwendung von alternativen Sammlungs- und Verwertungssystemen unter dem Kennzeichnen «DGP» zugelassen würde. Die Pflicht der Systemmitglieder von DSD, ein Lizenzentgelt für die *Gesamtheit* ihrer verbrauchten Verpackungen – ungeachtet allfälliger von ihnen benutzter Teilmengenlösungen – zu leisten, schaffe die erforderlichen *incentives*, das DSD-System vollumfänglich zu verwenden, sodass die Marke DGP nicht verwässert würde.[1679] Die Kommission lehnte diese Verteidigungslinie ab. Sie argumentierte, dass die hauptsächliche Funktion dieser Marke darin bestehe, dem Konsumenten zu signalisieren, dass die an das DSD-System angeschlossenen Hersteller/Vertreiber die *Option* haben, dieses System zu nutzen. Von Relevanz im vorliegenden Kontext ist die Ansicht der Kommission – die vor dem EuGH nicht verhandelt wurde – zumal deshalb, weil sie die in N 381 ff. vorgetragenen Überlegungen zum Merkmal der *«Erzwingung»* (Merkmal II; s. N 377 ff.) als konstitutives Element des Tatbestandes

von Art. 7 Abs. 2 lit. c *indirekt* bestätigt: Dargetan wurde, dass dieses Merkmal im Rahmen dieser Bestimmung die Funktion hat, das Kartellrecht von lauterkeitsrechtlichen Preisordnungsvorschriften für den Fall abzugrenzen, wo sich beide Rechtsbereiche in einem Verhältnis der wirtschaftsrechtlich-funktionalen «Kollision» (s. N 383) befinden. Da Markenrecht ebenso *Recht des Marktes* wie das Lauterkeitsrecht ist, bedarf es ebenfalls einer Kollisionsregel, wenn es mit lit. c in Widerspruch steht. Das geschilderte Argument der Kommission, um die *defense* von DSD zu widerlegen, stellt eine solche Regel dar, das *in casu* den Vorrang von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV begründet.

409 Für die Eruierung der Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen gehen einzelne Autoren noch einen Schritt weiter als das *DSD*-Urteil und befürworten die Verwendung eines **Analogons zum Vergleichsmarktkonzept**. Dieses Analogon soll dergestalt konstruiert werden, dass als «Vergleichsbasis» das *dispositive Vertragsrecht* des Besonderen Teils des Obligationenrechts beigezogen wird. Die Überlegung geht dahin, dass dieses Recht das Ideal einer vertragsgerechten Verteilung von Rechten und Pflichten zwischen [Seite 1313] den Vertragsparteien widerspiegelt.[1680] Diese Lehrmeinung ist insofern problematisch, als sie einen Gleichlauf der Teleologie dispositiven Vertragsrechts und derjenigen von Art. 7 Abs. 2 lit. c unterstellt. Ein solcher Gleichlauf besteht allerdings nicht. Denn es ist keineswegs die Funktion des dispositiven Rechts, ein Ideal der kontraktuellen Äquivalenz eines bestimmten Vertragstypus anzugeben, sondern einzig und allein, den Parteien die Transaktionskosten von Verhandlungen über unwesentliche Vertragspunkte zu ersparen, indem ihnen denkbare (nicht: ideal ausgewogene) Lösungsmuster im Gesetz angeboten werden.[1681] Im Übrigen würde sich hier der altbekannte Problemkreis der diffusen Trennlinie zwischen einer vertraglichen Regelung, die vom Ausgewogenheitsgehalt des dispositiven Rechts noch gedeckt ist, und einer solchen, die im Lichte eben dieses Rechts nicht mehr akzeptabel erscheint, eröffnen (s. N 409). Wie dieser Problemkreis im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c bewältigt werden kann, ist nicht ersichtlich. Ferner ist diese Lehrmeinung oft nicht praktikabel, weil es in der modernen Wirtschaft eine grosse Zahl von Innominatverträgen gibt, die im Gesetz nicht erwähnt bzw. geordnet sind und daher keine direkt anwendbaren dispositiven Vertragsregeln kennen. Schliesslich ist es durchaus vorstellbar, dass eine Vertragsklausel unangemessen vom Gesetzesrecht abweicht, zugleich aber von einer anderen Vertragsklausel desselben Vertragswerks kompensiert wird. *Summa summarum*: Ein kohärenter *Test* zur Einschätzung der Angemessenheit von Geschäftsbedingungen steht gegenwärtig noch aus (sieht man von der unzureichenden Verhältnismässigkeitsprüfung ab; s. N 404). Der Ansatz ist abzulehnen.

410 Vor diesem Hintergrund kann allein eine *Kasuistik* einen gewissen Anleitungswert haben.[1682] Lehre und Praxis haben folgende **Geschäftsbedingungen als unangemessen** beurteilt:[1683] (1) Das von kollektiv marktbeherrschenden Kreditkartenunternehmen verhängte Verbot, den Preis je nach Zahlungsmodalitäten festzulegen, weil es substantiell die Freiheit der Händler, ihren Preis selbst festzusetzen, beschnitt.[1684] (2) Die von einer marktbeherrschenden Billettverkaufsstelle den Veranstaltern oktroyierte Verpflichtung, exklusiv mit ihr zu kontrahieren, ohne dafür eine Gegenleistung anzubieten.[1685] (3) Das marktbeherrschende Unternehmen, das eine Vertragsklausel erzwingt, die einem Konkurrenzverbot auf den vorgelagerten Vergabemärkten für TV-Rechte gleichkommt, sodass den Vertragspartnern als potenziellen zukünftigen Konkurrenten der Markteintritt zum Sport-Content-Angebot untersagt wird, bewirkt eine Abschottung dieser Marktstufen.[1686] (4) Die in einem Kaufvertrag vorgefundene Verpflichtung, dass der Weiterverkauf eines Gutes nur mit Zustimmung des Lieferanten zulässig sein soll;[1687] oder die Verpflichtung der Mieter eines Gutes, bei Mietantritt eine derart hohe Mietanzahlung zu leisten, dass der Mietvertrag – der darüber hinaus noch die Untermiete verbietet – für den Abnehmer vom Finanzaufwand her einem Kaufvertrag gleichkommt, ohne dass die vollen

Eigentumsrechte erworben würden.[1688] (5) Die Verpflichtung eines Handelspartners, Bilanzen oder Erfolgsrechnungen beizubringen, ohne dass Investitionen geplant wären, die eine [Seite 1314] solche Verpflichtung rechtfertigen würden; ferner auch die Verpflichtung, Auskünfte über Preise, Umsätze oder Geschäfte mit anderen Konkurrenten machen zu müssen.[1689] (6) Die Auferlegung einer übermässig langen Vertragsdauer, die die physische oder technologische Lebensdauer des gemieteten Objektes überschreitet, oder die den Geschäftspartner übermässig bindet, weil dieser daran gehindert wird, andere Geschäftsgelegenheiten auf dem Markt wahrzunehmen.[1690] (7) Die Gewährleistungsverweigerung für eigene Geräte, wenn diese mit Produkten oder Dienstleistungen verwendet werden, die nicht aus eigener Herstellung stammen, es sei denn, diese Verweigerung sei aus technischer Sicht gerechtfertigt (dieses Verhalten stellt bei Lichte besehen gleichzeitig ein indirektes Koppelungsgeschäft dar: s. N 738)[1691] oder jene «fremden» Produkte oder Dienstleistungen seien defekt.[1692] (8) Die Verpflichtung, die für das Funktionieren einer Software nötigen Daten im Rahmen eines Kompatibilitätstests dem Testdurchführer bekannt zu geben, der selber Konkurrenzsoftware produziert und somit Informationen über Know-how oder gar Einsicht in Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen erhält, die sowohl Geschäftspartner als auch Konkurrenten sind.[1693]

Demgegenüber wurden die folgenden **Geschäftsbedingungen nicht** als **unangemessen** qualifiziert: (1) Die von der Post verfolgte Strategie betreffend Homologation von Frankiermaschinen war nicht unangemessen, weil alle Maschinen, die vordefinierten objektiven Kriterien genügten, zugelassen werden konnten.[1694] (2) Die Homologationsbedingungen der FIFA für Fussbälle waren nicht unangemessen, weil sie auf Erfordernissen der Qualität und Technik beruhten und deshalb objektiv waren.[1695] (3) Die Verpflichtung von Spitälern, den Krankenkassen detaillierte Abrechnungen und Zahlen zur Verfügung zu stellen, führte zwar zu höheren administrativen Kosten für die Spitäler. Sie war allerdings dadurch gerechtfertigt, dass die Spitäler keine genügenden Angaben gemacht hatten, die einen zuverlässigen Kostenvergleich ermöglicht hätten.[1696] (4) Die Festlegung von Standards für die Anerkennung von Fachfirmen sowie von Richtlinien für technische Anlagen, welche geeignet und erforderlich waren und in einem vernünftigen Verhältnis standen, um die Qualitätssicherung von den Firmen und den Anlagen zu gewährleisten.[1697] **411**

e) Merkmal IV: Wettbewerbsversagen

Im Schrifttum ist zu Recht bemerkt worden, dass den Praktiken, die unter lit. c fallen, **kein verdrängender und insofern kein wettbewerbsbeschränkender Charakter** aneignet. Insofern heben sie sich von den anderen Fallgruppen des Katalogs von Art. 7 Abs. 2 ab: **412**

> [Seite 1315] «Il ne s'agit pas à proprement parler d'une pratique anticoncurrentielle, c'est-à-dire d'une pratique visant à éliminer la concurrence, mais d'une pratique rendue possible par *l'absence de concurrence* et consistant à exploiter les opérateurs situés soit en aval, soit en amont».[1698]

Art. 7 Abs. 2 lit. c gründet somit auf der Annahme eines Marktversagens. Kartellrecht hat in einem solchen Kontext *keine Funktion*, weil alsdann schlechthin kein Wettbewerb spielt, der noch geschützt werden könnte. Insofern erübrigen sich weitere Ausführungen an vorliegender Stelle. Es kann mit der Feststellung sein Bewenden haben, dass es den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten unter dem hier fraglichen Heading nur (aber stets) obliegt, die (quasi-)monopolistische Beherrschung des relevanten Marktes zu prüfen.

f) Merkmal V: Kausalität

Vgl. N 152 ff. **413**

g) Merkmal VI: Legitimate business reasons

Im Rahmen von Art. 7 Abs. 2 lit. c sind die möglichen Rechtfertigungsgründe eng mit dem Begriff der «Unangemessenheit» verknüpft und werden somit vorwiegend im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung (s. N 178 ff.) berücksichtigt.[1699] Gerechtfertigt sind Preise und Geschäftsbedingungen eines Marktbeherrschers, wenn sie «angemessen» im Sinne der geschilderten Kriterien (s. N 402) sind. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die praktischen Erfahrungen mit solchen *legitimate business reasons* immer noch gering sind.[1700] **414**

h) Exkurs: Qualifizierte Unangemessenheit?

Die Materialien,[1701] gewisse Entscheide[1702] und ein Teil der Lehre[1703] nehmen eine qualifizierte Unangemessenheit an, wenn das inkriminierte Verhalten die Interessen von **Konkurrenten** schädigt, die so Gefahr laufen, an Wettbewerbsfähigkeit einzubüssen. Richtiger Auffassung nach stellt der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. c indes *ausschliesslich auf ausbeuterisches Verhalten* ab (s. N 351 und 352). Allfällige Verdrängungswirkungen einer Verhaltensweise im Sinne dieser Bestimmung dürfen für die Frage, ob Preise oder Geschäftsbedingungen als unangemessen zu qualifizieren sind, keine Rolle spielen. Wohlgemerkt ist nicht ausgeschlossen, dass eine unzulässige Verhaltensweise i.S.v. lit. c [Seite 1316] (z.B. eine Alleinbezugsklausel) Behinderungswirkungen zeitigen kann;[1704] diese müssen allerdings unter dem Banner eines anderen Missbrauchstatbestandes, wie etwa der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e; s. N 624 ff.), Berücksichtigung finden. **415**

7. Rechtsfolgen

Effiziente Rechtsbehelfe *(remedies)* im Falle der Verletzung von Art. 7 Abs. 2 lit. c vorzusehen, ist ein komplexes Unterfangen.[1705] Die allgemeine Problematik von ***behavioural remedies*** wird in N 263 behandelt. Wenn sich die Preise oder die Geschäftsbedingungen als unangemessen herausstellen, muss die zuständige Behörde deren Unzulässigkeit festhalten und sie untersagen, sofern das marktbeherrschende Unternehmen sein missbräuchliches Verhalten fortführt oder fortzuführen gewillt zu sein scheint. Das behördliche Verbot muss es freilich unterlassen, die betriebsinterne Kostenrechnung des beherrschenden Unternehmens zu tangieren.[1706] Eine weitere Möglichkeit bestünde in der Verfügung **struktureller Massnahmen**. Denkbar wäre die Anordnung, Aktiven zu veräussern oder die Unternehmensstruktur zu verändern, um bestehende Eintrittsbarrieren abzubauen. Freilich müsste in diesem Fall eine Kausalität zwischen der Unangemessenheit von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen und den Marktzutrittsschranken bestehen. Der Zwang zur Veräusserung von Aktiven ist demgegenüber heikel, weil deren Bezug zum Problem der unangemessenen Preise bzw. Bedingungen nicht einfach herzustellen ist.[1707] **416**

V. Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG)

1. Allgemeines

Tiefe Preise – d.h. Preise, die so nahe wie möglich an die Marginalkosten der Produktion herankommen[1708] – sind *grundsätzlich* der Konsumentenwohlfahrt förderlich (s. N 1400).[1709] Auf beherrschten Märkten erlangen sie eine besondere Bedeutung: **417**

> «[S]ince the existence of market power gives rise to the possibility that a dominant firm will seek to increase prices above the level that a competitive market would bring about[, i]t is […] desirable that […] dominant firms […] are strongly encouraged to offer lower prices».[1710]

Niedrige Preise stellen denn auch meist ein *Indiz* für den Umstand dar, dass trotz Präsenz eines beherrschenden Unternehmens auf dem Markt wirksamer Wettbewerb immer noch zu spielen vermag (wenn auch vielleicht, je nach den konkreten Verhältnissen, lediglich

noch – oder präziser: *vorübergehend*, d.h. bis zur Erosion der vorhandenen marktbeherrschenden Stellung – in abgeschwächtem Ausmass).[1711] *Prima facie* stellt demnach die Vornahme von **Preissenkungen** durch ein Unternehmen mit qualifizierter Marktmacht [Seite 1317] keinen Missbrauch i.S.v. Art. 7 dar.[1712] Operieren derartige Unternehmen effizienter als ihre Konkurrenten, bleibt es ihnen unbenommen, Konsumenten mittels Senkung ihrer Preise an ihrer allokativen, produktiven oder dynamischen Effizienz (s. N 115) teilhaben zu lassen und dadurch weniger effiziente Unternehmen zu marginalisieren oder zu verdrängen.[1713] Die Anwendung kartellrechtlicher Bestimmungen darf nicht dahingehend zweckentfremdet werden, dass weniger effiziente Wettbewerber vor effizienteren – und seien diese auch marktbeherrschend – geschützt werden (s. N 84).[1714] So hat der EuGH [Seite 1318] in seinem Urteil *Post Danmark I* – dies in einem sachlichen Kontext, welcher der Thematik von lit. d entspricht – richtig unterstrichen:

> «Art. 82 EG [sc. Art. 102 AEUV] hat […] keineswegs zum Ziel, es zu verhindern, dass ein Unternehmen auf einem Markt aus eigener Kraft eine beherrschende Stellung einnimmt (vgl. u. a. Urteil TeliaSonera Sverige, Randnr. 24). *Ebenso wenig soll diese Vorschrift gewährleisten, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient als das Unternehmen in beherrschender Stellung sind, weiterhin auf dem Markt halten*».[1715]

Denn es ist geradezu die Funktion wirksamer Wettbewerbsprozesse – nach einem Muster, das eine ausgeprägte Ähnlichkeit mit dem darwinistischen Evolutionsmodell aufweist[1716] – Effizienz zu selektieren sowie nach Möglichkeit im Wettbewerb zu stabilisieren (zu «retinieren») und Ineffizienz auszumerzen (s. N 84).[1717]

418 Nun kennen die soeben gestreiften industrieökonomischen Zusammenhänge Ausnahmen. Denn: Nicht jede Form von Tiefpreiswettbewerb ist gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. d legitim.[1718] Der Wortlaut dieser Bestimmung untersagt marktbeherrschenden Unternehmen Strategien der **Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen**.[1719] O'DONOGHUE/PADILLA bringen die *Vorstellungen*, die hinter lit. d stehen, sinnbildlich auf den Punkt:

> «Predation […] involves reduced short-term profits, or even losses, that exclude actual or potential rivals, followed by higher prices in the medium- to long-term as a result of the additional market power that rivals' exit confers. The challenge faced by a court or competition authority in predatory pricing cases is therefore to identify those limited situations in which *the very conduct that competition law is intended to encourage – low prices – operates to consumer detriment*».[1720]

Derartige Ausnahmefälle von erwünschtem Tiefpreiswettbewerb ereignen sich also – gemäss diesen Vorstellungen – nur, sofern Unternehmen mit qualifizierter Marktmacht spezifische Verhaltensmuster im Kontext partikulärer Marktverhältnisse praktizieren, was in [Seite 1319] N 419 ff. detailliert erläutert wird.[1721] Ähnlich gelagert ist die Problematik von zwei weiteren Missbrauchsvarianten, die auf Tiefpreisstrategien gründen: die **Kosten-Preis-Schere** (s. N 517 ff.) sowie die **Rabatteinräumung** (s. N 560 ff.). Auch diese Verhaltensweisen sollen unter die Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. d eingeordnet werden. Der Grund für diese Einordnung besteht darin, dass der *Missbrauchsstandard* (s. N 147 ff.) dieser Fallgruppe geeignet ist, auch diese zwei Verhaltenstypen adäquat zu beurteilen.[1722]

2. Preisunterbietung (predatory pricing)

a) Allgemeines

419 Die Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. d setzt sich gemäss Wortlaut aus Verhaltensweisen zusammen, denen das Moment einer «gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete[n] Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen» gemein ist. Damit wird ein Verhalten anvisiert, das sich durch Verdrängungswirkungen *qua* Verfolgung einer an sich atypischen und sehr spezifisch ausgestalteten Preissetzungsstrategie auszeichnet.[1723] [Seite 1320] Eine allgemein konsentierte Definition des *predatory pricing* gibt es bis heute nicht.[1724]

Eine gewisse (freilich keineswegs einmütige) Anerkennung geniesst der Vorschlag von BORK, Prädation sei als

> «a firm's deliberate aggression against one or more rivals through the employment of business practices that would not be considered profit maximizing except for the expectation either that (1) rivals will be driven from the market, leaving the predator with a market share sufficient to command monopoly profits, or (2) rivals will be chastened sufficiently to abandon competitive behavior the predator finds inconvenient or threatening»,

zu begreifen.[1725] Die Unsicherheiten des Unterbietungsbegriffs haben wohl aber nicht viel mit klassischen wissenschaftlichen Kontroversen zu tun, bei denen in der Regel ein gewisser Konsens über den Dissens des debattierten Themas herrscht. Ursächlich für das Fehlen eines konsentierten Prädationsbegriffs ist der Umstand, dass Niedrigpreisstrategien trotz Vorhandensein eines bibliothekenfüllenden Schrifttums immer noch ein schlecht verstandenes industrieökonomisches Phänomen bilden. Zumal aus *empirischem* Blickwinkel besteht eine erhebliche Ungewissheit darüber, wie oft aus statistischem Blickwinkel – «wenn überhaupt», ist hinzuzufügen, sollen auch extrem skeptische industrieökonomische Ansichten (s. N 436 ff.) miterfasst werden – Marktbeherrscher auf dieses Verhaltensmuster Rückgriff nehmen. Wie MCGEE bemerkt hat, hängt besagtes Fehlen einer akzeptierten definitorischen Erfassung der Preisunterbietung vermutlich gerade mit dieser Ungewissheit zusammen:

> «The rarity of a phenomenon is often sensitive to how we define it. One place to start is to nominate as predatory something that would not be done *except* as an investment in greater future monopoly».[1726]

Dennoch deuten gegenwärtig nicht wenige Indizien darauf hin, dass Prädation eine auf beherrschten Märkten eher *selten* anzutreffende Missbrauchsform ist (s. N 448). Einmütigkeit herrscht freilich darüber, dass der Text von lit. d – und selbst wenn man das Fehlen eines akzeptierten Begriffes der Kampfpreisstrategie mitbedenkt –, *unfertig*, also lückenhaft ist. Denn unter «Unterbietung» im Sinne dieser Vorschrift begreifen Lehre und Praxis aus naheliegenden Gründen oft eine *zweiphasige Strategie* – die im Gesetzeswortlaut nicht einmal angedeutet wird –, da Verluste in einer ersten Runde bewusst hinzunehmen, nur rational erscheint, sofern in einer zweiten Phase mit kostendeckenden Erträgen zu rechnen ist.[1727]. Diese Strategie soll meist – freilich nicht immer, da sich nach Meinung mancher Autoren das Varianzspektrum des *predatory pricing* ausserordentlich breit ausnimmt (s. N 420) – folgende *Grundstruktur* aufweisen:[1728] (1) Als *Erstes* unterbietet der Marktbeherrscher mithilfe von *«Kampfpreisen»*, also *qua* Erbringung eines finanziellen **«Opfers»** *(«sacrifice»)*, Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen eines oder mehrerer Konkurrenten (oder des Marktpreises generell[1729]), um diesen bzw. diese zu beseitigen, [Seite 1321] zu marginalisieren oder vom Markt fernzuhalten (sog. *Prädationsphase* oder *«predatory period»*).[1730] (2) Der Marktbeherrscher muss dabei im Zeitpunkt der Vornahme seiner Unterbietungsstrategie die **objektive**, zumal im Lichte der Umstände, die auf dem Markt vorherrschen, gerechtfertigte (d.h.: nicht ungefähre, lediglich *subjektiv eingebildete*) **Erwartung** hegen, dass er, sobald das oder die ihm unerwünschte(n) Unternehmen verdrängt worden ist bzw. sind, die **Preise anheben** kann, um die (gegebenenfalls[1731]) entstandenen strategiebedingten **finanziellen Opfer** (sog. *Kompensationsphase* oder *«recoupment period»*) wettzumachen.[1732] Was aus diesen Ausführungen hervorgeht, ist, dass «[t]he *two usual ingredients* of predation [… are] early *sacrifice of profits* followed by later *recoupment* […]».[1733]

[Seite 1322] Nach dieser vorerst noch grobschlächtigen Kennzeichnung des *predatory pricing* gilt es jetzt eine **empirische Gegebenheit** ins Zentrum der Diskussion zu rücken, welche WURMNEST mit den Worten charakterisiert hat: «Die *Strategien*, mit denen der Predator versucht, eine Schwächung der angebotsseitigen Marktstruktur zu erreichen, können *je nach Art des Marktumfelds große Unterschiede* aufweisen».[1734] Damit bringt dieser Autor die *genuine* Problematik auf den Punkt, welche die hier fragliche Missbrauchsfallgruppe auszeichnet: Weil die in der Wirtschaft ablaufenden Marktprozesse und die sich aus diesen sedimentierenden Marktstrukturen, die Wettbewerbsformen, die Informationsverzerrungen und -asymmetrien, allfällige

420

disruptive Innovationen, variierenden Betriebskostenmodelle usw. derart mannigfaltig sind, können (theoretisch) marktbeherrschende Unternehmen auf den konkreten Marktkontext zugeschnittene, verschiedenartig ausfallende Unterbietungsstrategien entwickeln. Die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden und der Gerichte scheinen denn auch die Diversität der bislang, freilich – zumindest in den drei letzten Jahrzehnten – eher selten bekannt gewordenen Kampfpreisstrategiemuster zu widerspiegeln. Diese Variabilität schlägt sich naturgemäss in der Literatur über *predatory pricing* nieder, die sich durch eine ungewöhnliche **Theorienvielfalt** auszeichnet (s. N 7 f., 31 ff., 441 ff.). Die moderne Industrieökonomik nimmt an, dass die vielen bis *dato* erforschten Preisunterbietungstypen nicht ausnahmslos konsumentenwohlfahrtsschädlich und dementsprechend *nicht stets* wettbewerbswidrig sind.[1735] Allerdings fehlt es an einem Konsens über die geeignete Methodik, um diese Strategien wohlfahrtstheoretisch bzw. kartellrechtlich zu untersuchen. Im Lichte dieses Umstands ist nachvollziehbar, dass der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. d den Rechtsanwender mit anspruchsvollen *Missbrauchsidentifizierungs-* und *-analysefragen* konfrontiert. Mit diesen Fragen setzen wir uns in N 450 ff. ausführlich auseinander.[1736]

421 Die Preisunterbietung gemäss lit. d stellt in ihrer vorherrschenden Konstruktion typologisch einen **Verdrängungsmissbrauch** (s. N 79 ff.) dar,[1737] der in aller Regel mittels *horizontaler* (in seltenen Fällen *vertikaler*; s. N 83) *Marktverschliessung* erfolgt. Aus naheliegenden Gründen nimmt diese Verhaltensweise niemals die Form eines Behinderungsmissbrauchs (s. N 80) an.[1738] Eine Kampfpreisstrategie beeinträchtigt die Konsumentenwohlfahrt – und zwar, wie es jedem Verdrängungsmissbrauch entspricht, in indirekter Weise (s. N 84) – nur, wenn sie einen *«ebenso effizienten Wettbewerber»* (s. N 476 ff.) vom relevanten Markt eliminiert, darauf marginalisiert oder einen potentiellen AEC von einem Markteintritt abhält[1739] (dies zumindest im industrieökonomischen Standardfall des *predatory pricing*, wo kein Quasimonopol bzw. keine *superdominance* vorliegt;[1740] s. N 35, 39, 248; ferner auch N 412; zur Rechtslage in der Union s. N 405). Be **[Seite 1323]** trachtet man nun diese Struktur und Effekte der Preisunterbietung, so reiht sich diese an sich in die Verdrängungsmissbrauchstypen ein, die von Art. 7 Abs. 2 lit. e erfasst werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, aus welchen Überlegungen der Gesetzgeber – in Abweichung von den europäischen Wettbewerbsregeln – die Prädation nicht einfach als *Unterfall* von lit. e (das Pendant zu Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV) behandelt hat, die als Fallgruppenregel, wie in N 625 erläutert, die Grundnorm des Verdrängungsmissbrauchs bildet. In den Materialien ist darüber nichts zu finden. Weiterführende Einsichten vermögen auch die schweizerische Lehre und Praxis nicht anzubieten. Immerhin kann man beobachten, dass sich die *Struktur* der Preisunterbietung i.S.v. lit. d im Vergleich zum typischen *einphasigen* Verdrängungsverhalten durch eine Art *«Effektenspaltung»* auszeichnet: (1) Während in der Prädationsphase mithilfe eines *«Opfers» («sacrifice»)* eine wettbewerbswidrige *horizontal foreclosure* erzeugt wird, die *verdrängende* Wirkungen entfaltet, (2) fehlen solche Wirkungen in der Kompensationsphase, die manchmal einen *Ausbeutung*seffekt zeitigen kann (s. N 87 ff.).[1741] Das «strukturelle Format» dieser Verhaltensweise hat zur Folge, dass diese die Konsumentenwohlfahrt nach einem wettbewerbstheoretisch *eigentümlichen* Muster beeinträchtigt.[1742] Es ist eine offene Frage, ob sich dieses Muster von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten mit den «Standards und Tests» von lit. e angemessen erfassen und beurteilen lässt (s. N 652 ff.).[1743] Feststeht immerhin, dass die von der europäischen Regelung der Missbrauchsaufsicht abweichende schweizerische Lösung besagte Eigentümlichkeit des *predatory pricing* explizit in Rechnung stellt, was zumindest gewährleistet, dass gewisse im Unionsrecht anzutreffende dogmatische Kontroversen, die bestimmte Elemente des hier fraglichen Tatbestands betreffen,[1744] vermieden werden.[1745] Um in diesem ganzen Fragenkomplex den Grund für die Möglichkeit einer kohärenten Analyse zu legen, muss die erwähnte strukturelle

«Spaltung» des Unterbietungsmusters aus *wohlfahrtstheoretischer* Sicht näher ins Auge gefasst werden. Dafür bedarf es vorab des Rückgriffs auf ein paar rechtstheoretische Überlegungen:

422 Das Recht des *predatory pricing* zeichnet sich, gesamthaft betrachtet, durch einen «inneren» Widerspruch aus, den man als **«wohlfahrtstheoretische Doppelbindung»** *(«welfare double-bind»)* begreifen kann.[1746] Eine Situation der Doppelbindung besteht immer dann, wenn sich ein «Ding» (eine Situation, ein Phänomen, ein Faktum oder ein Sachverhalt, ein Tatbestand usw.) aus zwei Elementen zusammensetzt, die einander *widersprechen* und sich *gegenseitig ausschliessen*.[1747] Der Widerspruch zwischen den beiden Elementen eines *double-bind* ist also ein *qualifizierter*: Das eine Element nimmt sich als das *Gegenteil* des anderen aus (sog. *«extrema»*).[1748] Aus diesem Grund stellt der Tatbestand [Seite 1324] der Preisunterbietung gemäss lit. d für den Rechtsanwender, namentlich für die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte, aus *analytischer* Warte gewissermassen ein *insolubilium* (im Sinne der scholastischen Klassik) dar. Niedrigpreise sind Sachverhalte, deren Analyse – zumindest in der schwachen Definition der *insolubilia* – zu *Trugschlüssen* oder *Ratlosigkeit* («Perplexität») zu führen neigt.[1749] Diese besondere Anlage des *predatory pricing* und seiner Regelung in lit. d (wobei das Nachstehende auch für die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Kampfpreise zutrifft; s. N 475 ff.) hat **zwei problematische Konsequenzen**: (1) Um die *erste* dieser Konsequenzen zu erläutern, ist von einer rein formallogischen Tatsache auszugehen: Wohlfahrtstheoretisch (a) *steigert* die Prädationsphase die Konsumentenrente (s. N 115),[1750] (b) währenddem die Kompensationsphase just Gegenteiliges bewirkt, also die Konsumentenrente *reduziert* (wobei kontrovers ist, unter welchen Voraussetzungen diese Reduktion eintritt; s. N 475 ff.).[1751] Diese Struktur des *predatory pricing* führt analytisch in aller Regel in ein Dilemma hinein: Sinnvollerweise sollte kartellrechtlich während der ersten Phase interveniert werden, wo die Diagnose eines lit. d verletzenden Verhaltens freilich noch mit erheblichen Unsicherheiten behaftet ist (s. N 419); wird indes ein Preisunterbietungssachverhalt erst in der *recoupment period* aufgegriffen, hat der Prozess der Schädigung des Wettbewerbs angefangen und die Konsumentenrente abzunehmen begonnen (s. N 475 ff.).[1752] Dementsprechend müsste im Zeitpunkt des vom Marktbeherrscher vorgenommenen *sacrifice* ein Test zur Verfügung stehen, der folgende Differenzierung zu treffen erlaubte:

> «[O]ne would like to distinguish unlawful predation from lawfull price-cutting when the predatory episode is still occurring, before the prey might be obliged to exit the market. However, even *ex post*, the identification of predatory pricing is not easy: observing that the incumbent increases its prices after exit is not sufficient to prove predation because […] any model of competition would tell us that prices will increase when the number of competitors is reduced, all else equal».[1753]

Ersichtlich käme bei der Anwendung von lit. d alles darauf an, dass die Möglichkeit bestünde, einen **zuverlässigen Kompensationsaussichts-Test** zu designen, damit die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte eine verantwortete Missbrauchskontrolle der Preisunterbietung praktizieren könnten (s. N 492 ff.).[1754] Analytisch kulminiert just in dieser Frage besagte Situation der «wohlfahrtstheoretischen Doppelbindung». Ob die zurzeit existierenden industrieökonomischen Instrumente, die in der wettbewerbsrechtlichen [Seite 1325] Praxis für die Untersuchung einer inkriminierten Unterbietungsstrategie verwendet werden, diese Situation zu bewältigen vermögen, ist alles andere als klar und folglich umstritten, wird aber sowohl von Industrieökonomen als auch von Kartellrechtlern mehrheitlich bezweifelt. Diese Frage wird in N 441 ff. näher behandelt. (2) Aus diesen Schwierigkeiten, *predatory pricing* ökonomisch und juristisch adäquat nachzuvollziehen, erwächst die zweite problematische Konsequenz von Art. 7 Abs. 2 lit. d. Die unbewältigten Herausforderungen, mit denen diese Bestimmung die Praxis konfrontiert, wirken nach der Ansicht verschiedener Industrieökonomen auf die Unternehmen in dem Sinne abschreckend, dass diese zuweilen auf einen harten Preiswettbewerb *«on the merits»* aus der Furcht heraus verzichten, unter das Verbot von lit. d zu fallen. CRANE hat diese Erscheinung mit dem Schlagwort des «Paradoxes der Preisunterbietung» charakterisiert:

> «The paradox of predatory pricing law is that even an analytically perfect specification of the line between predatory and innocent price cuts would result in deviations from optimal pricing because the very recognition of a predatory pricing offense will induce some firms to forgo innocent price cuts».[1755]

Ersichtlich gehört die Fallgruppe von lit. d zu den schwierigsten Fragen, die das Kartellrecht aufwirft.

Deshalb ist als generelles *caveat* für die Handhabung von Art. 7 Abs. 2 lit. d ins Bewusstsein zu rufen, dass das **Wissen** über den in dieser Bestimmung vorgesehenen Tatbestand, trotz intensiver industrieökonomischer Forschung, bis heute erstaunlich **dünn** geblieben ist, was die Praxis bei der Anwendung dieser Norm dazu auffordern sollte, besondere analytische Vorsicht walten zu lassen. Noch im Jahre 2018 schreiben FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO: **423**

> «[…] Chicago scholars argued that predation is not a profitable and rational strategy for a dominant firm, and therefore that we should not expect predatory episodes to occur at all. This view was – and *probably still is* – quite *influential* and is reflected in the current status of the case-law in the US, where plaintiffs have not been successful in a predatory case for a long time».[1756]

Eine noch untrüglichere Bilanz legt die Praxis der WEKO und des Sekretariats vor, die seit dem Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes – also seit anfangs 1996 – noch keine einzige unzulässige Kampfpreisstrategie i.S.v. lit. d nachweisen konnten (s. N 449). Die berühmte Frage MCGEEs (s. N 419) bleibt weiterhin im Raum: In welchem Ausmass muss *predatory pricing* als eine industrieökonomische *Legende* aufgefasst werden? Welche Formen der Prädation sind rational und wettbewerbsbeeinträchtigend? Welche Formen sind es nicht?[1757]

[Seite 1326] *b) Entstehungsgeschichte*

Art. 7 Abs. 2 lit. d entspricht fast wörtlich **Art. 6 Abs. 2 lit. c KG** 85. In den Materialien ist wenig Hilfreiches zur Ermittlung des Sinnes dieser Bestimmung und sogar Fragwürdiges zu finden. Die Botschaft 1994 bedient sich mancher *vager* Begriffe, die der Rechtsanwendung kaum Anleitungen zu geben vermögen und dieser teilweise sogar abträglich sind: Wenn ausgeführt wird, dass bei «[…] systematisch[er] und ohne Aussichten auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung [erfolgender Preisunterbietung] der Schluss nahe[liegt], dass [… das marktbeherrschende Unternehmen] den Konkurrenten vom Markt verdrängen will»,[1758] bleibt unklar, weshalb ein derart gewichtiger Schluss auf so ambivalenter Basis («systematische» Preisunterbietung ohne Aussicht auf «kurzfristige Gewinnmaximierung») zu ziehen wäre. Industrieökonomisch ist das Verhaltensmuster eines *predatory pricing* unvergleichlich komplexer (s. N 436 ff.). Ohne weiterführenden Gehalt und insofern derangierend ist sodann die Aussage, ein Indiz für einen Verstoss gegen lit. d sei das Angebot von Produkten «[…] zu sachlich nicht gerechtfertigten Niedrigpreisen».[1759] Denn das Spektrum der möglichen Bedeutungsvarianten des Begriffs «sachlich nicht gerechtfertigte Niedrigpreise» ist dermassen breit, dass dieser Begriff als solcher keinen interpretatorischen Sukkurs leistet. Zu notieren ist auch, dass in der Botschaft 1994 eine industrieökonomisch problematische Äusserung folgenden Inhalts zu finden ist: **424**

> «Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen systematisch und ohne Aussichten auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung einen *ausgewählten schwächeren Konkurrenten* unterbietet, liegt der Schluss [auf eine Verdrängungsstrategie] nahe […]».[1760]

Zunächst wird mit diesem Satz suggeriert, dass die Prädation ein diskriminierendes Moment voraussetzt, was der Tatbestand dieser Verhaltensweise nicht verlangt (s. N 478 ff.). Sodann wird damit nahegelegt, dass die Verdrängung eines «schwächeren» Rivalen – was wir als «weniger effizienten» Mitbewerber deuten – konsumentenwohlfahrtstheoretisch schädlich ist. In den allermeisten Fällen trifft eine solche Aussage nicht zu, obwohl im Schrifttum gelegentlich besprochen wird, ob es

ausnahmsweise Konstellationen gibt, wo der Beitrag solcher vergleichsweise ineffizienten Konkurrenten an einen wirksamen Wettbewerb positive Wirkungen haben kann (s. N 475, namentlich FN 1988). Jedenfalls muss der generalisierende Charakter der wiedergegebenen Aussage als verwirrlich, womöglich sogar als irreführend angeschaut werden. Immerhin wird anschliessend auf die konsumentenwohlfahrtstheoretische Dimension des *predatory pricing* Bezug genommen,[1761] was auf einen noch näher zu schildernden Teil der Analyse dieser Missbrauchsform hinweist (s. N 475). Schliesslich wird mit der in der Botschaft 1994 verwendeten Vokabel «Selbstkosten» zwar eine zentrale Thematik in der *industrial organization* von Kampfpreisen angeschnitten, aber gänzlich offengelassen, was konkret damit gemeint ist. Insgesamt ist den Materialien nur eine oberflächliche Orientierung für die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. d zu entnehmen.

c) Verhaltenstypologie

Das *predatory pricing* kann auf der Grundlage verschiedener **Differenzierungskriterien** typologisch kategorisiert werden: **425**

[Seite 1327] (1) Stellt man auf das Merkmal der **Marktfunktion** (bzw. der *Marktseite*) des *Prädators* ab, lassen sich folgende zwei Verhaltenstypen auseinanderhalten:[1762] **426**
(a) Damit ein Unternehmen «Unterbietung» im *literalen* Sinne von lit. d praktizieren kann, muss es über qualifizierte Marktmacht auf der **Angebotsseite** verfügen. Obwohl damit in erster Linie eine Verdrängung von Rivalen anvisiert wird, spielt zuweilen auch das Moment mit, mindestens zeitweilig, zumal während der ersten Phase des *predatory pricing* (s. N 481 ff.), seine Handelspartner intensiver an sich zu binden.[1763] Das verwendete *Mittel* besteht in der Strategie des Marktbeherrschers, seinen Rivalen, die mit den ökonomisch *prima facie* irrational tiefen Preisen (s. N 482 ff.) nicht mithalten können, den Absatz möglichst umfassend zu drosseln, also letztlich eine horizontale Marktverschliessung (s. N 82) zu erwirken (wobei sich in seltenen Fällen auch eine *vertical foreclosure* einstellen kann; s. 83). (b) Eine Kampfpreisstrategie i.S.v. lit. d kann sich ferner nach Lehre und Praxis auch so gestalten, dass der Prädator, sofern er über qualifizierte *Nachfragemacht* verfügt, übersetzte Preise für *Input-Güter* offeriert, um die Versorgung seiner Konkurrenten in der Entfaltung ihrer Geschäftsstrategien zu beeinträchtigen (s. N 82).[1764] Man hat es alsdann – auch in dieser Hinsicht und nicht bloss mit Blick auf die Kompensation der Profitopfer in der ersten Phase (s. N 492 ss); diesbezüglich ist also der Wortlaut von lit. d unvollständig – mit einer *«umgekehrten»* Prädationsstrategie zu tun.[1765] Eine solche Strategie – die genau genommen eine *«Überbietungsstrategie»* darstellt – gestaltet sich in der Weise, dass der Marktbeherrscher für Güter, die auf einem *vorgelagerten Markt* angeboten werden, einen *«unökonomisch» hohen* Preis offeriert, um diese Güter maximal zu verknappen, also um den Angebotsmarkt «auszutrocknen», will sagen: wiederum durch Herbeiführen einer horizontalen Marktverschliessung (s. N 82) abzuschotten. Damit soll letztlich eine kostengerechte Eindeckung der Konkurrenten erheblich erschwert oder verunmöglicht werden.[1766] Auf diesen Typus des Missbrauchs von qualifizierter Nachfragemacht sind *mutatis mutandis* dieselben Regeln wie auf die angebotsseitige Kampfpreisstrategie anwendbar.[1767] Allerdings muss hervorgehoben werden, dass die Spruchpraxis bislang noch wenig Erfahrung mit dieser Konstellation sammeln konnte;[1768] nicht restlos geklärt ist, wie Art. 7 Abs. 2 lit. d in diesem Fall konkret zu handhaben ist; vor allem noch weitgehend offen ist die Frage einer Anpassung der Standards von lit. d (s. N 441 ff.) an die Besonderheiten der «Nachfrageprädation».

(2) Sodann lässt sich eine Typenreihe des *predatory pricing* aufgrund des Differenzierungsmerkmals des **Ziels** dieser Strategie bilden: (a) Die wohl in der Praxis am häufigsten anzutreffende Zielsetzung der Unterbietung entspricht dem schon mehrmals angesprochenen klassischen Szenario und besteht darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen systematisch niedrige, unter einer spezifischen Kostengrenze (s. N 482 ff.) liegende Preise festsetzt, um eine horizontale Marktverschliessung zu bewirken (s. N 82, [Seite 1328] 419).[1769] Dabei gilt es in diesem Zusammenhang zwischen zwei Kompensationsmodi zu unterscheiden: (aa) Das **427**

recoupment kann durch Setzung von «unter-Kosten»-Preisen auf dem *beherrschten Markt* mit anschliessender Erhöhung auf ein suprakompetitives Niveau in der zweiten Strategiephase generiert werden;[1770] in diesem Fall hat man es mit einer *horizontalen* Marktverschliessung zu tun (s. N 82).[1771] (bb) Denkbar ist aber ebenfalls, dass der *sacrifice* (s. N 450 ff.) durch suprakompetitive Erträge auf einem vor- oder nachgelagerten Markt ausgeglichen wird, was letztlich bedeutet, dass der Prädator seine ökonomische Macht vom beherrschten Markt auf den Markt verlagert *(«leveraging»)*;[1772] dadurch tritt (bei erfülltem Tatbestand i.S.v. lit. d) eine *vertikale* Marktverschliessung (s. N 83) ein.[1773] (b) Ferner kann sich das marktbeherrschende Unternehmen durch Disziplinierung oder Marginalisierung eines oder mehrerer Konkurrenten eine *Reputation* verschaffen, die einen allfälligen Widerstandswillen aktueller Rivalen bricht oder potenzielle Konkurrenten davon abhält, in den Markt einzutreten (s. N 447).[1774] (c) Ein weiteres strategisches Ziel kann die Erschwerung oder die Versperrung des Zugangs von Mitbewerbern zum *Kapitalmarkt* sein, was in N 446 näher behandelt wird.

(3) Mit Blick auf den **Gegenstand** der Unterbietung (s. N 480) können folgende von lit. d erfassten Falltypen unterschieden werden: (a) Soll die Unterbietung über den Wettbewerbsparameter *«Preis»* geführt werden, kann das marktbeherrschende Unternehmen diesen je nachdem, ob seine qualifizierte Marktmacht angebots- oder nachfrageseitig besteht (s. N 426), entweder *unter-* oder *überbieten*. (b) Wird demgegenüber eine Unterbietung von *sonstigen Geschäftsbedingungen* geplant, läuft das Vorhaben darauf hinaus, dass der Prädator auf Wettbewerbsparameter Einfluss nimmt, die aufgrund ihrer Auswirkungen auf die Verbraucher (s. N 475 ff.) einen nahezu zeitgleichen *foreclosure*-Effekt auf die entsprechenden Produkte oder Dienstleistung von Rivalen zeitigen. **428**

(4) Zuweilen werden Unterbietungsstrategien mit der Hilfe einer **englischen Klausel** umgesetzt. Das bedeutet, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Geschäfts **[Seite 1329]** partner – meist im Rahmen von *Alleinbezugsbindungen* – verpflichtet, ihm die Modalitäten der Angebote von anderen Herstellern zu melden. Die Geschäftspartner dürfen von einem Drittangebot nur Gebrauch machen, wenn das marktbeherrschende Unternehmen sein Angebot nicht an dasjenige des Rivalen anpasst. Dadurch kann das marktbeherrschende Unternehmen die Preise der Konkurrenz ermitteln und entsprechende Angebote scheitern lassen. Wenn sich das beherrschende Unternehmen seine Preise an diejenigen der Mitbewerber adaptiert, ist das für sich allein genommen nicht als missbräuchlich zu beanstanden; etwas anderes gilt jedoch, wenn es nicht nur zum Schutz seiner Interessen tätig wird, sondern dadurch seine beherrschende Stellung nicht durch Wettbewerb *«on the merits»* stärkt (s. N 72).[1775] Ist eine englische Klausel im Spiel, braucht es sich nicht zwingend um eine Preisunterbietung im geschilderten Sinne zu handeln. Obwohl die Effekte nahezu identisch sind, führt diese Klausel nicht zwangsläufig dazu, dass sämtliche Tatbestandsmerkmale der Prädation i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. d (s. N 479) erfüllt sind. Häufig werden dadurch die Wirkungen von Alleinbezugsbindungen einfach intensiviert.[1776] Keine Unterbietung findet hingegen statt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen Nettopreise über den Konkurrenzpreisen festlegt.[1777] **429**

(5) In der Praxis ist schon beobachtet worden, dass eine ***margin squeeze*-Strategie** (Kosten-Preis-Schere, s. N 517 ff.) je nach den Umständen Elemente einer Unterbietung enthält. Konkret wird dabei so vorgegangen, dass das marktbeherrschende Unternehmen sowohl auf dem vor- wie auf dem nachgelagerten Markt die Marge zwischen Input- und Output-Produkt reduziert und somit Marktverschliessungen erzeugt. Dies bedeutet, dass das Output-Produkt zu einem Preis verkauft wird, der den Verarbeitungs- und Aufbereitungskosten nicht mehr entspricht, um letztlich einen oder mehrere Konkurrenten vom nachgelagerten Markt zu verdrängen.[1778] **430**

d) Fallgruppenrelationen

Die Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen kann von den anderen Missbrauchstypen in Art. 7 Abs. 2 lit. d nach Massgabe folgender Kriterien **differenziert** werden: **431**

(1) Die preis- oder sonstige Geschäftsbedingungen unterbietende **Diskriminierung** von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b und d) ist nach Massgabe der in N 280 entwickelten Prinzipien zu behandeln. **432**

(2) Für die preis- oder sonstwie unterbietende **Erzwingung** unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c und d) gilt dasselbe (s. N 368). **433**

(3) Was die preisunterbietende **Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung** (Art. 7 Abs. 2 lit. d und e) anlangt, sei hier auf die Ausführungen in N 646 verwiesen. **434**

(4) Art. 7 Abs. 2 lit. d KG ist sodann von **Art. 3 lit. f UWG** abzugrenzen, wonach unlauter handelt, wer ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandsprei [Seite 1330] sen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht.[1779] Preisunterbietungen gemäss lit. d können unlauteres Verhalten in kumulativer Konkurrenz darstellen,[1780] wenn sie die Tatbestandsmerkmale von Art. 3 lit. f UWG erfüllen.[1781] Indessen zielt diese Bestimmung auf Preise ab, die die Kundschaft eines Marktteilnehmers täuschen, welchem qualifizierte Marktmacht fehlt, währenddem das von Art. 7 Abs. 2 lit. d KG erfasste, auf einer marktbeherrschenden Position fussende Verhalten geeignet sein muss, aktuelle oder potenzielle Konkurrenten zum Nachteil der Konsumentenwohlfahrt vom Markt zu verdrängen.[1782] Dass ein und dasselbe Verhalten all diese Kriterien gleichzeitig erfüllt, dürfte in der Praxis nicht allzu oft passieren. Ausserdem vermutet Art. 3 lit. f UWG eine Preisunterbietung, wenn der Verkaufspreis unter dem Einstands- bzw. Selbstkostenpreis festgesetzt ist, während Art. 7 Abs. 2 lit. d KG keine vergleichbare Vermutung aufstellt (s. N 481 ff.).[1783] **435**

e) Industrieökonomik

aa) Allgemeines

Die Tatsache, dass Lehre und Praxis mehrheitlich in die Richtung tendieren, *predatory pricing* als eine Verhaltensweise zu verstehen, die sich (in ihrer entschlackten Form) als *zweiphasige Strategie* (d.h.: *sacrifice*- und *recoupment*-Phase; s. N 419) ausnimmt,[1784] stellt genau besehen nicht mehr als eine *Beschreibung* des von nicht wenigen industrieökonomischen Ansätzen als *typisch* vorausgesetztes Prädationsverhalten i.S.v. lit. d dar.[1785] Allerdings, das muss betont werden, ist diese Deskription hilfreich, wenn nicht sogar notwendig, um die *Fragestellungen* zu definieren, die ihrerseits für das Design der Tests, anhand welcher Preisunterbietungsstrategien einer Beurteilung zugeführt werden, unerlässlich sind. Freilich werden diese Fragestellungen in der Industrieökonomie nicht einheitlich, sondern zuweilen sogar auf voneinander diametral abweichende Arten artikuliert. Dieser Umstand hat zur Folge, dass die jeweilige Funktion der Standards (s. N 441 ff.) des *predatory pricing* sehr unterschiedlich verstanden werden. Der *«continental divide»* im transatlantischen Diskurs der Industrieökonomik liefert Anschauungsmaterial in hinreichender Anzahl, um die Tiefe der einschlägigen Meinungsdifferenzen zu widerspiegeln. Nur ein Beispiel: Während in den Vereinigten Staaten ein *recoupment test* konstitutives Tatbestandsmerkmal des *predatory pricing* darstellt (s. N 464 ff.), gilt [Seite 1331] nach europäischer Rechtsprechung das Gegenteil (s. N 465); dass beide Rechtslagen massgeblich von industrieökonomischen Kontroversen beeinflusst sind, braucht nur erwähnt, nicht erläutert zu werden. Die vorliegende Kommentierung baut auf dem nachstehenden Vorschlag auf, dass zum ökonomischen Verständnis der Preisunterbietung i.S.v. Art. 7 **436**

Abs. 2 lit. d **drei Fragestellungen** auseinanderzuhalten sind. Um diese darzustellen, wird hier vom relativ gut akzeptierten Prädationsverständnis BORKs (s. N 419) ausgegangen, das nochmals in Kurzform wiedergegeben sei:

> «[Predation is] a firm's deliberate aggression against one or more rivals through the employment of business practices that would not be considered profit maximizing except for the expectation either that (1) rivals will be driven from the market […], or (2) rivals will be chastened sufficiently to abandon competitive behavior […]».[1786]

437 (1) Die **erste Fragestellung** bezieht sich auf den Teilsatz in dieser Passage, der unterstreicht, dass das Gebaren des Prädators sich durch «[…] *the employment of business practices that would not be considered profit maximizing* […]» auszeichnet. Angesprochen wird damit das Verhalten des Marktbeherrschers in der *sacrifice*-Phase, welches das Problem stellt: Wie kann eine unternehmerische Praktik *identifiziert* werden, die *«nicht profitmaximierend»* ist (oder aussieht)? Obwohl auf Anhieb einfach scheinend, «beisst» sich dieses Problem mit dem in der Ökonomik meist ohne Weiteres (gleichsam: «natürlich») *vorausgesetzten Unternehmensziel der Gewinnmaximierung*. Deshalb verlangt das Erkenntnisinteresse, welches hinter der hier diskutierten ersten Fragestellung steht, dass auf besagte unausgesprochene Voraussetzung zurückgekommen wird: Es bedarf einer Methodik, mit der angegeben werden kann, unter welchen Voraussetzungen ein unternehmerisches Verhalten nicht das *Ziel* hat (oder zu haben scheint), den Profit zu maximieren.[1787]

438 (2) Die **zweite Fragestellung** betrifft den Teilsatz von BORKs Prädationsbegriff, der hervorhebt, dass ein *prima facie* «nicht profitmaximierendes» Verhalten eines Marktbeherrschers dann *ökonomisch rational* ist, wenn es auf dem Erwartungswert gründet, dass «[…] (1) *rivals will be driven from the market […], or* (2) *rivals will be chastened sufficiently to abandon competitive behavior* […]». Das Problem ist hier ein *doppeltes*: (1) Zunächst weist der Umstand, dass ein Unternehmen mit qualifizierter Marktmacht ein anderes Verhalten als ein *profitmaximierendes* zeigt, *nicht zwangsläufig* darauf hin, dass besagtes Verhalten eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs zum Ziel hat (s. N 504 ff.). Deshalb muss ergründet werden, ob ein *ökonomisch nachvollziehbares Motiv* für das identifizierte, irrationale (oder irrational scheinende) Verhalten ausgemacht werden kann. (2) Indes – und das ist der zweite Teil des Problems – können auch andere Motive als ein wettbewerbswidriges ein solches Verhalten erklären. So steht etwa auch einem Marktbeherrscher die Freiheit zu, Niedrigpreisstrategien zu fahren, die wettbewerbspolitisch legitim sind (wie z.B. die Räumung von verlustbringenden Gütern aus hohe Kosten verursachenden, für Anderes dringend benötigten Lagerräumen, die mithilfe von Billigpreisen beschleunigt wird;[1788] s. N 456). Diese Ausführungen lassen erkennen, dass die zweite Fragestellung nur zu bewältigen ist, wenn eine Methode zur Hand ist, die einer doppelten Voraussetzung genügt: (a) Sie muss als *Erstes* darlegen können, dass die *ex ante*-Erwartungen des Marktbeherrschers, in der zweiten Phase des *predatory pricing* Profit zu generieren, es rechtfertigen, das Kostenopfer der ersten Phase der Prädation in Kauf zu nehmen. (b) Als *Zweites* muss sie tauglich sein aufzuzeigen, dass diese Profit **[Seite 1332]** erwartungen vom Erreichen eines wettbewerbsbeeinträchtigenden Ziels – nämlich: vom Verdrängen von Rivalen (in deren verschiedenen Formen; s. N 79 ff.) zwecks Setzung suprakompetitiver Preise – abhängig ist.[1789]

439 (3) Wegen den Komplexitäten der *«wohlfahrtstheoretischen Doppelbindung»* von Preisunterbietungen jeglicher Art (s. N 422) bedeutet der Nachweis einer Niedrigpreisstrategie, welche rational eine Beschränkung des Wettbewerbs anstrebt, nicht zwangsläufig, dass diese sich gemessen am wettbewerbspolitischen Standard des Kartellgesetzes (s. N 114 ff.) negativ auf Marktprozesse auswirkt, also die Konsumentenwohlfahrt beeinträchtigt. Vielmehr muss diese Tatsache erst noch belegt werden. Das ist Thema des **dritten Fragenkreises**.

440 Der Analyserahmen, der von diesen drei Fragestellung indiziert wird, geht, stichwortartig zusammengefasst, von einem dreigliedrigen Abklärungsbedarf aus: (1)

Identifikation einer *prima facie* «nicht profitmaximierenden» Verhaltensweise; (2) Prüfung der **wettbewerbswidrigen Rationalität** dieser Verhaltensweise; (3) Untersuchung der **Wettbewerbsnachteiligkeit** dieser Verhaltensweise. Damit definiert dieser Rahmen, was das *Erklärungspotenzial* einer Theorie des *predatory pricing* sein sollte, oder präziser: Für welche Themenbereiche der Unterbietungsrechtspraxis eine solche Theorie Standards (s. N 450 ff.) zu entwickeln fähig sein muss.[1790] FUMAGALLI und ihre Mitautoren haben diesen Punkt mit den Worten beschrieben:

> «The role of [… the different theories of predation] should not only be to demonstrate that predation may occur in general, but also to help competition authorities and courts identify the circumstances under which predation may take place in practice».[1791]

Im Folgenden wird das (kontroverse[1792]) Feld der verschiedenen industrieökonomischen Prädationstheorien – die, wie in N 420 erläutert, zahlreich sind – in zwei Schritten präsentiert: Zunächst wird jeweils die *argumentative «Logik»* dieser Theorien vorgestellt (s. N 441 ff.), um alsdann auf deren **industrieökonomische Implikationen** mit Blick auf die soeben erläuterten drei Fragestellungen einzugehen (s. N 450 ff., 463 ff. und 475 ff.).[1793] [Seite 1333] Auf der Grundlage der Erkenntnisse, die die *industrial organization* aus der Auseinandersetzung mit diesen drei Fragen gewonnen hat, kann alsdann das Problem fundiert angegangen werden, unter welchen juristischen Bedingungen es adäquat und angemessen ist, Prädationsverhalten unter Art. 7 Abs. 2 lit. d zu subsumieren (s. N 478 ff.).[1794]

bb) Prädationstheorien

aaa) Deep Pocket Theory («long purse»)

441 Die Lehre von der Prädation[1795] hat seit ihrer ersten Anwendung durch die frühen *Sherman Act courts* in den Vereinigten Staaten[1796] eine ganze Reihe von Entwicklungen durchlaufen, die jeweils neu ausgestaltete Theorien und entsprechende Einsichten mit sich gebracht haben.[1797] Die eher **unterkomplexen Ansätze** in den ersten Jahrzehnten des 20. Jh., meist unter der Bezeichnung *«deep pocket theory»* oder *«long purse»* segelnd,[1798] gründeten hauptsächlich auf einem Argument, dem wohl kaum wissenschaftlicher Charakter attestiert werden kann, auf einem Argument also, das, wie im Schrifttum gesagt worden ist, eine bloss *«informal explanation»*[1799] der Kampfpreisstrategie darstellte.[1800] Dieses Argument besagt in der Hauptsache:

> «An enterprise that is big in [… a market share and in a financial] sense obtains from its bigness a special kind of power, based upon the fact that it can spend money in large amounts. If such a concern finds itself matching expenditures or losses, dollar for dollar, with a substantially smaller firm, the length of its purse assures it of victory».[1801]

Manifest ist, dass mit solchen «hausbackenen» Ableitungen wenig für das Verständnis eines derart komplizierten Verhaltens wie das *predatory pricing* gewonnen war.[1802]

bbb) *Law & Economics*-Prädationsmodelle (Chicago School)

442 Die Erkenntnislage veränderte sich allmählich in den späten 1940er Jahren mit dem Aufkommen des *Law & Economics* an der **University of Chicago**, das massgeblich von DIRECTOR angedacht und vorangetrieben wurde.[1803] Das Denken der *Chicago School* im Bereich der Prädation[1804] wurde in erster Linie von MCGEEs 1958 veröffentlichten Ana [Seite 1334] lyse der Verfahrensakten des epochalen Urteils des *U. S. Supreme Court* i.S. *Standard Oil Company of New Jersey et al.* des Jahres 1911[1805] geprägt.[1806] Standard Oil hatte ein die gesamten Vereinigten Staaten fast gänzlich abdeckendes Quasimonopol in der Branche des *oil refinement* und diesem nahe stehenden Aktivitäten inne.[1807] Das gängige Verständnis des Verfahrens i.S. *Standard Oil* (in seiner Gesamtheit, also auch unter Beachtung des Vorinstanzurteils[1808]), das mit dem erwähnten *Supreme Court dissolution decree* endete, beschreibt MCGEEs mit

den Worten: «According to most accounts, the Standard Oil Co. of New Jersey established an oil refining monopoly in the United States, in large part through the systematic use of predatory price discrimination».[1809] Angesichts der noch heute bestehenden Relevanz dieser Studie (s. N 445), die eine Flut von mehrheitlich kritischen, aber teils auch sympathisierenden Reaktionen auslöste,[1810] ist es angebracht, darauf in ausgewählten Aspekten einzugehen. Der vielleicht *wirkmächtigste* und zugleich *ambivalenteste* Satz in MCGEEs Paper soll als Einstieg dienen: «The Standard Oil case of 1911 is [...] more than a famous law case: *it created a legend*. The firm whose history it relates became the *archetype of predatory monopoly*».[1811] Dieser Äusserung MCGEEs – verkündet auf der ersten Seite seiner Abhandlung – führte zu einer in der Lehre ziemlich verbreiteten Unterstellung, die *Chicago School* würde nahezu geschlossen eine «Extremtheorie» vertreten:[1812] *Predatory pricing* sei eine industrieökonomische Legende.[1813] MCGEEs Conclusio war indes unvergleichlich *differenzierter*. Liest man z.B. bei WURMNEST (der bei Weitem nicht der Einzige ist, der MCGEEs Paper in diesem Sinne versteht[1814]), diese Conclusio besage: «[E]ine solche Strategie [sc. die Strategie **[Seite 1335]** von *Standard Oil*, die vom *Supreme Court* beurteilt wurde ...] *könne* [...] *niemals zum Erfolg führen*»,[1815] so ist das in dieser Form eine MCGEEs Überlegungen nicht gerecht werdende Lesart.[1816] Was dieser Autor in Wahrheit aufgestellt hat, ist, wie in N 445 gezeigt wird, eine im Ergebnis letztlich *konstruktive* (und nicht destruktive) These für die Lehre vom *predatory pricing*, denn er setzte den Grund dafür, dass die Industrieökonomik angeregt wurde, konsistentere theoretische Erklärungen für die Vornahme von Prädation zu entwickeln.[1817] Diese These werden wir freilich aus darstellungstechnischen Gründen erst in einem zweiten Schritt der nachstehenden Ausführungen behandeln. Vorab sollen die Befunde von MCGEEs Studie in ihrem wirtschaftswissenschaftlichen Kontext resümiert werden:

(1) Der erste Befund dieses Autors ist hauptsächlich **empirischen Charakters**. In den **443**
Gerichtsakten des *Standard Oil*-Verfahrens vor dem *Supreme Court*[1818] hat MCGEE nicht wirklich peremptorische (also unumstössliche) Nachweise einer Verhaltensweise des Quasimonopolisten identifizieren können,[1819] die erlaubt hätten, auf eine konsequent praktizierte Prädationsstrategie zu schliessen:

> «Judging from the Record, Standard Oil did not use predatory price discrimination to drive out competing refiners, nor did its pricing practice have that effect. Whereas they may be a very few cases in which kerosene peddlers or dealers went out of business after or during price cutting, there is no real proof that Standard's pricing policies were responsible».[1820]

Diese Einsicht steht im betonten Widerspruch zu manchen Studien, die, gestützt auf den Erwägungen des oberstinstanzlichen Urteils *Standard Oil Company of New Jersey*,[1821] dem hier fraglichen Erdölmonopol systematisches *«local price cutting»* bescheinigen.[1822] Dennoch darf MCGEEs Befund keineswegs als eine *subjektivierte* Konstruktion eingestuft werden, zumal er sich, im Gegensatz zu fast allen seinen Kritikern, skrupulös durch die gesamten Verfahrensakten von *Standard Oil Company of New Jersey* sorgfältig « **[Seite 1336]** durchgekämpft» hat.[1823] Hinzu kommt, dass historische Studien über die *managerialen Prinzipien*, die John D. Rockefeller und seine Kollegen – die Gründer von Standard Oil – beim Aufbau und bei der Leitung des ganzen *«combine»* von 1882 bis 1911 (dem Jahr der Entflechtung dieses Konzerns durch das *Supreme Court decree*[1824]) entwickelten und anwendeten, vor dem Hintergrund der im Schrifttum Standard Oil weitläufig unterstellten *price cuts* vorgängig ungeahnte Tatsachen zutage gefördert haben. Auf einer *generellen* Ebene wurde so dargetan, dass *gesetzeskonformes* Handeln zu einem der obersten Geschäftsleitungsprinzipien von Standard Oil gehörte: «Strange as it may seem to believers of [... the mainstream understanding of the *Supreme Court's Standard Oil dissolution decree*], conformity to the letter of the law constituted a cardinal principle of Standard Oil leadership».[1825] Was sodann die *spezifische Vorhaltung* des planmässigen *local price cutting* anbelangt, hat die Wirtschaftsgeschichtsforschung ebenfalls gute Gründe für eine Infragestellung der *Standard Oil*-Entscheidung aufgedeckt, die im Übrigen MCGEEs Analyse unterstützen:

> «As to price policy, instead of always ‹cutting to kill› […], the combination usually, though not always, was ‹last down and first up.› This normal behavior of the leader was accompanied by variations in price levels according to the remoteness of areas and volume of sales. […] Throughout the years to 1911 Standard Oil units actually maintained a price umbrella, though a relatively low one, which, in conjunction with the development of new producing areas, resulted in a slow, steady growth of competition and a decline in the combination's share of the market, a trend quite noticeable before 1911».[1826]

444 (2) MCGEE ist alsdann bei seiner *«re-examination»* der Entflechtungsverfügung des *Supreme Court* auf die Tatsache gestossen – und das ist sein zweiter Befund, der in seinem Schwerpunkt **industrieökonomischer Ordnung** ist –, dass Standard Oil die innegehaltene qualifizierte Machtstellung auf den relevanten Märkten nahezu ausschliesslich durch *Unternehmensacquisitionen* und gerade nicht, wie die Vorinstanz, der *Circuit Court for the Eastern District of Missouri*, und der *Supreme Court* befanden (s. N 1807), durch Prädation aufgebaut und verfestigt hatte.[1827] Darin ersah dieser Autor nicht einfach [Seite 1337] einen blossen *Kategorisierungsfehler*, sondern eine *«logische Defizienz»* in der Sachverhaltserstellung und -deutung der Oberstinstanz, die, einmal berichtigt, ein neues Konzept des *predatory pricing* zum Vorschein brachten: dasjenige einer *hohen industrieökonomischen Komplexität* dieser Missbrauchsstrategie. Aus dieser seiner Feststellung zog MCGEE ein Fazit, das nur mit Schwierigkeiten zu widerlegen sein dürfte, es jedenfalls bis heute nicht ist. Seine Argumentation, die vorliegend bloss kursorisch präsentiert sei,[1828] beginnt mit der Frage: Warum hat Standard Oil M & A-Transaktionen dem *predatory pricing* vorgezogen? Gestützt auf die neoklassischer Preistheorie – in der ökonomischen Analyse ist MCGEE nach eigener Aussage ein *«diehard Chicagoan»*,[1829] will heissen, dass er nach dem Dogma arbeitet, «[…] that the proper lens for viewing antitrust problems is *price theory*»[1830] – werden zwecks Beantwortung die *Kosten von Unternehmensübernahmen* und *Kampfpreisstrategien* verglichen, was in die Arbeitshypothese mündet: «For a predatory campaign to make sense the direct costs of the price war must be less than for purchase [sc. of rivals]».[1831] Damit eröffnet sich MCGEE die Möglichkeit, die *Marktbedingungen* zu identifizieren, die vorherrschen müssen, damit Prädation für Unternehmen mit qualifizierter Marktmacht zur *rationalen, machbaren* und *profitablen* Strategie wird (s. N 450 ff.). Diese Bedingungen lauten im Resümee MCGEEs:

> «Predation would […] be profitable only when the process produces purchase prices that are so far below competitive asset figures that they more than offset the large losses necessary to produce them. One empirical test […] would be to examine prices paid for properties [sc. of rivals] in cases where predatory pricing is alleged to have been practiced».[1832]

Auch betont MCGEE die Bedeutung von *Eintrittsbarrieren* auf dem relevanten Markt, denn: «Entry is the nemesis of monopoly. It is foolish to monopolize […] a] market into which entry is quick and easy».[1833]

445 [Seite 1338] Wie schon in N 442 erwähnt, darf MCGEEs Paper nicht als Versuch missverstanden werden – was in der Vergangenheit allzu oft in bedauerlicher Verkennung seines wahren Erkenntniswertes geschehen ist –, die *preistheoretische Unmöglichkeit* und die *empirische Inexistenz* von Prädationen auf beherrschten Märkten nachzuweisen. Die eigentliche (und wirkliche) Aussage der Standard Oil-Studie MACGEEs wird, so meinen wir, in aller Deutlichkeit in einer Passage resümiert, die aus dessen 1980 veröffentlichten Nachbetrachtungen über die Rezeption seiner 1958 vorgelegten Prädationstheorie im seitherigen industrieökonomischen Diskurs stammt:

> «If predator and prey compete, the loss to the prey will tend to be positively correlated with the gain the predator will enjoy if he can get rid of him. When predatory costs are low relative to losses the prey would suffer, they tend to be low relative to the gain the predator would ultimately get. This tends to make predation more attractive, not only for threat and extortion, but also as an investment actually undertaken and stuck to till the end. […] O]n the other hand, most kinds of predation that economists and historians have worried about are more costly to

> predator than to prey. This kind of predation is less threatening than other predation. […] The victim could not reasonably be expected to pay more to avoid the loss than the loss would be. And that amount is less than it costs the predator to cause the loss».[1834]

MCGEEs Haltung im Hinblick auf *predatory pricing* besteht also mitnichten darin, dass er, wie der soeben wiedergegebene Passus hinlänglich veranschaulicht, den Umstand bestreitet, dass Prädation im Wettbewerb überhaupt vorkommt; Zweifel hat er vielmehr daran, dass diese Verhaltensweise jemals eine gängige und gewöhnliche Praktik von Marktbeherrschern war (und werden wird), wie dies die US-amerikanische Gerichtspraxis nahelegte. Freilich wurde diese 1993 mit dem *Brooke Group*-Urteil des *Supreme Court* abrupt beendet.[1835] Diese Praxisänderung hatte zur Folge, dass seither in den Vereinigten Staaten *predatory pricing*-Klagen kaum noch Aussichten auf Erfolg haben.[1836] In der Tat: Nach der Entscheidung dieser *cause célèbre*, welche die bisherige Kampfpreisrechtsprechung regelrecht umwälzte, sind erfolgreiche *predatory pricing*-Klagen in den Vereinigten Staaten deutlich rarer geworden.[1837] Diese jurisprudenzielle Entwicklung scheint MCGEE, der in seinem Paper von 1980 sein ursprüngliches Credo mit Nachdruck wiederholt hat (*«I still believe that attempts at predation have been rare, and that successful attempts will be found to be still rarer»*[1838]), am Ende Recht gegeben zu haben. Am wichtigsten ist in diesem Zusammenhang aber zweifellos: MCGEEs Forschung muss für die Theorie des *predatory pricing* insofern als *ausserordentlich fruchtbar* angesehen werden, als dieser Autor zum ersten Mal die ganze **Komplexität** dieser Verhaltensweise wissenschaftlich dargetan hat. Nicht nur hat er als Erster die Problematik der *Identifizierung* von Prädationsstrategien mit einer gewissen Genauigkeit herauszuschälen vermocht; darüber hinaus ist es ihm gelungen, die diffizilen Fragestellungen zu artikulieren, **[Seite 1339]** die die *Rationalität* dieser Strategie betreffen; in (zwar noch bescheidenen) Ansätzen hat er sogar noch das Problem angeschnitten, unter welchen Voraussetzungen eine Preisunterbietung den Wettbewerb beeinträchtigt.[1839] Kennzeichnet man diese drei Themenkreise in der heutigen Begrifflichkeit, so entspricht der erste dem Problemkomplex des *sacrifice* (s. N 450 ff. und 481 ff.), der zweite demjenigen des *recoupment* (s. N 463 ff. und 492 ff.) und der dritte (obwohl noch vage) einem Test der (wahrscheinlichen) Effekte des Unterbietungsverhaltens (entsprechend der Funktion des AEC-Tests; s. N 476 f. und 504 ff.). *Summa summarum*: MCGEEs Studie kommt zumindest der Verdienst zu, als Katalysator für eine reichhaltige industrieökonomische Forschung gedient zu haben, welche heute freilich die Pfade der Preistheorie *Chicago-style* verlassen hat, um den Versuch anzutreten, neue Dimensionen der Prädation zu erschliessen und zu verstehen. Diese Suchbewegungen seien jetzt skizzenhaft charakterisiert:

ccc) Theorie der unvollkommenen Kapitalmärkte

Den seit den 1980er Jahren in kaum noch überschaubarem Umfang publizierten industrieökonomischen Studien über Prädation ist fast allen der Zweck gemein, den Nachweis zu erbringen, dass diese Verhaltensweise *in praxi* eine von marktbeherrschenden Unternehmen häufiger eingesetzte Strategie darstellt, als dies die *Chicago School* wahrhaben will.[1840] Eindringlich in diese Richtung argumentiert die 1990 von BOLTON/SCHARFSTEIN begründete und seither intensiv erforschte ***imperfect financial markets*-Theorie**.[1841] Diese nimmt sich im Grunde als eine fundamentale Rekonstruktion des überlebten *deep pocket*-Ansatzes aus.[1842] Und zwar insofern, als ihr Ausgangspunkt just die Frage eigen ist, welche besagter Ansatz nie beantworten konnte: Wie lässt sich erklären, dass Unternehmen, gegen welche Kampfpreise des Marktbeherrschers gerichtet sind, nur einen beschränkten Zugang zu Eigen- oder Fremdkapital haben? Gemäss der hier fraglichen Theorie findet diese Beschränkung ihren Grund in *Informationsasymmetrien* auf dem Kapitalmarkt: Kapitalgeber welcher Art auch immer (Aktionäre, Banken, institutionelle Investoren usw.) hätten nur ein *unvollständiges* Verständnis des Marktes, auf welchem die Prädation stattfindet, und würden von dieser Strategie dahingehend beeinflusst, dass ihre Risikoaversion in Bezug auf eine Kapitalvergabe steige. Für das von einer Unterbietungsstrategie betroffene Unternehmen liefe diese Verunsicherung der Kapitalgeber im Ergebnis auf eine *Verknappung* seiner Finanzierungsmöglichkeiten

446

hinaus. Damit würde dieses Unternehmen im Wettbewerb mit dem Prädator geschwächt und letztlich entweder marginalisiert oder vom Markt ausgeschlossen. Kurz gesagt: «A predator may slash price to drain the prey of sufficient funds to meet its loan commitments, thereby forcing default».[1843] Aus diesen Zusammenhängen leiteten Marktbeherrscher den Schluss ab, dass *predatory pricing* eine aussichtsreiche Verdrängungsstrategie sei.[1844] Die im Ergeb [Seite 1340] nis (zurzeit jedenfalls noch bestehende) Schwäche der Theorie der imperfekten Finanzmärkte liegt im *Schematismus*, mit welchem der Einfluss von Kampfpreisstrategien auf die Risikoaversion von Kapitalgebern konstruiert wird.[1845] Die Investorenverhaltensforschung hat längst dargetan, dass die Varianz der Faktoren, die die Risikoneigung von Anlegern oder Finanzinstituten bestimmen, als hochgradig einzustufen ist, dass die wechselseitige Verflechtung dieser Faktoren vielschichtig und schwierig zu erfassen ist und dass dementsprechend Investmententscheidungen Risikoeinschätzungsprozesse von erheblicher Komplexität sind. Vor diesem Hintergrund hat dieses wohl doch (zumindest: noch) allzu vereinfachte Reaktionsmuster, das die vorliegend diskutierte Theorie den Kapitalgebern von Prädationsopfern unterstellt, zur Folge, dass sie in ihren Aussagen bis heute eine gewisse Diskrepanz zur Marktrealität noch nicht überwunden hat.[1846] Dennoch ist nicht auszuschliessen, dass das Modell dieser Theorie in der Wirklichkeit gefunden werden *kann*. Insofern ist zumindest anzunehmen, dass die Theorie der imperfekten Finanzmärkte die *Möglichkeit* von Prädation aufgezeigt hat.

ddd) Spieltheoretische Prädationsmodelle *(Post Chicago Economics)*

447

Die *Post-Chicago-Economics* haben in den letzten drei Jahrzehnten ebenfalls zahlreiche Prädationstheorien – oder besser: Prädations*modelle* – vorgelegt.[1847] Zwecks Veranschaulichung des Argumentationsstils dieser Forschungsrichtung präsentieren wir stellvertretend für viele andere Studien das ***signalling model*** von MILGROM/ROBERTS.[1848] Anhand dieses Modells gelangen die Autoren zum Resultat, dass Preisunterbietung nicht deshalb rational ist, weil es sich für den Marktbeherrscher lohnt, *aktuelle* Rivale zu verdrängen, sondern weil diese Strategie auf *künftige* (potentielle) Markteintritte *abschreckend* wirkt.[1849] Die Argumentation von MILGROM/ROBERTS im Resümee: Hat ein Marktbeherrscher in der Vergangenheit mehrmals schon Kampfpreise praktiziert, so hat er sich den *Ruf* eines Prädators erworben, der markteintrittswillige Unternehmen *antizipieren* lässt, dass er inskünftig diese Strategie weiterhin verwenden wird. Dadurch verlieren [Seite 1341] Markteintritte an Attraktivität.[1850] Was das *signalling model* auszeichnet, ist der Umstand, dass das *recoupment* der Prädationskosten, die der Marktbeherrscher für seine Strategie aufwenden muss, nicht, wie von der Preistheorie unterstellt, im Anschluss an die Prädationsphase (s. N 419 und 436) erfolgt. In diesem Modell nimmt Kompensation die Form einer *reduzierten Wahrscheinlichkeit künftiger Markteintritte* an, die besagten Ruf schafft.[1851] Zu dieser Rationalisierung der Prädation gelangen MILGROM/ROBERTS mittels einer Spielanordnung, in welcher der Marktbeherrscher auf einer *endlichen Mehrheit gleicher* Produktmärkte (z.B. auf ein paar räumlich getrennten Märkte einer Fastfoodkette) tätig ist;[1852] auf jedem dieser Märkte wird er von *einem* potenziellen Wettbewerber bedroht; die Spielabfolge ist *sequenziell*, d.h. jeder eintrittswillige Rivale muss der Reihe nach entscheiden, ob er in Konkurrenz zum Marktbeherrscher treten will.[1853] Herrschte ein perfektes Equilibrium *(natural solution concept)* auf jedem Markt, d.h. würde sowohl der Marktbeherrscher als auch jeder potenzielle Rivale wissen, dass ein Verzicht auf *predatory pricing* für beide Beteiligten kostenmässig vorteilhaft wäre (*common knowledge*-Bedingung), so käme es *nie* zu einer Kampfpreisstrategie.[1854] Stellt man hingegen das Modell, wie MILGROM /ROBERTS das tun, unter die Bedingung *unvollständiger Information*, ändert sich das Equilibrium radikal: Wenn die eintrittswilligen Unternehmen unsicher sind, ob der Marktbeherrscher bei erfolgtem Markteintritt eine solche Strategie benutzen würde, entsteht überhaupt erst die Möglichkeit, dass dieser sich eine Prädator-Reputation aufbaut. Dementsprechend gestaltet sich die Auflösung des Spiels von MILGROM /ROBERTS gemäss folgender Logik:

> «[T]he presence of informational asymmetries can lead a firm operating in several markets to adopt a predatory strategy against entrants, even though such behavior is irrational when viewed in the context of a single market in isolation and even though there are only a finite number of potential entrants. […] This resolution comes about because informational asymmetry gives the entrants reason to forecast future actions on the basis of past behavior. This in turn gives the establishes *[sic]* firm reason to prey in order to build a reputation which leads future entrants to predict that they too are likely to meet predation».[1855]

Allerdings kommt man im Ergebnis festzustellen nicht umhin, dass das *signalling model* von MILGROM/ROBERTS die Schwächen noch jeden Modells der nichtkooperativen Spieltheorie aufweist (bei welcher Kommunikation zwecks Kooperation ausgeschlossen ist).[1856] *In nuce*: Gleichviel ob nun die Spielanordnung die Form eines *one shot game (strategic form game)* oder eines endlich wiederholten Spiels *(finitely repeated game)* annimmt, wird es für *jeden* potentiellen Rivalen *stets* individuell rational sein, eine *nichtkooperative* Strategie (d.h. *in casu*: Eintritt) zu fahren, vorausgesetzt, der Markt sei hinreichend lukrativ, um die Prädationskosten in Kauf zu nehmen.[1857] Diese Auflösung ist die Quintessenz des bekannten *Gefangenendilemmas*, auf das hier nicht näher eingegangen wird.[1858] Sie kann selbstredend mit der Annahme zusätzlicher Modellbedingungen ab [Seite 1342] geändert werden. MILGROM/ROBERTS tun dies, wie gesagt, indem sie das Equilibrium des *natural solution concept* mit der Einführung von *Informationsasymmetrien* und mittels Anordnung von *finitely repeated shots* umgestalten: «Two factors in our model lead to the emergence of reputation: the informational asymmetries and the repeated actions with the possibility of observing past behavior».[1859] Am Beispiel des *signalling model* von MILGROM/ROBERTS wird gut erkennbar, dass jedes *Post-Chicago*-Modell von *hochgradiger Spezifität* ist. Dieser Umstand hat zur Folge, dass die Ableitung *generalisierungsfähiger* Erkenntnisse von derartigen Modellen äusserst schwierig ist. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das beschriebene *signalling modell* wohl kaum anzeigt, dass *predatory pricing* eine auf beherrschten Märkten *gängige* bzw. *allgemein anzutreffende* Missbrauchsverhaltensweise ist. Dieses Modell besagt nur (aber immerhin), dass unter den von MILGROM/ROBERTS gesetzten Modellbedingungen das Ergreifen einer Kampfpreisstrategie eine *mögliche* Verhaltensoption des Marktbeherrschers ist.[1860] Der Aussagewert des *signalling model* – wie jeweils derjenige von sämtlichen *post-Chicago*-Modellen – ist der Tendenz nach insofern beschränkt, als sich reale Märkte, die diesen konkreten Bedingungen entsprechen, nur selten auffindbar sind.[1861] Und dies nicht zuletzt, weil diese Modelle methodologisch stets unter dem *ceteris paribus*-Vorbehalt stehen.[1862] Einen weiteren Punkt gilt es abschliessend zu notieren: Weil die hier fraglichen Modelle auf parametrische Variationen *ausserordentlich sensibel* reagieren, müssten die Wettbewerbsbehörden und Gerichte bei der Datensammlung einen Präzisionsgrad erreichen, der in der Praxis tendenziell unrealistisch ist.[1863] Es ist denn auch eine Tatsache, dass US-amerikanische Gerichte bei Prädationsfällen mehrheitlich abgeneigt sind, ihre Erwägungen auf komplexe Modelle (wie eben etwa spieltheoretische) zu stützen.[1864]

eee) Behavioral antitrust-Modelle

Die jüngsten Versuche, den Standpunkt der *Chicago School*, Prädation sei eine selten praktizierte Strategie, in Zweifel zu ziehen, kommen von Seiten des ***behavioral antritrust***.[1865] Dessen Ergebnisse im Hinblick auf Kampfpreisstrategien sind gegenwärtig, wie namentlich WRIGHT/STONE II dargetan haben,[1866] noch unfertig und vulnerabel. Aus diesem Grund wird hier darauf verzichtet, diesen Ansatz zu skizzieren. **448**

[Seite 1343] fff) *Summa*: Prädation als empirisches Enigma

Soll nach der soeben vorgelegten Skizze der verschiedenen Prädationstheorien ein **allgemeines Fazit** gezogen werden, so ist festzustellen, dass die Industrieökonomik bisher die Problematik des *predatory pricing* in verschiedenen Punkten noch nicht in einem von der Praxis brauchbaren Ausmass bewältigt hat,[1867] was nicht zuletzt auf die ausserordentliche Vielfalt der Prädationskonstellationen zurückzuführen ist (s. N **449**

420). *Empirisch* gilt bis auf Weiteres immer noch, was AREEDA/TURNER im Jahre 1975 nach den zahlreichen preistheoretischen Arbeiten der *Chicago School*, die in dieselbe Richtung weisen, nochmals betont haben: «[P]roven cases of predatory pricing have been extremely rare».[1868] Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden und Gerichte zu Art. 7 Abs. 2 lit. d entspricht diesem Befund. Die bisherige Zahl der Anwendungsfälle dieser Norm, die mit der Erkenntnis endeten, der Tatbestand von lit. d sei erfüllt, ist bezeichnend: Null.

cc) Industrieökonomische Implikation I: Kosten-Preis-Analyse

aaa) Allgemeines

Wie in N 437 und 440 geschildert, ist die erste Frage, die die soeben skizzierten Ansätze aufwerfen, diejenige nach ihren Implikationen im Hinblick auf eine adäquate Methodik zur **Identifizierung von *predatory pricing*-Strategien** auf dem Markt.[1869] Auszugehen ist in diesem Zusammenhang von der Tatsache, dass die im vorherigen Abschnitt geschilderten Theorien (s. N 441 ff.) in der Annahme konvergieren, Prädation bestehe in der ersten Phase der Strategie aus einem *Profitverzicht*, lasse also beim Marktbeherrscher Verluste anfallen, nötige diesem, anders gewendet, die Erbringung eines finanziellen « [Seite 1344] *Opfers*» ab.[1870] Diese Annahme verlangt, dass vorweg klargestellt wird, was unter dem Begriffspaar *Profit /Verlust* im Prädationsrecht von lit. d zu verstehen ist. Vorab ist hervorzuheben, dass der im Rahmen einer Preisunterbietungsanalyse verwendete Profitopfer- oder Verlustbegriff aus der *ökonomischen*, nicht aus der buchhalterischen Kostenlehre stammt.[1871] Ein *Profit* im ökonomischen Sinne ist die Differenz zwischen (1) dem *Ertrag*, den ein Unternehmen mit seiner Produktion von Gütern *(outputs)* generiert, und (2) den Opportunitätskosten der ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen *(inputs)*.[1872] Unter *Opportunitätskosten* (auch: Alternativ- oder Verzichtskosten) sind jene Kosten zu verstehen, die sich bei der Wahl einer bestimmten unternehmerischen Tätigkeit deswegen ergeben, weil dadurch auf den Nutzen anderer Tätigkeitsmöglichkeiten verzichtet wird. Wer sich z.B. dafür entschliesst, seine Ressourcen in die Produktion von Veganleder-Schuhen zu investieren, trägt als Konsequenz seines Entscheids die Opportunitätskosten, mit seinen Ressourcen den Nutzen der Produktion von *camp-collar* Seidenhemden nicht zu realisieren.[1873] Dabei ist zu präzisieren, dass Opportunitätskosten keine realen finanziellen Aufwendungen im Sinne der buchhalterischen Kostenlehre bilden, sondern bloss einen Nutzen beschreiben, auf den zugunsten eines anderen verzichtet wird.[1874] Wenn in der Folge von *profit sacrifice*, Profit-Opfer, Opfererbringung oder Verlust *(loss)* die Rede ist, beziehen sich diese Termini auf die soeben definierte ökonomische Begrifflichkeit. Kehrt man nach dieser definitorischen Flurbereinigung zum Umstand zurück, dass den in N 441 ff. gestreiften Prädationstheorien die Unterstellung gemein ist, dass das eigentliche Indiz, um auf dem Markt ein Prädationsverhalten auszumachen, im *profit sacrifice* des beherrschenden Unternehmens zu erblicken ist, so fragt sich, auf welcher Überlegung diese Hypothese fusst. BORK hat hierauf die einleuchtende Antwort gegeben: **450**

> «Any realistic theory of predation recognizes that the predator [...] will incur losses during the fighting, but such a theory supposes it may be a rational calculation for the predator to view the losses as an investment in future monopoly profits [...]».[1875]

Damit ist gesagt, dass die in der ersten Phase der Kampfpreisstrategie (*predation period*; s. N 419 ff., 463 ff., 481 ff.) verlustgenerierende Strategie des Marktbeherrschers durch die in der zweiten Phase (*recoupment period*; s. N 492 ff.) erfolgreiche Kompensation *rational* wird. Auf die Frage also: «[What] is [...] the means available for detecting [... predation?]»,[1876] wird heute in aller Regel geantwortet: «[...] das Vorliegen eines ‹Gewinnopfers› *(profit sacrifice)* – also eines freiwilligen Verzichts des Marktbeherrschers auf Profit».[1877] Dementsprechend herrscht in der Industrieökonomik ein verlässlicher [Seite 1345] Konsens, dass, wie AREEDA/TURNER es formulierten, «[... a] meaningful and workable test [...] for distinguishing between, predatory and competitive pricing [... is to] examin[e ...] the

relationship between a firm's costs and its prices».[1878] An diesem Punkt allerdings endet besagter Konsens: Höchst umstritten ist, welche Kostenarten in welcher Weise zu berücksichtigen sind. Nachstehend gehen wir in zwei Schritten vor: Zunächst soll ein kursorischer Abriss der ökonomischen Kostentheorie vorgelegt werden (s. N 451 ff.); alsdann wird auf die in der Industrieökonomik vorgeschlagenen Kosten/Preis-Tests (*sacrifice*-Tests) eingegangen (s. N 451 ff.).

bbb) Kostenkategorien

451 Grundlegend in der ökonomischen Kostentheorie[1879] ist zunächst die Unterscheidung von **variablen, Fix**- und **Gesamtkosten**.[1880] Die *variablen* Kosten *(«variable costs»)* ver [Seite 1346] ändern sich mit der produzierten Menge.[1881] Sie umfassen namentlich die betrieblichen Abwicklungskomplexe Rohstoffe, Energie, Arbeitsabläufe, Kontrolle, Wartung, Rückstellungen usw. Die *Fixkosten («fixed costs»)* hingegen sind diejenigen Kosten, die unabhängig vom Output anfallen, namentlich Managements- und Belegschaftsentlohnung, Fremdkapitalverzinsung- und -rückerstattungskosten, Steuern, Liegenschaftsverwaltung, Abschreibungen usw.[1882] Je nach Betrachtungszeitraum kann sich die Qualifikation eines Kostenpostens verändern. Kurzfristig ist die Unterteilung in fixe und variable Kosten sinnvoll, weil sich Produktionsfaktoren (z.B. eine Maschine) nicht verwandeln können, ohne dass zusätzliche Kosten anfallen (s. N 450). Langfristig sind freilich sämtliche Produktionsfaktoren variable Kosten (s. N 458).[1883] Für die *temporale Qualifikation* der Kosten als fix oder variabel erachten die meisten Ökonomen die Zeitspanne für relevant, während welcher die mutmassliche Unterbietung i.S.v. lit. d im Gang war oder hätte andauern können, wären die Wettbewerbsbehörden nicht vorzeitig eingeschritten. Variable und fixe Kosten ergeben zusammen die *Gesamtkosten («total costs»)*. Wenn man einen Durchschnitt dieser Kosten mit Blick auf die produzierte Menge festlegt, spricht man von den *durchschnittlichen* Gesamtkosten (*«average total costs»*; ATC),[1884] die ihrerseits die *Summe* der *Fixkosten* und der *durchschnittlichen variablen Kosten* darstellen (*«average variable costs»*; AVC).[1885]

452 Weiter muss zwischen **Marginal**- und **Grenzkosten** differenziert werden. Die Marginalkosten *(«marginal costs»)* sind diejenigen Kosten, die bei der Produktion einer zusätzlichen Einheit des entsprechenden Gutes anfallen.[1886] Das Konzept der Marginalkosten hängt eng zusammen mit den variablen Kosten (s. N 451). Die Grenzkosten *(«incremental costs»)* drücken ihrerseits die zusätzlichen Kosten aus, die für die Produktion einer grösseren Menge als bloss einer zusätzlichen Einheit notwendig werden.[1887]

453 Die Kategorien der **vermeidbaren** und **verlorenen Kosten** gliedern die Fixkosten auf.[1888] Zu diesen zählen einerseits Kosten, die sich wieder einbringen lassen (vermeidbare Kosten; *«avoidable costs»*) und andererseits Kosten, deren Anfallen sich nicht mehr beeinflussen lässt (versunkene bzw. verlorene Kosten; *«sunk cost»*).[1889]

454 Im Hinblick auf die Produktpalette unterscheidet man zwischen **gemeinsamen** und **verbundenen Kosten**. Gemeinsame Kosten *(«common costs»)* fallen gleichzeitig für mehrere Produkte eines Unternehmens an. Verbundene Kosten *(«joint costs»)* dagegen entstehen, wenn die Produktion eines Gutes automatisch die Produktion eines anderen Gutes zur Folge hat.[1890]

ccc) Kosten-Preis-Vergleiche

455 Auf der Basis dieser Kostenkategorien wurde in der Lehre eine Reihe von Tests entwickelt, die alle auf demselben Axiom gründen: Dass ein **profitmaximierendes Unterneh** [Seite 1347] **men** immer in der Weise operiert, dass der *Grenzerlös die Grenzkosten übertreffen muss*.[1891] Verhält es sich anders, kann seine Strategie industrieökonomisch suspekt werden. Die schwierige Frage ist dann, in *welchen Kostenkonstellationen* ernsthafte Anzeichen einer *predatory pricing*-Strategie vorliegen.

Nach dem wohl bislang in der Praxis einflussreichsten **Test der durchschnittlichen variablen Kosten** von AREEDA/TURNER (*average variable cost test* oder *AVC test*)[1892] werden die Preise mit dieser Kostenkategorie (als Stellvertreter *[«proxy»]* für die in der Praxis mangels geeigneter Daten kaum je zu bemessenden Grenzkosten) verglichen (AVC; s.N 451).[1893] Diesem Test zufolge impliziert ein Preis, der unter den Grenzkosten liegt, ein finanzielles Opfer, weil es irrational ist, einen Preis tiefer anzusetzen als die AVC, währenddem ein höherer Preis wenigstens kurzfristig vertretbar ist, z.B. als Sonderverkauf.[1894] In diesem Sinne baut der Test auf der Annahme auf, dass der Preis eines Gutes, der unter den AVC liegt, auf eine Prädation hinausläuft und daher als unzulässig einzustufen ist. Dieser Test hat seit der Veröffentlichung von AREEDA/TURNER im Jahre 1975 einen mehr oder weniger markanten Einfluss auf die wettbewerbsrechtliche Praxis namentlich in den USA,[1895] aber auch zu einem gewissen Grad in der [Seite 1348] Union[1896] und in der Schweiz[1897] ausgeübt. Während ungefähr zwanzig Jahren wurde er als eine Art «Goldstandard» des Kosten-Preis-Tests schlechthin betrachtet, dessen Anwendung sämtliche relevanten Fragen klären könne. Heute hat er diesen Status eingebüsst. Namentlich die in N 447 dargestellten *Post-Chicago Economics* und andere spieltheoretische Prüfungsverfahren haben dazu beigetragen, dass der AREEDA/TURNER-Test nur noch als eines unter den verschiedenen Instrumenten der Prädationsanalyse fungiert.[1898] **456**

Der Test von AREEDA/TURNER führt namentlich zu Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen fixen und variablen Kosten bzw. bei der Kostenaufschlüsselung, wenn ein Unternehmen mehrere Güter produziert (*common costs*; s. N 454).[1899] Die Lösung dieser Schwierigkeiten wird zuweilen darin gesucht, dass als Basis auf die **durchschnittlichen vermeidbaren Kosten** abgestellt wird (*average avoidable costs test; AAC test*; s. N 453).[1900] Die AAC enthalten alle variablen Kosten, die im Hinblick auf die Unternehmenstätigkeit von Bedeutung sind, sowie alle fixen Kosten, die nicht verloren sind *(«sunk costs»)*. Der AAC-Test untersucht folglich, ob ein Unternehmen mehr Geld spart, wenn es seine wirtschaftliche Tätigkeit aufgibt, als wenn es seine Produktion zu den jeweils auf dem relevanten Markt praktizierten Preisen aufrechterhält.[1901] Danach ist ein Preis, der unter den AAC liegt, irrational und als Unterbietungsverhalten zu qualifizieren. Der Vorzug des AAC-Tests besteht darin, dass er keine Unterscheidung zwischen fixen und variablen Kosten erfordert und dass er folglich den fixen Kosten Rechnung trägt, die das *predatory pricing* verlangt. **457**

Der **Test der durchschnittlichen langfristigen Grenzkosten** *(long-run average incremental cost test; LRAIC-Test)* stellt auf die Gesamtkosten eines Unternehmens ab abzüglich der Gesamtkosten, die im hypothetischen Fall angefallen wären, hätte das Unternehmen das fragliche Gut nicht produziert, geteilt durch die Menge der von diesem Gut [Seite 1349] produzierten Einheiten.[1902] Die «Logik» dieses Tests lässt sich folgendermassen beschreiben: Die Entscheidung, in einen Markt einzutreten, hängt zunächst nicht nur von den kurzfristigen Kosten ab, sondern auch von den längerfristigen, zumal von den Kapitalkosten. Deshalb ist der AVC-Test für Märkte zu streng, die durch hohe Fixkosten und geringe variable Kosten gekennzeichnet sind, wie etwa die *network industries* oder die von immaterialgüterrechtlich geschützten (Teil-)Produkten geprägten Märkte.[1903] Langfristige Kostenanalysen weisen den Vorzug auf, dass sie keine Unterscheidung zwischen fixen und variablen Kosten verlangen. Auch erfordern solche Analysen nicht, dass die gemeinsamen Kosten *(common costs)* zwischen zwei oder mehreren hergestellten Gütern aufgeteilt werden. Im Unterschied zum AAC-Test (s. N 457) schliesst der LRAIC-Test auch die verlorenen Kosten *(sunk costs)* mit ein (s. N 453). Für die Vertreter dieses Tests liegt eine Preisunterbietung vor, wenn einerseits der Preis unter den LRAIC liegt und andererseits der Prädator den Plan hat, einen mindestens ebenso effizienten Konkurrenten vom Markt auszuschliessen (AEC; s. N 476). Dieses Doppelkriterium ist deshalb notwendig, weil die LRAIC die verlorenen Kosten enthalten, die für die unternehmerische Entscheidung, die Produktion aufrechtzuerhalten oder nicht, unerheblich sind. Insofern kann es für das Unternehmen durchaus rational sein, **458**

seine *sunk costs* zu ignorieren (weil sie eben immer verloren sind) und auf dem Markt zu verbleiben, auch wenn der Preis unter den LRAIC liegt.[1904]

Die industrieökonomische Theorie verfügt zurzeit über keine überzeugenden **Argumente**, die es erlauben würden, einem der skizzierten Tests den Vorzug in sämtlichen Fallkonstellationen zu geben. Die Gründe im kurzen Resümee:[1905] **459**

(1) Der **AVC-Test** (s. N 456) ist zwar international gesehen immer noch verbreitet, wohl weil er auch für ökonomische Laien relativ leicht verständlich ist.[1906] Indessen ist er seit 1975, dem Jahr der Publikation von AREEDAs und TURNERs Artikel, nicht von Kritik verschont geblieben.[1907] Einmal ist es, wie schon erwähnt, in der Praxis schwierig, bestimmte Kosten zu einzelnen Produkten im Falle eines *Mehrprodukte-Unternehmens* zuzuordnen sowie, wegen des Zeitfaktors, die variablen von den fixen Kosten für ein bestimmtes Produkt abzugrenzen (s. N 457).[1908] Sodann sind die kurzfristigen variablen Kosten nicht die einzigen massgeblichen Kriterien für die Prädationsidentifizierung; gewisse langfristige Kosten, namentlich die verlorenen Kosten (s. N 457), können in gewissen Fällen eine bedeutende Rolle spielen. Auch kann der AVC-Test das marktbeherrschende Unternehmen dazu anregen, mehr zu investieren, um über grössere Kapazitäten zu verfügen, die es erlauben, *predatory pricing* auszuüben, ohne die Preise unter die AVC fallen lassen zu müssen.[1909] Schliesslich scheint der Test für Netzwerkmärkte oder Märkte, die sich durch eine hohe Präsenz von Immaterialgüterrechten oder komplexen Technologien, die durch Geheimhaltung wie Schutzrechte unkörperlicher Güter wirken (s. N 458), auszeichnen, nicht passend zu sein, weil in diesem Fall die variablen Kosten nahezu vernachlässigbar sind.[1910] **460**

[Seite 1350] (2) Der **AAC-Test** (s. N 457) wirft ein paar similäre Probleme wie der AVC-Test (s. N 456) auf, weil er nicht ausschliesslich auf variable, sondern auch auf fixe Kosten abstellt, die bei der Produktion vermeidbar wären. Ferner kennt der AAC-Test noch eigenständige Schwierigkeiten.[1911] So verlangt der Einbezug von *avoidable costs* (s. N 453), dass eine geeignete Zeitperiode definiert wird, wofür anerkannte Kriterien bislang fehlen. Auch ist es schwierig festzulegen, ob und in welcher Weise Produktionsmittel auf einem anderen geographischen Markt oder für andere Produkte wiederverwertet werden können, sodass eine anerkannte Definition von vermeidbaren Kosten bis heute ausgeblieben ist. Sodann sind AAC für die Analyse komplementärer Güter ungeeignet (s. N 514): Selbst wenn der Preis eines Gutes unter den AAC festgesetzt wird, kann das daraus folgende Verhalten rational begründet sein, sofern der Verkauf dieses Gutes den Verkauf eines komplementären Gutes zu höheren Preisen ankurbelt (z.B. Kaffeemaschine und Kaffee-Kapseln).[1912] Schliesslich ist es in der Praxis schwierig, die AAC zu messen, denn diese betreffen ein Szenario, das fiktiv ist, sich mithin in der Wirklichkeit nicht ereignet hat (gemeint ist der fingierte Austritt aus dem Markt). Die Anwendung des AAC-Tests in der Praxis hat deshalb zu erheblichen Kontroversen in Doktrin und Praxis geführt.[1913] **461**

(3) Der **LRAIC-Test** (s. N 458) weist seinerseits den *Vorteil* auf, auch längerfristige Kostenfaktoren einzubeziehen, die im Rahmen des AVC- und des AAC-Tests nicht berücksichtigt werden können.[1914] Allerdings eignet sich dieser Test bei *Mehrprodukte-Unternehmen* nicht, weil er vermeidbare Kosten, die beim Verzicht auf die Produktion eines bestimmten Gutes zu berücksichtigen sind, nicht als Gemeinkosten auszuweisen vermag.[1915] **462**

dd) Industrieökonomische Implikation II: Strategische Analyse

aaa) Allgemeines

Aus *theoretischer* Sicht genügt der Nachweis, dass eine Unterbietungsstrategie *prima facie* nicht profitmaximierend ist (s. N 450 ff.), alleine nicht, um auf ein wettbewerbswidriges Verhalten des Prädators zu schliessen (s. N 438).[1916] Geht man davon aus, dass Kampfpreise eine Investition in ein künftiges (Quasi-)Monopol darstellen, so setzt der Nachweis der *ökonomischen Rationalität* dieser Investition **463**

voraus, dass, wie der *U.S. Supreme Court* in *Brook Group* es ausgedrückt hat, eine «gefährliche Wahrscheinlichkeit» besteht, dass die vom Prädator «investierten» Profitopfer in der zweiten Phase der Strategie kompensiert werden.[1917] Konkret: Damit das vom Marktbeherrscher in der ersten Phase des *predatory pricing* in Kauf genommene «Opfer» als ökonomisch rational begriffen werden kann, müssen **Aussichten** dieses Unternehmens **auf kompensierende suprakompetitive Preise** *ex ante* höher einzuschätzen sein als die Wahrscheinlichkeit, [Seite 1351] dass *Gegenteiliges* eintritt,[1918] nämlich: dass während der *recoupment period* solche Preise aus welchem Grund auch immer nicht praktikabel oder durchsetzbar sind und folglich die Investition des Prädators *nicht* «rentabilisiert» wird.[1919] Bleibt die Kompensation aus, wird im Schrifttum nicht selten angenommen, dass die Unterbietungsstrategie *kein missbräuchliches Ziel* verfolgt und mithin die Konsumentenwohlfahrt *nicht beeinträchtigt* bzw. den Wettbewerb *nicht schädigt* (s. N 466 ff.). In dieser Unterstellung liegt die Implikation der *gemeinsamen* Annahme nahezu sämtlicher in N 441 ff. gesichteter Theorien, dass *predatory pricing* eine zweigliedrige Struktur aufweist, die der Logik eines zunächst in Kauf genommenen Profitopfers mit anschliessender Ausgleichsertragsphase folgt (was zugleich auf die in N 422 erläuterte «wohlfahrtstheoretische Doppelbindung» jeder Prädationsstrategie hinausläuft).[1920] Einen *recoupment*-Test im eigentlichen Sinne (d. h. einen solchen, der für die Abschätzung der Kompensationsaussichten kein *«proxy»* – wie z.B. hohe Marktzutrittsschranken – verwendet; s. N 473) trifft man in modernen Kartellrechtsordnungen hauptsächlich in zwei unterschiedlichen Formen an:

bbb) *Brooke Group*-Kompensationstest

Die **erste**, in der Sache «scharfe» und von den Beweisthemen her den Kläger stark herausfordernde **Version dieses Tests** wurde vom *U.S. Supreme Court* im Jahr 1993 in seinem Urteil ***Brooke Group*** entworfen. Darin wird die Bezugsfrage des Tests mit den Worten resümiert: **464**

> «[One of the …] prerequisite to holding a competitor liable under the antitrust laws for charging low prices is a demonstration that the competitor had […], under § 2 of the Sherman Act, *a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices*. […]. ‹For the investment to be *rational*, the [predator] must have a *reasonable expectation* of recovering, in the form of later monopoly profits, more than the losses suffered.› *Matsushita*, […] at 588–589. Recoupment is the ultimate object of an unlawful predatory pricing scheme; it is the means by which a predator profits from predation. *Without it, predatory pricing produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced*».[1921]

[Seite 1352] Der primäre Zweck dieser Version des *recoupment*-Tests soll gemäss *Supreme Court* in der Vermeidung von Entscheidungsfehlern des Typs I (s. N 123) bestehen.[1922] Aber auch andere Funktionen schreibt die US-amerikanische Gerichtspraxis diesem Test zu. Ein Teil der Appellationsgerichte geht davon aus, dass dieser Test der Feststellung diene, ob eine Niedrigpreisstrategie die *Konsumentenwohlfahrt beeinträchtige*; Prämisse dieser Auffassung ist die (nicht einmütig akzeptierte) Annahme, dass sich eine Prädation ohne *recoupment* nicht wettbewerbsschädlich auswirkt (s. N 419); meist gestaltet sich die Begründung dieser Ansicht so, wie sie FRANK EASTERBROOK, J., im *Rose Acre*-Urteil formuliert hat:

> «Price less than cost today [… without a dangerous probability of recoupment tomorrow] bestows a gift on consumers. Because antitrust laws are designed for the benefit of consumers, not competitors, a gift of this kind is not actionable».[1923]

Schliesslich wird eine weitere Aufgabe des *recoupment*-Tests manchmal auch in der *Vereinfachung der Analyse* von Preisunterbietungssachverhalten erblickt. Das Argument lautet: Weil es keinen Konsens darüber gibt, was ein Preis *«below costs»* genau ist (s. N 450 ff.), nimmt dieser Test die an sich dem Kosten/Preis-Test zugedachte Rolle ein:

> «It is much easier to determine from the structure of the market that recoupment is improbable than it is to find the cost a particular producer experiences … Market structure offers a way to cut the inquiry off at the pass […]».[1924]

Was alsdann die Beweismöglichkeiten im Rahmen des *Brooke Group*-Tests anlangt, so hat der *Supreme Court* präzisiert, dass die Erfüllung der Kriterien dieses Tests auf zwei verschiedenen Arten dargetan werden kann. In dessen Worten:

> «[T]here are *two means* by which one might infer that [… defendant] had a reasonable prospect of producing sustained supracompetitive pricing in the [… relevant market] adequate to recoup its predatory losses: *first*, if […] *output* or *price information* indicates that [… defendant's price] *in fact* produced *supracompetitive* prices in [… the relevant market]; or *second*, if *evidence* about the market and [… defendant]'s *conduct* indicate that the alleged scheme was *likely* to [Seite 1353] have brought about [… supracompetitive] pricing in the [… relevant market], *even if it did not actually do so*».[1925]

Nach dem *Supreme Court* sind also *ex post*- und *ex ante*-Nachweise von hinreichenden Kompensationserwartungen bzw. von erfolgreicher Kompensation *alternative* (und *nicht*: kumulative) Beweisführungsmöglichkeiten. Aus praktischer Sicht wird die Wahl des Klägeranwalts für eine dieser Alternativen davon abhängen, in welchem Stadium sich die Unterbietungsstrategie des Marktbeherrschers bei Verfahrenseinleitung befindet: Bis zum Abschluss der Prädationsphase ist die *ex ante*-Beweisführung unumgänglich, weil tatsächliche Kosten- und Ertragszahlen aus naheliegenden Gründen fehlen; nach abgeschlossener und erfolgreicher Prädation ist die *ex post*-Variante aus Sicht des Klägers erfolgsversprechender, da man es alsdann nicht mit hypothetischen (geschätzten), sondern mit *realen* Daten zu tun hat, denen zwangsläufig eine grössere Akkuratesse eigen ist. Während die letzterwähnte Möglichkeit gemäss *Supreme Court* die Form einer ausführlich dokumentierten Bilanzierung von realen Prädationskosten und Kompensationserträgen annehmen muss,[1926] gestaltet sich der *ex ante*-Nachweis spekulativer. Der Kläger wird vorab beweisen müssen, dass die Prädationsstrategie die *Eignung* besitzt, das *vom Prädator verfolgte Ziel zu erreichen*.[1927] Dieses Ziel kann auf beherrschten Märkten entweder in der Marktverdrängung eines oder mehrerer *aktueller* Rivalen, in der Disziplinierung bzw. Marginalisierung ebensolcher Konkurrenten oder in der Abschreckung eines oder mehrerer *potentieller* Wettbewerber, in den beherrschten Markt einzutreten, bestehen. Um die hinlänglichen Aussichten auf *recoupment* des Prädators zu prüfen, gilt es – wiederum nach dem obersten US-amerikanischen Gericht in *Brooke Group*[1928] – [Seite 1354] *marktstrukturelle Faktoren* zu untersuchen, die *in casu* den relevanten Markt *spezifisch* auszeichnen:[1929]

> «For recoupment to occur, below-cost pricing must be capable, as a threshold matter, of *producing the intended effects* on the firm's rivals, whether driving them from the market, or […] causing them to raise their prices to supracompetitive levels […]. This requires an understanding of the extent and duration of the alleged predation, the relative financial strength of the predator and its intended victim, and their respective incentives and will».[1930]

ELZINGA/MILLS haben in ihrer tiefschürfenden Fallstudie darauf aufmerksam gemacht, dass dieser Passus insofern ergänzungsbedürftig ist, als im *Brooke Group*-Urteil noch an anderen Stellen weitere derartige Faktoren genannt werden, nämlich: (1) Der Spread zwischen Niedrigpreis und den «wirklichen» Kosten, (2) die Verteilung der Marktanteile unter den verschiedenen aktuellen Rivalen, (3) die Höhe der Markteintrittsbarrieren[1931] und (4) die Produktionskapazität des Prädators,[1932] die dessen Potenz angibt, die Steigerung der Nachfrage während der Prädationsphase und auch danach zu bewältigen.[1933] Hervorzuheben ist allerdings, dass die US-amerikanische Rechtsprechung an beide Arten des Kompensationsnachweises besonders hohe Ansprüche stellt.[1934] Im Hinblick auf den *ex post*-Nachweis hinreichenden *recoupment* wurde mit Ironie bemerkt:

> «Proving the amount of lost profits but for the incumbent's predatory pricing scheme is, to put it mildly, ‹not a straightforward matter.› Ascertaining this ‹but-for› world requires the showing of [Seite 1355] the but-for market price, plaintiff's but-for market share, and plaintiffs profitability at the but-for price and market share».[1935]

Ähnliches stellen HOVENKAMP/HOVENKAMP in Bezug auf den *ex ante*-Kompensationsbeweis fest:

> «Predicting the length and opportunity cost of a predation strategy, what the likely recoupment (supracompetitive) price would be, when entry might occur and how quickly it would move prices back to the competitive level is typically an exercise in pure speculation […]».[1936]

ccc) Kompensationsanalyse als «Plausibilitätskontrolle»

465 Die **zweite Version** des Kompensationstests, die vor allem in der kontinentalen Rechtswissenschaft vertreten wird, ist demgegenüber bestrebt, die hohen Anforderungen des *Brooke Group*-Tests vernünftig zu lockern. Diese Anforderungen werden einerseits als übertrieben restriktiv – und zwar in dem Sinne, dass sie dem Kläger geradezu Unrealistisches abverlangen – und andererseits als Entscheidungsfehler 2. Ordnung (*false negatives*; s. N 123) begünstigend angeschaut. Deswegen gründet die hier fragliche Testversion auf dem Gedanken, dass die Kompensationsaussichten eines Marktbeherrschers mithilfe einer Methodik evaluiert werden müssen, die sich primär an den *tatsächlich vorhandenen Untersuchungsmöglichkeiten und -ressourcen* von Wettbewerbsbehörden und Gerichten orientiert. Die sich stellenden industrieökonomischen Fragen sollen dementsprechend einer schlichten **«Plausibilitätskontrolle»**[1937] – in der Literatur ist auch von *«cross-check»* die Rede[1938] – unterzogen werden, die die Übersteigerungen des *Brooke Group*-Tests (s. N 464 ff.) zu meiden erlaubt. Beabsichtigt ist eine *Wahrscheinlichkeitseinschätzung* (und nicht: ein *«strikter»* Beweis etwa im Sinne des bundesgerichtlichen «Regelbeweismasses»[1939]) der Frage, ob die Wettbewerbslage, in welcher sich Marktbeherrscher und Rivalen während des *predatory pricing* befinden, der Realisierung einer Kompensation der Opfererbringung und, allenfalls, der Opportunitätskosten, die in der Prädationsphase anfallen, *förderlich* ist.[1940] Diese Kontrolle stellt in der Hauptsache auf *marktstrukturelle* Faktoren und auf die konkret zur Zeit der Ausübung der inkriminierten Niedrigpreisstrategie auf dem relevanten Markt herrschenden *Wettbewerbsbedingungen* ab. In der Marktstrukturanalyse stehen die *Marktanteile*, die *Markteintrittsbarrieren* und [Seite 1356] ferner die *Kapazitäten* des Marktbeherrschers im Vordergrund.[1941] Denn diese Faktoren weisen im Rahmen der Bewertung der Kompensationsaussichten einen *inneren Zusammenhang* auf: Bei niedrigen Marktanteilen des Prädators und tiefen Zutrittsschranken ist ein aggressives Preissetzungsverhalten für wirksamen Wettbewerb wenig bedrohlich, sodass diesfalls auch die Produktionskapazitäten des Marktbeherrschers, welche bei erfolgreicher Prädation die gesteigerte Nachfrage müssten absorbieren können, an Bedeutung verlieren. Dieselbe Logik spielt selbstverständlich auch in die andere Richtung, also bei umgekehrter Marktlage (beträchtliche Marktanteile des herrschenden Unternehmens, hohe Eintrittsbarrieren usw.).[1942] Zuweilen kann das Verhaltensmuster des Prädators auch Aufschlüsse über das *Design der geplanten Unterbietungsstrategie* geben, was als Anhaltspunkt für die Bewertung der Kompensationsaussichten dienen kann.[1943] Sodann kann auch das Unternehmen als solches, das der Marktbeherrscher führt (sog. *going concern*), aus *betriebswirtschaftlicher* Sicht auf die Frage untersucht werden, ob sich die Niedrigpreisstrategie in irgendeiner Hinsicht auszahlen kann, falls deren Ziel (Verdrängung, Disziplinierung, Abschreckung usw.; s. N 80) nicht erreicht wird.[1944] Insgesamt kann gesagt werden, dass die soeben dargestellte laxere (oder «strukturell-analytische») Version des *recoupment*-Tests von einer anderen wettbewerbspolitischen Anschauung als derjenigen, auf welcher der *Brooke Group*-Test fusst, angeleitet wird: Auf eine hochpräzise Kosten/Ertrags-Bilanz wird verzichtet,[1945] um eine *raschere Intervention der Wettbewerbsbehörden* zu ermöglichen,[1946] was nach kontinentalem Kartellrechtsverständnis dem Präzisionsgrad des *Brooke Group*-Tests allemal vorzuziehen ist.[1947]

ddd) Funktion der Kompensationsanalyse

Die **Notwendigkeit eines Kompensationstests** als Bestandteil des Analyseschemas von Preisunterbietungsstrategien ist in der modernen Industrieökonomik *keineswegs unbestritten*. Man muss in diesem Zusammenhang freilich zwischen der Diskursebene der *Praxis* und derjenigen der *Theorie* differenzieren: **466**

Aus rein **praktischer Perspektive** wird gegen den *recoupment test* von *Brooke Group* (s. N 464 ff.) oft eingewendet, dieser schraube die Beweisanforderungen an den Verdrängung behauptenden Rivalen dermassen in die Höhe, dass eine sich auf § 2 Sherman Act[1948] stützende *predatory pricing*-Klage faktisch aussichtslos sei.[1949] Dass diese Rechtsprechung ein *false negatives*-Risiko (s. N 123) in sich birgt,[1950] ist dann gewissermassen eine sich aus diesem Einwand von selbst aufdrängende Folgerung.[1951] Freilich ist dieser Einwand seinerseits nicht unproblematisch. Denn er gründet auf der Annahme, dass in der Realität von einem deutlich häufigeren Vorkommen prädatorischer Strategien auszugehen sei, als dies die behördlichen und gerichtlichen Entscheidungsstatistiken an [Seite 1357] gäben.[1952] Nichts bis heute stützt empirisch diese Unterstellung. Umgekehrt gibt es aber Anzeichen dafür, dass der von diversen US-amerikanischen *Circuit Courts* geforderten hochgradigen *Substanziierung* des *Kosten/Ertrags-Beweises* – der sog. *recoupment*-Bilanzierung (s. N 464) – sowohl im Falle von *ex ante*- als auch in demjenigen von *ex post*-Klagen (s. N 464) nur schwerlich genügt werden kann (s. FN 1923). Auf die *Brooke Group*-Praxis hat die *industrial organization* mit einer Unzahl von Vorschlägen reagiert, die den Grundgedanken der geschilderten «Plausibilitätskontrolle» europäischer Provenienz (s. N 465) aufnehmen und – je nach der Funktion, die der Urheber des Vorschlags dem Kompensationstest zuschreibt (s. N 469 ff.) – auf sehr unterschiedliche Art konkretisieren.[1953] Bei diesen Vorschlägen handelt es sich um *pragmatische* «Kunstgriffe», die zwar gewisse Überspitzungen des *Brooke Group*-Tests durchaus mässigen,[1954] aber an dessen Prinzip nichts Massgebliches ändern.[1955] **467**

In der Debatte weiterführender haben sich demgegenüber die **theoretischen Auseinandersetzungen** mit diesem Test erwiesen (die in N 464 bereits teilweise angesprochen worden sind). Um näher auf diese einzugehen, wird hier an die von LESLIE vor ein paar Jahren vorgetragene These angeknüpft, wonach ein *recoupment test* gemäss *Brooke Group* im Rahmen der Analyse einer Kampfpreisstrategie *überflüssig* sei. Oder konkret in den Worten des Autors: «Whether a monopolist recoups the money that it has spent to acquire monopoly power does not determine whether its anticompetitive conduct has harmed consumer welfare».[1956] Daraus folgert LESLIE in aller Radikalität: «[I]t is time to abandon the recoupment requirement in section 2 predatory pricing cases».[1957] Mit seiner These wendet sich dieser Autor gegen die kontroverse Ansicht, dass ein *recoupment* im [Seite 1358] Sinne des *Brooke* Group-Urteils eine notwendige Voraussetzung für den Nachweis einer Wettbewerbsbeeinträchtigung, also eines wohlfahrtsökonomischen Schadens von Prädationsverhalten darstellt.[1958] Was LESLIEs These im vorliegenden Kontext als geeignet erscheinen lässt, um die Notwendigkeit bzw. (in einem generelleren Sinn) die *Funktion* eines *recoupment test* zur Diskussion zu bringen, ist die von ihrem Urheber gewählte Argumentationslinie. Diese besteht darin, den sog. *«welfare double-bind»*, welcher, wie in N 422 näher erläutert, der Preisunterbietung inhärent ist und die kartellrechtliche Bewältigung dieses Sachverhalts ausnehmend erschwert, gleichsam zu «umschiffen». Zu diesem Zweck bringt LESLIE zwei bisher im Recht der Preisunterbietung noch wenig beachtete industrieökonomische Argumente ins Spiel. *In nuce*: **468**

(1) Den Kompensationstest i.S.v. *Brooke Group* abzuschaffen, empfehle sich einmal deshalb, weil jede Kampfpreisstrategie so oder anders – will sagen: ob nun ein *recoupment* erfolgt oder nicht – unweigerlich die Konsumenten schädige. Denn man muss, meint LESLIE, zwischen der Gruppe von Verbrauchern, die in der Prädationsphase *begünstigt* wird, und derjenigen, die in der Kompensationsphase *benachteiligt* wird, unterscheiden: **469**

> «Consumers paying monopoly prices in the post-predation period are injured even if the monopoly price is insufficient to recoup the investment in predatory pricing. Some commentators have suggested that ‹in order to injure consumers, the prices set by the surviving firm … must rise to a supracompetitive level for a time period sufficient to allow the predator firm to recover its investment … including the time value of money.› That is incorrect because the plaintiffs' antitrust injury exists independent of recoupment. […] Consumers who pay supracompetitive prices in the post-predation period are injured regardless of recoupment because they are being forced to pay a monopoly price for the product. The fact that earlier consumers received a lower price is irrelevant to the fact that current customers are being victimized by a monopoly that acquired its power through predatory conduct and not through efficiency or a superior product».[1959]

[Seite 1359] Mit dieser Betrachtungsweise wählt LESLIE indessen einen Ansatz, der im Kontext kaum weiterführt. Der wettbewerbspolitische Standard der *Konsumentenwohlfahrt* – so wie er etwa vom Schweizer Kartellgesetzgeber zugrunde gelegt wurde (s. N 118) – sollte anders, als LESLIE dies tut, der ihn auf *individuelle* Verbraucher oder auf bestimmte Verbraucher*gruppen* bezieht, angegangen werden.[1960] In einem *kartellrechtlichen* Zusammenhang empfiehlt es sich, diesen Standard – um es im Jargon der Wohlfahrtstheorie auszudrücken, die darin eine Form der «aggregierten Renten aller Verbraucher» (*consumer surplus*; s. N 115) erblickt – als einen theoretischen *Messfaktor der Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft* aufzufassen, welcher der Differenz entspricht zwischen dem (Reservations-)Preis, den die Konsumenten zu zahlen bereit sind, und dem (Markt-)Preis, den sie aufgrund des Angebot-/Nachfragespiels tatsächlich bezahlen.[1961] STRADER liefert die theoretische Begründung:

> «[E]ven if some consumers gain at the expense of others, judges and competition authorities still must evaluate the entire practice, not just a portion of it. Otherwise they would attach greater societal weight to the losses of one consumer group relative to the gains of a closely related alternative group, even if the gains exceed the losses, generating efficiency in the Kaldor-Hicks sense. Purchasing a product in different time periods does not justify separate legal or economic categories for consumers, so judges and competition authorities have no coherent basis to favour one consumer group over another, except by comparing gains to losses».[1962]

Insofern, so lässt sich zusammenfassen, bringt LESLIE mit Blick auf seinen ersten Grund zur Abschaffung des Kompensationstests eine Perspektive ins Spiel, die sich in Bezug auf sein Anliegen als inadäquat erweist.

(2) Der zweite Grund, der in den Augen LESLIEs zugunsten einer Aufgabe des *recoupment test* in der Form des *Brooke Group*-Urteils (s. N 464) spricht, sieht dieser Autor darin, dass **470**

> «[d]uring the period of below-cost pricing, predatory pricing causes overconsumption as consumers base their purchasing decisions on the artificially deflated price. This overconsumption is inefficient [… since] below-cost pricing creates artificial demand for the product. In a properly functioning market, prices signal consumers about the scarcity and social value of a particular product. Below-cost pricing sends consumers the wrong signal and causes resources to shift away from higher-value uses».[1963]

Zur Begründung seiner **These der Überkonsumtion** als Quelle allokativer Ineffizienz beruft sich LESLIE hauptsächlich auf WILLIAMSON.[1964] Dieser Autor setzt allerdings diese [Seite 1360] Ineffizienzerscheinung im Falle von *predatory pricing* unter restriktive Bedingungen, die LESLIE (zumindest in ihrer ursprünglichen Spezifizierung) nicht übernimmt. WILLIAMSON erörtert an einem Beispiel (das hier nicht resümiert zu sein braucht[1965]), dass eine auf *price cuts* zurückzuführende Überkonsumtion nur unter drei Bedingungen sozialkostentheoretisch ins Gewicht fällt: Zunächst müssen die Konsumenten den Niedrigpreis irrtümlich als *permanent* (anstatt temporär) auffassen; alsdann müssen sie aufgrund ihrer (falschen) Unterstellung beschliessen, ihr Konsumverhalten an den Niedrigpreis *anhaltend* anzupassen; schliesslich muss diese Anpassung *substanzielle Fixkosten* zur Folge haben.[1966] Empirisch sind keine Daten vorhanden, die über Frequenz und Ausmass solcher Konsumentenreaktionen Auskunft geben. Angesichts des Umstands

aber, dass nach der heute von manchen Industrieökonomen präferierten Annahme, Preisunterbietungsstrategien seien tendenziell selten anzutreffen (s. N 420), wird man (zumindest im Sinne einer *näherungsweisen Schätzung [«informed guess»]*) davon ausgehen, dass die in Prädationsfällen durch Überkonsumtion generierten Sozialkosten vernachlässigbar sind. Vor allem aber stellt sich die Frage, ob das Kartellrecht sich mit dem von LESLIE vorgebrachten Effizienzproblem auseinandersetzen und allenfalls darauf zugeschnittene Regeln vorsehen sollte. Der *U.S. Supreme Court* hat in *Brooke Group* die Frage verneint: «Even if the ultimate effect of the cut is to induce or reestablish supracompetitive pricing, discouraging a price cut and forcing firms to maintain supracompetitive prices, thus depriving consumers of the benefits of lower prices in the interim, does not constitute sound antitrust policy. Cf. Areeda & Hovenkamp 714.2d, 714.2f; Areeda & Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, 88 Harvard L. Rev. 697, 708–709 (1975); Posner, Antitrust Law: An Economic Perspective, at 195, n. 39».[1967] Auch die moderne Industrieökonomik tendiert dazu, die Frage zu verneinen. So haben JOSKOW/KLEVORICK notiert,

> «[…] that any standard that encourages entry by forcing price to be kept above long-run marginal cost for a period of time necessarily runs the risk of preserving inefficient firms, whether existing ones or entrants, for some period».[1968]

Letztlich wird man aus dem soeben Gesagten das Fazit ziehen, Einiges spreche dafür, dass man LESLIEs zweiten Grund für die Aufgabe eines *recoupment test* bei der Analyse von Prädationsverhalten mit Skepsis begegnen sollte.

471 Der Ansatz LESLIEs hat – über die soeben in N 469 f. vorgebrachten Gegenargumente hinaus – im industrieökonomischen Schrifttum eine generelle, grundsätzliche Kritik erfahren, die mit STRADER folgendermassen artikuliert werden kann:

> «These arguments [sc. LESLIE's arguments] ignore opportunity costs and market conditions in the ‹but-for› world, misinterpret market power, and assume that judges and competition authorities can impose prices at the dominant undertaking's marginal cost».[1969]

Dennoch sollte man LESLIEs These der Überflüssigkeit eines *recoupment test* in der vom *U. S. Supreme Court* in *Brooke Group* designten Form nicht gänzlich in den Wind schlagen. Selbst wenn die Begründung der These LESLIEs Skepsis hervorruft, heisst dies nicht [Seite 1361] zwangsläufig, dass diese These *als solche* verfehlt wäre. Vielmehr muss sie aus ihrem ursprünglichen *Brooke Group*-Kontext herausgelöst werden, damit ihr Erkenntnispotential genutzt werden kann. Fragt man nach der *Funktion* im Allgemeinen eines *recoupment test* in Prädationsfällen, so zeigt die vorausgehende Auseinandersetzung mit LESLIEs These zumindest eines: dass sich dieser Test aus Gründen seiner *konzeptionellen Anlage* schwer damit tut, als Instrument zur Untersuchung der Frage eingesetzt zu werden, ob eine Prädation wettbewerbswidrige bzw. konsumentenwohlfahrtsschädigende Effekte zeitigt. In Praxis und Lehre wird diese Tatsache nicht immer klar erkannt.[1970] In Wahrheit, wie in N 455 erläutert, zielt die diesem Test in der Sache zugeordnete Aufgabe darauf ab, nach erfolgter Identifikation einer «nicht profitmaximierenden» Strategie des Marktbeherrschers vermittels *sacrifice*-Test (s. N 481) abzuklären, *welches Unternehmensziel* damit verfolgt wird. Mit der wohlfahrtsökonomischen Dimension einer Preisunterbietung hat diese Funktion keinen *unmittelbaren* Zusammenhang. Ein Kompensationstest erstellt ja nicht, *dass* ein *recoupment tatsächlich* stattgefunden hat (was im Falle einer Analyse *tatsächlich eingetretener* Effekte einer gegebenen Prädation erforderlich wäre; s. N 494). Vielmehr soll dieser Test der Beantwortung der Frage dienen, ob dem *prima facie* irrationellen «Opfer» in der Prädationsphase (1) ein rationelles Unternehmensziel zugrunde liegt, (2) das eine Wettbewerbsstörung zum Gegenstand hat (s. N 440).[1971] Er hat also im Gesamtraster der Preisunterbietungsanalyse eine andere Funktion als die Feststellung antikompetitiver Auswirkungen, nämlich eine solche der *Einschätzung* der Entscheidungslage des Prädators *vor* Beginn seiner Strategie: Diese Funktion besteht in der Ermittlung, wie *wahrscheinlich* die *ex ante*-Aussichten des Prädators auf Kompensation sind, um über die **Rationalität** (hier verstanden im Sinne von: lat. *ratio* «Berechnung») der von diesem bewusst *in Kauf genommenen Opportunitätskosten* des *predatory pricing* befinden zu können. Ob sich diese Aussichten realisieren werden, steht ausserhalb der

Reichweite des einem *recoupment test* innewohnenden Aussagepotentials, weil dieser Test *prognostischen* Charakter hat (und nicht vergangenheitsbezogen ist).[1972] Zur Vermeidung der damit verbundenen Risiken von Entscheidungsfehlern des [Seite 1362] Typs I und II ist gegenwärtig keine realistische Alternative bekannt.[1973] *Diese Frage steht also ausserhalb seines Zweckes* (s. N 464 f.). Aus diesen Zusammenhängen lässt sich zweierlei folgern:

472 (1) Weil jeder Prognose zwingende Bedeutung fehlt – was die Zukunft bringt, bleibt in der Gegenwart unweigerlich offen –, ist der vom *Brooke Group*-Test (s. N 464 ff.) angestrebte Präzisionsgrad kaum erreichbar[1974] (d.h. ohnehin erst *ex post* zu erreichen, was dem nach kontinentalrechtlicher Auffassung vorrangigen Bedürfnis nach möglichst früher Intervention der Wettbewerbsbehörden während der ersten Phase der Prädation widerspricht;[1975] s. N 422). Deshalb kann ebenso gut darauf verzichtet werden. Daraus wird man schliessen, dass ein Kompensationstest im Sinne der in N 465 geschilderten **«Plausibilitätskontrolle»** für die Zwecke von Art. 7 Abs. 2 lit. d (was freilich einen *trade-off* mit den damit einhergehenden, in der Praxis, zurzeit jedenfalls, unvermeidlichen Entscheidungsfehlerrisiken impliziert[1976]) ausreicht, um die Frage der Rationalität einer «nicht profitmaximierenden» Niedrigpreisstrategie mit hinlänglichen fallbezogenen Einsichten zu beantworten.[1977]

473 (2) Ist die Zulänglichkeit des Kompensationstests als «Plausibilitätskontrolle» zu bejahen, liegt die Frage nahe, ob der im industrieökonomischen Schrifttum vorgeschlagene ***«finding of dominance»*-Test**, der den Nachweis qualifizierter Marktmacht als *«proxy»* für *recoupment* verwendet, eine taugliche Alternative darstellt.[1978] STRADER hat die «Logik» dieses Tests anschaulich mit den Worten beschrieben:

> «EU Institutions historically have not required the Commission to prove a likelihood of recoupment […] because the same factors that establish dominance – high and sustained market shares and profit margins, predominately inelastic demand for the undertaking's products, product differentiation, and the existence of high entry barriers – also support the ability to recoup».[1979]

Diese Testversion weist namentlich den Vorteil eines effizienten Umgangs mit behördlichen Untersuchungsressourcen auf. FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO befürworten dieses Vorgehen nachdrücklich, und zwar aufgrund von folgenden Überlegungen:

> [Seite 1363] «*[I]n lieu* of proving recoupment, it should be demonstrated that the alleged predator enjoys a strong dominant position. This is because only if a firm has a lot of market power, will it be able to recoup any profits lost during the predatory phase. [… A] prerequisite for the finding of dominance is that the firm has substantial market power, which implies that current rivals do not exercise strong constraints on prices, and that sufficiently large barriers to entry exist in the industry, which makes it likely that – after the exit of the prey – the dominant firm will increase prices».[1980]

Angesichts der sich stark überschneidenden jeweiligen *strukturellen* (und teils auch verhaltensbezogenen) *Analyse*, die im Rahmen der erwähnten «Plausibilitätskontrolle» (s. N 465) einerseits und der Bestimmung über die Marktbeherrschung[1981] andererseits vorzunehmen ist, wird man diesem Vorschlag die Eignung nicht absprechen, als *«proxy»* für die Einschätzung der *ex ante*-Kompensationsaussichten des Prädators zu dienen.[1982] Und zwar vor allem, wenn Marktverhältnisse von tendenziell niedriger Komplexität vorliegen. Allerdings spricht ein gewichtiger Aspekt gegen ein solches Vorgehen, der in N 492 f., 494 ausführlich evaluiert wird.

474 Als **Zwischenfazit** kann hier festgehalten werden, dass die *Funktion* des in N 450 erörterten *sacrifice test* und des im vorliegenden Abschnitt behandelten *recoupment test* darin besteht, die *Wahrscheinlichkeit einer Störung des Wettbewerbsprozesses* durch Prädation einzuschätzen. Die mithilfe von diesen zwei Tests ermöglichte (1) Identifizierung von Niedrigpreisstrategien, die (2) darauf hinzielen, Mitbewerber des Marktbeherrschers «[…] durch andere Mittel als den Leistungswettbewerb vom Markt aus[zu]schließen»,[1983] ist allerdings *nicht hinreichend*, um auf Erfüllung des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 2 lit. d zu erkennen.

ee) Industrieökonomische Implikation III: Wohlfahrtstheoretische Analyse

Ohne prädiktive Wirkungsanalyse bleibt die Untersuchung von Wettbewerbswidrigkeit und Konsumentenwohlfahrtsschädlichkeit der Prädation ein Würfelspiel (s. N 466 ff.).[1984] Zu Recht hat BEHRENS in diesem Zusammenhang hervorgehoben: **475**

> [Seite 1364] «[I]m Rahmen des Art. 102 AEUV [stellt sich] das Problem der Abgrenzung zwischen zulässigen Niedrigpreisstrategien, die Ausdruck der *Leistungsfähigkeit* des marktbeherrschenden Unternehmens sind, und Kampfpreisstrategien, die allein den Zweck der *Verdrängung* von Konkurrenten verfolgen […]. [F]ür die Lösung dieses Abgrenzungsproblems muss zunächst einmal [auf] die Überlegung […] abgestellt werden], *dass allein die objektive Feststellung einer Niedrigpreisstrategie nichts über ihre Wettbewerbskonformität bzw. ihre Wettbewerbswidrigkeit aussagen kann*».[1985]

Auf den ersten Blick könnte es allenfalls folgerichtig scheinen, dass die europäische Kommission zur Prüfung der Nachteiligkeit einer solchen Strategie für den Wettbewerb an die Feststellung einer *wettbewerbswidrigen Marktverschliessung* (s. N 81) anknüpft[1986] und darin eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit erblickt, dass sich die Rivalität zwischen Mitbewerbern vermindert.[1987] Allerdings beeinträchtigt eine Niedrigpreissetzungsstrategie bei Weitem nicht in jedem Fall den Wettbewerb. Das sich stellende Problem hat die ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY im Jahre 2005 plastisch umschrieben:

> «[T]he same practice can […] have either pro- or anticompetitive effects, depending on the circumstances. To take a simple example, low prices are at the heart of a desirable competitive process. And in some cases (introductory pricing, economies of scale and scope, learning-by-doing, network effects), even prices that are below cost for some period constitute ‹normal› competitive prices. But it is also true that in specific circumstances, low prices […] can have an exclusionary effect and harm consumers in the medium- to long-run».[1988]

Um die Grenze zu ziehen, bedarf es der Entwicklung einer *theory of harm*, wie sie in N 147 ff. dargestellt wurde. In diesem Sinne gehen Industrieökonomen bei preisbezogenen Verdrängungsmissbräuchen davon aus, dass die relevante Fragestellung dahingehend lautet, ob «[…] pricing [is calculated] at a level […] to exclude from the market an equally or more efficient competitor» *(«limit pricing»)*.[1989] Diese Fassung des Problems ist insofern kohärent, als im Wettbewerb um den Parameter *«Preis»* die einzige Möglichkeit unter Art. 7, die Konsumentenwohlfahrt zu vermindern, darin besteht, aktuelle Konkurrenten vom Markt auszuschliessen, sie in ihrem Marktverhalten zu disziplinieren, oder potentielle Rivalen vom Markteintritt abzuhalten (s. N 504), sofern (und nur dann) – dies ist nun der entscheidende Punkt – folgende Voraussetzung erfüllt ist: «There is no net welfare loss if *less-efficient* companies are eliminated, since *any properly-functioning* competitive process would have the *same effect*».[1990]

[Seite 1365] In *praktischer* Hinsicht werden diese theoretischen Zusammenhänge vermittels des *«as efficient competitor»*-Tests (**«AEC-Test»**; synonyme Bezeichnungen sind: *«equally efficient competitor»*-Test; «ebenso effizienter Wettbewerber»-Test) umgesetzt.[1991] Dieser [Seite 1366] Test ist kein Analyseverfahren, das bei sämtlichen preisbezogenen Verdrängungsmissbräuchen in *einheitlicher* Form angewendet wird; bei jeder Variante dieser Verhaltenskategorie (z.B. bei *margin squeeze*, retroaktiven Rabatten, selektiven Preisen usw.) bedarf er jeweils der Anpassung an deren Spezifitäten (s. N 543).[1992] «Den» AEC-Test «als solchen» gibt es daher nicht. Im Kontext bedeutsam ist freilich, dass dieser Test ursprünglich aus der Forschung über *predatory pricing* stammt,[1993] sodass in dieser Beziehung die Anpassungsfrage nicht im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit steht. Das bedeutet nicht, dass dieser Test mit Blick auf Prädationsverhalten keine Schwierigkeiten in seiner «technischen» Ausgestaltung oder Anwendung kennen würde (s. N 477, namentlich FN 1997). Es gibt ganz bestimmte Fallkonstellationen, in welchen der AEC-Test lediglich eine beschränkte oder keine Aussagekraft für Unterbietungssachverhalte **476**

besitzt (s. N 477). Alsdann müssen alternative analytische Verfahren gefunden werden, um die Funktion dieses Tests zu erfüllen (s. N z.B. N 556). Diese Einsicht hat im Schrifttum zu Stellungnahmen veranlasst, die den AEC-Test in seiner Funktion weitgehend oder gänzlich ablehnen. Diese Stellungnahmen beruhen meist auf einer fragwürdigen Generalisierung der Leistungsgrenzen, die der AEC-Test fraglos aufweist (s. N 477). Insbesondere übersehen sie in ihrer Argumentation regelmässig, dass die Funktion eines industrieökonomischen Tests massgeblich von den Zwecksetzungen der Gesetzgebung abhängt, zu deren Implementierung dieser beizutragen hat.[1994]

477 Im Einzelnen besteht das Schema des AEC-Tests in einem **Vergleich**. Die zueinander in Bezug zu setzenden Grössen sind der vom *marktbeherrschenden Unternehmen praktizierte Preis* einerseits und die *Kosten eines AEC* andererseits.[1995] Dabei gibt es den AEC «als solchen», wie bereits erwähnt, in der Wirklichkeit nicht; er stellt eine *Hypothese* dar, die auf der alleinigen Bedingung fusst, der AEC produziere einen bestimmten *output* zu denselben Kosten wie der (seinerseits real existierende) Marktbeherrscher.[1996] Mit der Gegenüberstellung der zwei erwähnten Grössen wird untersucht, ob der Preis des Prädators die Kosten des «ebenso effizienten Wettbewerbers» *deckt*. Ist dies nicht der Fall, wird man davon ausgehen, dass sich das mithilfe des *sacrifice*- und *recoupment*-Tests als «rational-wettbewerbsbeeinträchtigend» identifizierte Unterbietungsverhalten (s. N 475) aller Wahrscheinlichkeit nach zum Nachteil der Konsumentenwohlfahrt auswirken wird. Hinter dieser Annahme steht ein Gedankengang, der im Schrifttum folgendermassen zusammengefasst worden ist:

> «A certain economic logic attaches to considering whether the alleged victim of predation actually constrains the dominant undertaking's pricing when applying the predation test. Yet a dominant undertaking reasonably would not risk the investment in losses that predation demands unless the targeted rival restrains its prices. Otherwise the monopolist needlessly forfeits revenues to eliminate or weaken an irrelevant competitor. Assuming, therefore, that the targeted rival restrains the monopolist's pricing, protecting that competitor plausibly enhances competition over the medium term, which promotes consumer welfare».[1997]

[Seite 1367] In diesem Sinne stellt der AEC-Test der Prioritätenmitteilung die folgerichtige Weiterführung des *sacrifice*- und des *recoupment*-Tests (s. N 450 ff., 463 ff.) dar:

> «Wenn aus den Daten eindeutig hervorgeht, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber mit dem Preisverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens konkurrieren kann, wird die Kommission in der Regel daraus schließen, dass das Preisverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens den wirksamen Wettbewerb wahrscheinlich nicht beeinträchtigt und somit *keine nachteiligen Auswirkungen für die Verbraucher* hat».[1998]

Aus dieser Klarstellung geht hervor, dass der AEC-Test nach dem Dafürhalten der Kommission auf eine Analyse der *Effekte* abzielt, die das Prädatorenverhalten auf die *Konsumentenwohlfahrt* zeitigt.[1999]

[Seite 1368] *f) Missbrauchsmerkmale*

aa) Allgemeines

478 Um den Missbrauchsstandard (s. N 480 ff.) von lit. d und die diesen bildenden Missbrauchsmerkmale herauszuarbeiten, ist auf die drei grossen Erkenntnisse abzustellen, die die Industrieökonomik auf der in N 441 ff. geschilderten ca. achtzigjährigen Suche [Seite 1369] nach einem besseren Verständnis des *predatory pricing* gewonnen hat: Auf das *sacrifice*-, das *recoupment*- und das AEC-Konzept (s. N 450 ff., 463 ff. und 475 ff.). Aus kartellrechtlicher Perspektive ist auf der Basis dieser drei wirtschaftswissenschaftlichen Konzepten ein **Referenzrahmen** zu erstellen, der eine kohärente Analyse von inkriminierten Preisunterbietungen erlaubt. Der Missbrauchsstandard von lit. d kann als eine *wirtschaftsrechtlich-funktionale «Verschmelzung»* dieser drei Konzepte begriffen werden:[2000] (1) Sein *erster Bestandteil*

ist ein analytisches Verfahren, das die keineswegs triviale Frage zu beantworten hat, auf welche Weise auszumachen ist, ob ein Unternehmen seine Profite nicht maximiert. Unter Ökonomen und Juristen besteht in diesem Zusammenhang der zwar nicht wirklich breite, aber sich immerhin bislang als ziemlich robust erweisende Konsens,[2001] dass «[… a] meaningful and workable test […] for distinguishing between, predatory and competitive pricing […is to] examin[e …] the *relationship between a firm's costs and its prices*»;[2002] alles was über diesen doch etwas schmalen Konsens hinausgeht – und dies betrifft fast immer die in der Praxis bedeutsamen technischen Einzelfragen – ist kontrovers. Zumal das Problem, welche Kostenkategorie im Rahmen dieser Untersuchung zu berücksichtigen ist, sich als hochgradig kompliziert (und dementsprechend strittig) entpuppt hat. (2) Der *zweite Bestandteil* des Missbrauchsstandards der lit. d hat seine Ursache darin, dass ein nicht auf maximale Profite ausgerichtetes Geschäftsgebaren eines beherrschenden Unternehmens nicht zwangsläufig bedeutet, dass dieses ein *predatory pricing* durchzuziehen vorhat. Andere, nicht antikompetitive Motive für ein derartiges Verhalten sind denkbar.[2003] Um diese zwei Verhaltenstypen voneinander zu scheiden, bedarf es einer Überführung des industrieökonomischen *recoupment*-Konzepts in Kriterien, die im Rahmen einer Missbrauchsanalyse handhabbar sind. Bei der auf diesen Kriterien gründenden Untersuchung geht es indes nicht nur darum, dass Techniken der Aufdeckung von wettbewerbswidrigem *predatory pricing* entwickelt werden; es geht auch darum, die Transparenz des Differenzierungsmodus von illegitimen und legitimen Tiefpreisen zu steigern, damit die Unternehmen die kartellrechtliche Selbsteinschätzung ihres Verhaltens möglichst treffend leisten können. Was also ansteht, ist der übliche *tradeoff* zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit. Bedeutsam ist in diesem Kontext ferner, dass besagte Kriterien so präzise wie möglich, d.h. tunlichst als sog. *bright line rules*, konkretisiert werden, damit die Unternehmen nicht aus der Befürchtung heraus, gegen das Wettbewerbsrecht zu verstossen, davon abgehalten werden, ihre Preise in Lagen zu reduzieren, wo dies funktional erwünscht ist.[2004] Schon hier lässt sich indes festhalten: Diese Desiderata lassen sich *in praxi* kaum durchgängig realisieren. Deshalb sollten die behördlichen Tests so ausgebildet werden, dass sie **[Seite 1370]** zumindest dem Gebot der Zurückhaltung entsprechen,[2005] zumal bei *predatory pricing* die Gefahr von Fehlern 1. Ordnung *(false positives)* (s. N 123) besonders hoch ist. (3) Selbst wenn dargetan ist, dass eine Tiefpreisstrategie auf rivalenverdrängenden Motiven beruht, verbieten die Lehren der Industrieökonomik – und das ist der *dritte Bestandteil* des Missbrauchsstandards von lit. d –, dass daraus der Schluss auf wettbewerbswidrige und konsumentenwohlfahrtsschädigende Effekte dieser Strategie gezogen wird. Diese Auswirkungen müssen ebenfalls gesondert nachgewiesen werden.

479 Vor dem soeben ausgemalten Hintergrund setzt sich der Missbrauchsstandard von lit. d aus folgenden Merkmalen zusammen: (1) Die Kampfpreisstrategie des Marktbeherrschers bezieht sich auf Preise oder sonstige Geschäftsbedingungen (N 480 ff.); (2) das beherrschende Unternehmen erbringt ein «Opfer» in Form von Kostenverlusten oder Profitverzichten (N 481 ff.); (3) es hat Aussicht auf Kompensation dieser Kosten (N 492 ff.) und (4) beeinträchtigt den Wettbewerb zumindest (aber allemal) in der Kompensationsphase (N 504 ff.); (5) zwischen dem kampfpreisstrategischen Verhalten und diesen Beeinträchtigungswirkungen besteht ein Kausalitätszusammenhang (N 510); (6) schliesslich ist die Prädation durch keinerlei *legitimate business reasons* gerechtfertigt (N 511 ff.).[2006]

bb) Merkmal I: Preis und sonstige Geschäftsbedingungen

480 Wie Art. 7 Abs. 2 lit. b und c zielt auch Art. 7 Abs. 2 lit. d auf Verhaltensweisen, die entweder den Preis oder sonstige Geschäftsbedingungen zum Gegenstand haben.[2007] Grundsätzlich decken sich diese zwei **Begriffe** mit denjenigen der zwei erwähnten Missbrauchsvarianten, sodass hier auf die zu diesen Fallgruppen vorgetragenen Ausführungen verwiesen werden kann (s. N 308 f. und 375 f.). Ergänzend sei

angefügt: Was die Preise anbelangt, sind diese kostentheoretisch tief, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf der Angebotsseite steht, hingegen im selben Sinne hoch, wenn das Unternehmen auf der Nachfrageseite angesiedelt ist (s. N 426).[2008] Als sonstige Geschäftsbedingungen sind neben den Preisen im Rahmen des Unterbietungstatbestandes *angebotsseitig* insbesondere von Bedeutung: Spezialrabatte fern von Marktkonditionen, aussergewöhnlich lange Zahlungsfristen, Kredite, die an zinslose Darlehen grenzen, zeitlich kommerziell ungewöhnlich erstreckte Garantien, die (nahezu) unentgeltliche Übernahme von gewissen Logistikaufgaben usw.[2009] Diese generieren für das marktbeherrschende Unternehmen stets Verluste. Nachfrageseitig findet man *mutatis mutandis* analoge Beispiele. Die folgende Darstellung fokussiert vor allem auf den Parameter «Preis»; das Gesagte gilt sinngemäss aber auch für «sonstige Geschäftsbedingungen», die Preiswürdigkeitscharakter haben.

[Seite 1371] cc) Merkmal II: «Opfer» (*sacrifice*-Test)

aaa) Allgemeines

481 Mit Merkmal II beginnt die *Kernanalyse* einer i.S.v. lit. d suspekten Verhaltensweise, die sich stichwortartig aus den Bestandteilen «*sacrifice*-Test», «Kompensationstest» (s. N 492 ff.), «Wettbewerbsbeeinträchtigungstest» (s. N 504 ff.) und «Rechtfertigungstest» (s. N 511 ff.) zusammensetzt. Zu Beginn einer *predatory pricing*-Analyse müssen die Wettbewerbsbehörden festlegen, mit welchem der in N 455 ff. erläuterten ökonomischen Kostenstandards sie den oder die Preise des einer Prädation verdächtigten Marktbeherrschers am adäquatesten vergleichen können. Dies mit dem Ziel – was der industrieökonomisch *ersten* Fragestellung der Opfererbringungs- bzw. *sacrifice*-Phase entspricht (s. N 437) –, die in N 450 ff. näher erläuterte wirtschaftliche «Irrationalität» des inkriminierten Verhaltens zu erkunden.[2010] Weil die Fallgruppe des *predatory pricing* zahlreiche Missbrauchsvarietäten kennt, ist hiermit nicht impliziert, dass stets dieselbe Kostenkategorie zur Anwendung kommt. Vor allem die europäische Spruchpraxis kennt in dieser Hinsicht verschiedene Prüfungspraxen, die in der Schweiz kein Pendant haben; wegen der kärglichen Anzahl von bisher entschiedenen Preisunterbietungsfällen[2011] bestehen hierzulande noch keine grossen Erfahrungen mit lit. d und dementsprechend auch keine stabile und fertig durchdachte Praxis. Deshalb nimmt aus der Perspektive der Rechtssicherheit die Vertrautheit mit dem einschlägigen europäischen Fallrecht für die Schweizer Behörden und Unternehmen eine kaum zu unterschätzende Bedeutung ein (s. N 482 ff.).

bbb) Unterkosten-Preissetzung *(below cost-predation)*

482 Um die behördliche Praxis des *sacrifice*-Tests darzustellen, ist vom grundlegenden *AKZO*-Urteil des EuGH[2012] auszugehen, das bis heute von keinen späteren Entscheidungen dieser Instanz in seinen tragenden Säulen fundamental umgestaltet wurde; dennoch sind im Laufe der Jahre – nicht zuletzt unter dem Einfluss der Kommissionsinitiativen, Art. 102 AEUV zu modernisieren und industrieökonomisch zu fundieren – gewisse Aspekte der Norm präzisiert, praktisch verfeinert und wirtschaftsrechtlich-funktional angereichert worden.[2013] Bis heute strukturiert dieses Urteil nicht bloss die europäische Recht [Seite 1372] sprechung des *predatory pricing*, sondern im Rahmen des Eurokompatibilitätsgebots (s. N 40 ff.) auch die entsprechende schweizerische Spruchpraxis.[2014] Das *AKZO*-Urteil stellt **zwei Prädationsregeln** auf:[2015] (1) Der EuGH stuft einmal eine Verhaltensweise als missbräuchliche Preisunterbietung ein, wenn der Marktbeherrscher den Preis eines oder mehrerer seiner Produkte oder Dienstleistungen *unter* den variablen Durchschnittskosten (AVC; s. N 451) festlegt (sog. Unterkosten-Preissetzung oder *below cost predation*; s. N 455 ff.).[2016] Der Nachweis dieser Tatsache genügt, um das Merkmal II (Opfererbringung) als erfüllt zu betrachten; m.a.W. erübrigt sich grundsätzlich der Beweis irgendwelcher weiterer Umstände, um ein *below cost*-

Verhalten des beherrschenden Unternehmens darzutun (s. N 476). (2) Die zweite Regel des *AKZO*-Entscheids besagt ihrerseits, dass Preise, die über den AVC, aber unter den totalen Durchschnittskosten (sämtliche Fixkosten plus alle variablen Kosten; ATC; s. N 486 ff.) liegen, unter der Voraussetzung als *sacrifice* (Merkmal II) zu qualifizieren sind, dass zusätzlich der Nachweis eines bestehenden «[…] Plans [des Unternehmens in beherrschender Stellung], der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat […]», erbracht wird (sog. Überkosten-Preissetzung oder *above cost-predation*; s. N 487). In diesem Abschnitt werden wir uns mit der ersten *AKZO*-Regel auseinandersetzen, währenddem die zweite in N 486 ff. behandelt wird.

483 Ohne Kosten-Preis-Analyse lässt sich die Missbräuchlichkeit einer Prädation nicht dartun. Dass eine solche Analyse durchgeführt wird, ist somit ein **konstitutives Merkmal des Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 lit. d**. In der frühen Praxis zum Kartellgesetz wurde diese Voraussetzung wohl nicht, jedenfalls nicht in ihrer ganzen Tragweite erkannt. So hat 1997 im Fall *Télécom PTT/Flexnet* das Sekretariat auf eine Kostenanalyse verzichtet und die Einschlägigkeit von lit. d mit dem pragmatischen Argument abgelehnt: «Les prix nets offerts par Télécom PTT [sc. des Marktbeherrschers] sont supérieurs à ceux de ses concurrents. En l'espèce, on ne peut pas estimer qu'il y ait sous-enchère en matière de prix au sens de l'art. 7 al. 2 lit. d LCart».[2017] Auch im Entscheid *Recymet SA* des gleichen Jahres wurde kein Kosten-Preis-Test ausgeführt; die WEKO hat sich damit begnügt, aus der Zufriedenheit der Handelspartner des Marktbeherrschers mit dessen guten Leistungen und Qualitätsgewährleistung sowie mit den kontinuierlich bezahlten «konkurrenzfähigen Preisen» zu folgern, dass das von lit. d geforderte Merkmal von unter Selbstkosten angesetzten Preisen *in casu* nicht erfüllt war; das mutet zumindest partiell spekulativ an.[2018] Erst im Entscheid *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG* von 2005 hat die Behörde die vom Tatbestand der lit. d diktierte Nowen [Seite 1373] digkeit des Nachweises eines finanziellen Opfers bestätigt.[2019] Ungeklärt bleibt bislang unter lit. d der relevante Kostenstandard oder, besser gesagt, der Umgang mit den verschiedenen sich anbietenden Referenzkostenarten. Im Gegensatz zu Art. 3 lit. f UWG (s. N 435) enthält Art. 7 Abs. 2 lit. d KG keinerlei Hinweise darauf, welche Kostenkriterien in Preisunterbietungsfällen beizuziehen sind.[2020] Die WEKO hatte diesbezüglich im Jahre 2003 ausgeführt, nach lit. d gelte die *«natürliche Vermutung»*, «[…] dass Preise unter den kurzfristigen durchschnittlichen variablen Kosten [sc. AVC] grundsätzlich missbräuchlich sind»,[2021] was, wie noch in N 484 zu erläutern ist, in dieser Zeit fortschrittlich angedacht war. Das Bundesverwaltungsgericht hat alsdann – ebenfalls zu Recht – im Urteil *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL* von 2015 darauf hingewiesen, dass das Festhalten an einem einzigen Standard im Lichte der Vielfalt der Prädationsformen kaum zweckmässig sei: «Als Tiefstpreise im Sinne der Preisunterbietung sind in jedem Fall solche Preise zu qualifizieren, die unter dem massgeblichen Kostenstandard liegen, wobei auf unterschiedliche Kostenstandards abgestellt werden kann (vgl. AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 Rn. 377 f.; WEBER/VOLZ, FHB-WBR, Rn. 2.707)».[2022] Im Entscheid *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG /Coca Cola Beverages AG* hatte die WEKO schon Jahre zuvor – ganz im Sinne des Bundesverwaltungsgerichts – bemerkt, dass im Falle einer *below cost-predation* als relevante Kostenstandards jedenfalls die AVC, die ATC und die LRAIC potenzielle Kostenreferenzen für den *sacrifice*-Test darstellten.[2023] Vor diesem Hintergrund vermag man sich dem Eindruck nicht ganz zu entziehen, es sei etwas unflexibel, wenn nun die WEKO in der Entscheidung *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen* vom 19.12.2016 unter Hinweis auf den *Cornèr Banca SA /Telekurs AG*-Fall suggeriert, es bestehe eine aus mehreren Verfügungen zusammengesetzte behördliche Praxis in der Schweiz, die im Rahmen des Merkmals II von lit. d auf die AVC abstellte[2024] In diesem Entscheid scheint im Übrigen die WEKO auch vorauszusetzen, dass bei einer Unterkosten-Preissetzung das Merk [Seite 1374] mal der Verdrängungsabsicht konstitutiv für den Tatbestand von lit. d sei.[2025] *Summa summarum* drängt sich nach dieser Skizze der Schweizer Entscheide zum

Opfererbringungs-Test von lit. d das Fazit auf, dass die entsprechende Spruchpraxis noch wenig entwickelt ist. Um so wichtiger wird dann nach Massgabe des Eurokompatibilitätsgebots die als Rechtssicherheitsfaktor in der Schweiz fungierende Praxis der Europäischen Kommission, des EuG und des EuGH (s. N 40 ff.), um die Unternehmen hierzulande über das nach lit. d Zulässige und Unzulässige zu orientieren.

484 Ursprünglich – d.h. unmittelbar nach der Fällung des *AKZO*-Urteils – bezog sich in der Union, wie geschildert (s. N 482), die erste Regel dieses Entscheids auf den Kostenstandard der AVC.[2026] Die Ratio dieses Standard wurde in N 456 bereits erläutert, sodass darauf nicht zurückzukommen ist.[2027] Eine komplexe Übung in den Prädationssachverhalten ist in erster Linie die Zuordnung der verschiedenen verwendeten Kostenarten in produktionsmengenmässiger und zeitlicher Hinsicht;[2028] auch dieser Problemkreis wurde schon abgehandelt, sodass hier auf die Ausführungen in N 460 verwiesen sei. Was sich in den Kommissions- und Gerichtsentscheidungen, die in den Jahren nach dem *AKZO*-Urteil gefällt wurden, stets wieder zeigte, war, dass die in N 457 erläuterten Schwierigkeiten mit dem AVC-Standard, namentlich die komplizierte Sonderung von fixen und variablen Kosten, zunehmend dazu führte, in gewissen Fällen auf den AAC-Standard auszuweichen, der gerade diese Sonderung nicht voraussetzt (s. N 457). So kam es seit Anfang des neuen Milleniums zu einer schrittweisen **Auflockerung der ersten Regel der *AKZO*-Rechtsprechung**, und zwar hauptsächlich in drei Beziehungen: (1) In verschiedenen Märkten, wie z.B. in Netzwerkindustrien, erwies sich der AVC-Standard als ungeeignet, sodass die Kommission situativ von diesem Standard abkam, um nach und nach auf den AAC-Test umzupolen.[2029] Daraufhin scheint der EuGH im Urteil *Post Danmark I* dieses stückweise Abweichen vom lange für massgeblich betrachteten AVC-Standard (zwar in einer besonderen Form gebilligt zu haben.[2030] (2) Eine weitere Aufweichung der ersten *AKZO*-Regel wurde mit dem *France Télécom*-Urteil des EuG eingeleitet. Das Gericht erinnerte vorab daran, dass der Gerichtshof in den ersten Jahren nach der Fällung des *AKZO*-Urteils ein rigides Verständnis dieser Regel vertrat, indem es der Ansicht war, dass «[…] Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, *stets* als missbräuchlich anzusehen [sind]», weil in diesem Fall «[…] *kein anderes* wirtschaftliches Ziel als die Ausschaltung eines Konkurrenten denkbar [ist …]».[2031] Das EuG argu [Seite 1375] mentierte in der Folge, dass die inzwischen weiterentwickelte Praxis der Kommission, die erste *AKZO*-Regel als *Vermutung* zu betrachten, insofern vernünftig sei, als es Wirtschaftsbereiche gäbe, wo Unternehmen aus sachlich bedingten Gründen nicht darum herumkämen, ihre Preise für eine Zeit lang unter den AVC festzusetzen[2032] (z.B. bei der Markteinführung von innovativen Gütern, die die Verbraucher nicht antizipieren konnten; ein weiteres Beispiel sind kapitalintensive Mehrprodukteunternehmen, die in ihren Servicepaketen einzelne Güter anbieten, die bei weitem nicht denselben hohen Kapitalbedarf beanspruchen wie die anderen Bestandteile des Pakets, sodass Erstere den trügerischen Eindruck erwecken, unter AVC vermarktet zu werden).[2033] Im Fall *France Télécom* pflichtete der EuGH in der Folge der Ansicht des Gerichts bei und geht seither davon aus, dass die erste *AKZO*-Regel eine *widerlegbare Vermutung* darstellt.[2034] In diesem Zusammenhang noch ein letzter Punkt: Die europäischen (und wohl auch die schweizerischen) Wettbewerbsbehörden und Gerichte verzichten in ihrer Praxis auf die Prüfung eines Verdrängungsplans (s. N 504 ff.), wenn die praktizierten Preise die AVC (s. N 451) nicht decken.[2035] In diesem Fall wird ein Plan des marktbeherrschenden Unternehmens, einen oder mehrere Konkurrenten zu verdrängen, einfach unterstellt, womöglich – auch dies ist nicht endgültig geklärt – widerlegbar vermutet.[2036] Nicht kontrovers ist demgegenüber, dass im Rahmen der ersten *AKZO*-Konstellation die Möglichkeit einer Rechtfertigung nicht ausgeschlossen ist (s. N 511 ff.).

485 Die jüngsten Entwicklungen in der Praxis des *sacrifice*-Tests, der den Bereich der Unterkosten-Preissetzung betrifft, haben ihre Wurzeln hauptsächlich in der **Prioritätenmitteilung**. Das in diesem Dokument entwickelte Konzept kann als

konsequente Berücksichtigung des Umstandes aufgefasst werden, dass die Rechtsprechung das Merkmal des *recoupment* nicht als konstitutiv für den *below cost*-Prädationstatbestand von Art. 102 AEUV einstuft (s. N 482 und 499). Nach der Prioritätenmitteilung werden die im Rahmen eines Prädationsvorhabens eingegangenen Profitverzichte oder Verluste nicht, wie in der traditionellen (vor allem US-amerikanischen) Lehre vom *predatory pricing* (s. N 419 ff.) als *Investition in die Zukunft* begriffen, sprich: als ökonomische Einbussen, die in der Kompensations-Phase durch suprakompetitive Preissetzung wieder wett [Seite 1376] gemacht werden sollen (s. N 419). Vielmehr stützt sich die Kommission auf die Vorstellung der *Vermeidbarkeit* solcher Einbussen:

> «Nach Auffassung der Kommission erbringt ein marktbeherrschendes Unternehmen durch sein Verhalten dann ein ‹Opfer›, wenn es während des relevanten Bezugszeitraums für seine gesamte oder einen Teil seiner Produktion die Preise senkt bzw. seine Produktion erhöht und zu vermeidende Verluste erzielt hat oder erzielt».[2037]

Indem die Kommission eine vermeidbare Einbusse «meistens als klaren Anhaltspunkt für ein ‹Opfer›» ansieht, geht sie davon aus, dass sie auf der Linie der Randziffer 71 des *AKZO*-Urteils liegt,[2038] die u.a. besagt:

> «Ein beherrschendes Unternehmen hat nämlich nur dann ein Interesse, derartige Preise zu praktizieren, wenn es seine Konkurrenten ausschalten will, um danach unter Ausnutzung seiner Monopolstellung seine Preise wieder anzuheben, denn jeder Verkauf bringt für das Unternehmen einen Verlust […]».[2039]

Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass die Kommission in der Prioritätenmitteilung ankündigt, dass sie im Regelfall der Analyse von Kampfpreisstrategien auf den AAC-Standard abstellen wird.[2040] Denn die AAC widerspiegeln, wie in N 457 ausgeführt, einen Vergleich zwischen den inkrementellen Kosten eines Marktverbleibs und den dekrementellen Kosten eines Marktaustritts.[2041] Sind Letztere höher als Erstere, ist der Abbruch der unternehmerischen Tätigkeit rational (s. N 457). Ergo beurteilt die Kommission Preise unterhalb der AAC nach der Logik der ersten *AKZO*-Regel: Sie können nur Prädation bedeuten.[2042] Dem ist allerdings der EuGH in seinem *Post Danmark I*-Urteil nicht gefolgt.[2043] Bei *Mehrprodukte-Unternehmen* scheint sich die Praxis in die Richtung der Verwendung des LRAIC-Standards zu bewegen (s. N 458).[2044] Für Märkte mit hohen Fixkosten und relativ geringen variablen Kosten sieht die Kommission demgegenüber den LRAIC-Test als geeigneten Standard an.[2045]

ccc) Überkosten-Preissetzung *(above cost-predation)*

486 Die zweite Regel des *AKZO*-Urteils besagt, wie erinnerlich (s. N 482), dass Preise, die über den AVC (s. N 451), aber unter den ATC (s. N 451) liegen, vom Anwendungsbereich der Preisunterbietungsordnung *nicht ausgeschlossen* sind.[2046] Während diese Re [Seite 1377] gel bis heute sowohl in der Lehre als auch in der Praxis nie hinterfragt wurde, blieb in der Union über längere Zeit unklar, ob eine **Preissetzung über die ATC** (s. N 451) als missbräuchlich qualifiziert werden darf.[2047] In der Schweiz gibt es bislang keinen Entscheid zu dieser Frage;[2048] in der Doktrin wird sie zumal deswegen diskutiert, weil in der Botschaft 1994 ausgeführt wird, dass es «[…] nicht unbedingt erforderlich [ist], dass die Kampfpreise unter den Selbstkosten liegen».[2049] Anders, als dies hierzulande der Fall ist, kennt das europäische Recht Urteile, die Verhalten als Prädation qualifizieren, obwohl dieses die Preise *über* die ATC-Grenze angesetzt hatten.[2050] Diese Praxis hat heftige *Kritik* ausgelöst.[2051] Richtiger Auffassung nach ist grösste Zurückhaltung angebracht, wenn es darum geht, Preisunterbietungen zu untersagen, die diese Grenze überschreiten.[2052] Gestützt auf Art. 7 sollten solche Sachverhalte jedenfalls nur verboten sein, wenn sie mit weiteren missbräuchlichen Verhaltensweisen einhergehen.[2053] Die Frage scheint nunmehr in der Union nach dem Entscheid *Post Danmark I* des Gerichtshofs gelöst zu sein; darin wird unmissverständlich ausgeführt:

> «[Fest steht], dass die Preise [sc. von Post Danmark], die im vorliegenden Fall den Konzernen Spar und SuperBest vorgeschlagen wurden, *höher angesetzt* worden waren als die […] *durchschnittlichen Gesamtkosten*, wie sie von den […] Behörden [sc. im Ausgangsverfahren] geschätzt worden waren. Unter diesen Umständen kann *nicht* angenommen werden, dass solche Preise *wettbewerbswidrige Auswirkungen* haben».[2054]

Die ambivalenten Aussagen in der Botschaft 1994 wird man im Lichte des Eurokompatibilitätsgrundsatzes (s. N 40 ff.) im gleichen Sinne verstehen, wie dieser aus dem soeben erwähnte Urteil des EuGH hervorgeht.

487 Was demgegenüber die **Überkosten-Preissetzung oberhalb der AVC, aber unterhalb der ATC** (s. N 451) anlangt, so setzt die Erfüllung des Kriteriums des prädationsindizierenden «Profitopfers» (Merkmal II) nach EuGH voraus, dass im Vergleich zur ersten *AKZO*-Regel (s. N 482) einem zusätzlichen Tatbestandsmerkmal Genüge getan wird. Dessen *Ratio* besteht darin, dass es für Unternehmen zuweilen gute Gründe geben kann, Preise unter ATC festzulegen, d.h. dass mit diesen nicht stets wettbewerbsschädliche Ziele angepeilt werden. Die einschlägige Passage im *AKZO*-Urteil, wo von diesem Kriterium die Rede ist, lautet:

> «Auch Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten — das heißt Fixkosten plus variable Kosten —, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten (AVC; s. N 451) liegen, sind **[Seite 1378]** als mißbräuchlich anzusehen, wenn sie *im Rahmen eines Plans* festgesetzt wurden, der die *Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel* hat».[2055]

Die Verstrickungen, die der sog. **Verdrängungsplan** der zweiten *AKZO*-Regel in sich birgt, sind, um systematisch behandelt zu werden, in zwei (in der Sache nicht wirklich einfache) Fragenkreise aufzuspalten: (1) Der erste dieser Fragenkreise kann seinerseits in folgende Unterfragen gegliedert werden: Ist der Plan hinter einer unterbietenden Verhaltensweise in der hier fraglichen Fallkonstellation ein ausschliesslich *objektiver* Sachverhalt – d.h. ein solcher, der von jeglichem Bewusstsein gelöst ist[2056] – oder setzt er *auch* oder allenfalls *nur* das Vorliegen *subjektiver* Fakten voraus? Bedarf diese Verhaltensweise, um Merkmal II der lit. d zu erfüllen, beim marktbeherrschenden Unternehmen einer Verdrängungs*absicht* als Moment des Subjektiven? Oder sollte der Inbegriff der Subjektivität, nämlich die *Intention* der Verdrängung – oder sollte sogar von *«Wille»* gesprochen werden? –, kartellrechtlich unbeachtlich bleiben? Und überhaupt: Falls der Verdrängungsplan in welcher subjektiven Sinnesart auch immer zu begreifen wäre, so stellt sich doch manifest die Frage: Von *wessen Absicht* genau sprechen wir? Von derjenigen der Arbeitnehmer, der Kapitalgeber und/oder der *stakeholders* des beherrschenden Unternehmens? Falls ja: von allen unter ihnen, von der Absicht eines Menschenaggregats? Oder nur von der Absicht eines bestimmten Teiles dieser Gruppen? Was wäre in diesem zweiten Fall aber das Kriterium, um die Selektion der relevanten Mitglieder dieser Kollektive vorzunehmen? Oder müssen wir uns sogar die Frage stellen, ob ein Unternehmen als solches irgendwie eine Form «eigener Absicht» haben kann (wie sich dies z.B. GIERKE bei der juristischen Person vorstellte[2057])? (2) Der zweite Fragenkreis, der mit dem hier problematisierten Verdrängungsplan einhergeht, kann ebenfalls nur mit einigen tentativen Einzelfragen eingekreist werden. Die erste davon betrifft eine Thematik, die unmittelbar aus dem Text von lit. d folgt, welcher von « *bestimmten* Wettbewerbern» spricht. Es geht darum, ob besagtem Plan eine *bestimmte Zielrichtung* in Bezug auf die Marktteilnehmer haben soll. Müssen in diesem Plan, wie es im erwähnten Gesetzesartikel zum Ausdruck kommt, minuziös «definierte» Wettbewerber des beherrschenden Unternehmens anvisiert werden? Geht es, wie im Schrifttum zu lesen ist, «[…] um eine *gezielte* (d.h. selektive und systematische) *Unterbietung* gegenüber spezifischen Mitbewerbern»?[2058] Unweigerlich drängen sich dann heikle Fragen auf, deren erste zwangsläufig lautet: Was wäre die wirtschaftsrechtliche Funktion dieser «Zielgerichtetheit»? Sodann aber auch: Aus welchem Grund würde eine «gezielte Unterbietung» den Wettbewerb gefährden, demgegenüber eine «ungezielte Unterbietung» nicht? Wäre eine «ungezielte Unterbietung» gar nicht tatbestandsmässig i.S.v. lit. d? Oder ist davon auszugehen, dass *alle* Rivalen des Marktbeherrschers, die von einem *predatory*

pricing auf irgendeine Art berührt oder betroffen werden, als «bezielte Konkurrenten» zu betrachten? Wenn dem so wäre, lässt sich die Frage nicht vermeiden, aus welchem Grund lit. d dann doch von «*bestimmten* Wettbewerbern» spricht.

488 Zum *ersten* Fragenkreis: Was man sich unter dem «Plan», den der EuGH im *AKZO*-Urteil für die zweite Prädationsform fordert, genau vorzustellen hat, bleibt bis heute kontro [Seite 1379] versiell. Immerhin ist sich die Doktrin in einem Punkt einig: Nicht bezweifelt wird das *Prinzip* der zweiten *AKZO*-Regel, nämlich dass Preise, die unter den ATC (s. N 451) angesetzt werden, nur missbräuchlich sind, wenn sie – trotz Ambivalenz des Ausdrucks – auf der **«Absicht»** fussen, einen oder mehrere Konkurrenten vom Markt zu verdrängen.[2059] Damit wird ein Element der *Kostenanalyse*, d.h. der Mikroökonomik, mit einem solchen *strategischer*, also spieltheoretischer Ordnung (s. N 74 f.), verflochten. Womöglich ist es diese spezifische Verschleifung wissenschaftlich verschiedenartiger Kategorien, welche die erheblichen Schwierigkeiten schafft, um die Figur des Verdrängungsplans zu erschliessen. Der gordische Knoten des Verdrängungsplans scheint in der Praxis in seinem Nachweis zu liegen. In der Regel stützen sich die Behörden zur Feststellung eines Verdrängungsplans auf zweierlei Beweistypen:[2060]

489 (a) So besteht die Möglichkeit des Rückgriffs auf Beweistypen, von welchen angenommen wird, dass sie die **«subjektive Verdrängungsabsicht»** des Marktbeherrschers demonstrieren, wie z.B. interne Arbeitsdokumente, Sitzungsprotokolle, schriftliche Strategiepläne, Ketten von E-Mails oder Berichte der Verwaltungs- oder Leitungsorgane einer Gesellschaft.[2061] Die europäische Rechtsprechung zeigt allerdings, dass die Wettbewerbsbehörden sowie die Gerichte diese Art von Beweisen nur zulassen, wenn sie mit objektiven Indizien einhergehen bzw. übereinstimmen (s. N 490).[2062] Anders gesagt berücksichtigen sie nur Dokumente von Gesellschaftsgremien, -organe oder -vertreter, welche die Unternehmensstrategie in der körperlichen Lebenssphäre zu beeinflussen vermögen. Zufällige oder isolierte Dokumente genügen nicht, um einen Verdrängungsplan nachzuweisen. In diesem Sinne sind auch informelle Kommunikationen unter Mitarbeitern auf operativer Stufe eines Unternehmens nicht ausreichend. Diese Zurückhaltung ist gerechtfertigt, wenn man die zahlreichen Probleme bedenkt, die dieser Beweistypus aufwirft.[2063] Es ist prekär, zwischen dem Verdrängungsplan als Merkmal, das für den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. d konstitutiv ist, und dem durch Art. 7 generell geförderten Willen, die Preise nach Möglichkeit zu senken, zu unterscheiden. Darüber hinaus liegt es in der Natur von Dokumenten, dass sie unterschiedlich interpretiert werden können (s. N 75). Im Übrigen scheint es im Ergebnis nicht ohne eine gewisse Willkür zu sein, dass [Seite 1380] ein Unternehmen, welches sich in seinen Dokumenten einer gewieften Sprache (d.h. eines Schreib- oder Darstellungsstils, der bewusst und geschickt kartellrechtlich riskante Formulierungen vermeidet) bedient, im Vorteil ist gegenüber einem unbeholfen kommunizierenden Unternehmen (d.h. ein solches, das sich in keiner Weise der kartellrechtlichen Exponierung, die bestimmte Worte oder Sätze mit sich bringen, bewusst ist). Das Wettbewerbsrecht darf letztlich nicht von den innerhalb von marktbeherrschenden Unternehmen bestehenden Sprachgeschicklichkeiten und -fertigkeiten abhängen.[2064]

490 (b) Aus diesen Gründen und nicht zuletzt deshalb, weil subjektive Feindseligkeitsgefühle unter Unternehmen dem Wettbewerbsspiel inhärent sind – *«Firms need not like their competitors; they need not cheer them on to success; a desire to extinguish one's rival is entirely consistent with, often is the motive behind, competition»*[2065] –, halten es Wettbewerbsbehörden für sachlich vorzugswürdig, vermehrt auf indirekte, **objektivierte Faktoren**, namentlich auf das konkrete, gegen aussen sichtbare Verhalten und insbesondere auf die Auswirkungen desselben abzustellen, um einen Verdrängungsplan nachzuweisen.[2066] Dieses Vorgehen ist mit dem ökonomischen Denken und Handeln viel eher vereinbar, das sich gewohnt ist, mit Gegenständen aus der «dinghaften» Welt, wie, um in der vorliegend relevanten Industrieökonomik zu bleiben, die Untersuchung von Preisen unter einer

bestimmten Kostengrenze, die Studie von je nach Marktbegebenheiten variierenden Unterbietungsstrategien und dergleichen mehr zu arbeiten (N 74 f.).[2067] Die Europäische Kommission und der EuGH schliessen insbesondere von folgenden Typen objektiver Indizien auf einen Verdrängungsplan: (1) Dauer und Umfang einer Preissenkung, (2) Selektivität von Niedrigpreisen gegenüber einzelnen Kunden von Konkurrenten, (3) Bedeutung von abgeworbenen Kunden, (4) Möglichkeit, trotz Unterbietung des Konkurrenten noch Gewinne zu erwirtschaften (z.B. durch Quersubventionierung), (5) Gelegenheit, Verluste mit höheren Gewinnen später wettzumachen, (6) gleichzeitige Anwendung von verschiedenartigen Hemmungs- und Störungsstrategien;[2068] die Kommission hat in diesem Zusammenhang namentlich auch (7) Reputationseffekte und (8) *financial market predation* geprüft; darüber hinaus analysiert sie (9) die Konsequenzen von tiefen Preisen auf die Marktprozesse, (10) die diversen Anwendungsformen von Verdrängungsstrategien, sowie (11) die Möglichkeit, Quersubventionen zu praktizieren.[2069] Im Urteil *AKZO* hat der EuGH aus der objektiven Preishöhe, d.h. aus dem Umstand, dass die Preise über längere Zeit hinweg wesentlich tiefer lagen, als sie nach industrieökonomischen Richtmassen zu erwarten waren, auf einen Verdrängungsplan geschlossen.[2070] An Bedeutung gewonnen haben im Rahmen der zweiten *AKZO*-Konstellation, wie bereits erwähnt (s. N 489), die von Prädationsstrategien erzeugten *Verdrängungseffekte*. Im *Post Danmark I*-Urteil hat der EuGH entschieden, dass Preise unter ATC, aber über AVC (s. N 451) auch in Fällen missbräuchlich sein können, wo die Verdrängungsabsicht nicht dargetan werden konnte, wo aber das inkriminierte Verhalten potenziell oder aktuell einen hinreichend spürbaren Verdrängungseffekt auf dem relevan [Seite 1381] ten Markt erzeugte.[2071] Allerdings spezifiziert der Gerichtshof nicht, wie gewichtig die Verdrängungseffekte auf den potenziellen oder aktuellen Wettbewerb sein muss; auch schweigt er sich über die Kriterien aus, die bei der Analyse der Verdrängungsauswirkungen beizuziehen sind.[2072] Fast zeitgleich hat der EuGH diese Neuausrichtung der Rechtsprechung im *Tomra*-Entscheid noch zusätzlich unterstützt, indem er den Stellenwert der Verdrängungsabsicht im Verhältnis zum Beweisthema relativierte:

> «[D]as Vorliegen einer etwaigen wettbewerbswidrigen Absicht [ist] nur einer der zahlreichen tatsächlichen Umstände, die berücksichtigt werden können, um einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung festzustellen. […] Die Kommission muss […] für die Zwecke der Anwendung des Art. 82 EG [heute Art. 102 AEUV] keineswegs den Nachweis einer solchen Absicht des Unternehmens in beherrschender Stellung erbringen. […] Das Gericht hat insoweit in Randnr. 36 des angefochtenen Urteils zu Recht hervorgehoben, dass es völlig normal sei, dass die streitige Entscheidung hauptsächlich das wettbewerbswidrige Verhalten der Rechtsmittelführerinnen erwähne, da die Kommission gerade dieses Verhalten nachweisen musste. Die Absicht, einen Leistungswettbewerb zu führen, kann nämlich, wenn sie denn bestanden haben sollte, nicht belegen, dass es keinen Missbrauch gab. […] Dementsprechend hat das Gericht […] rechtsfehlerfrei darauf hingewiesen, dass der Missbrauchsbegriff objektiv ist».

Aus all diesen Gründen ist es sicherlich zutreffend, wenn FRITZSCHE/MARQUIER notieren, dass nach dieser jurisprudenziellen Verdichtung des Kriteriums «Verdrängungseffekte» zu einer subsidiären Form des Merkmals II von lit. d nunmehr ein dreistufiger Test folgender Gestalt zu durchlaufen ist:

> «1. Wenn der Preis unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegt, wird in aller Regel ein Missbrauch vorliegen. Insoweit wird Verdrängungswirkung […] vermutet. 2. Liegt der Preis zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und Gesamtkosten, ist er prima facie missbräuchlich, wenn eine Verdrängungsabsicht nachgewiesen werden kann, weil vom Zweck auf die Wirkung geschlossen werden kann. 3. Kann eine Verdrängungsabsicht nicht festgestellt werden, so kommt es auf die konkreten (auch potenziellen) Verdrängungswirkungen der Preisstrategie an».[2073] In der Schweiz gibt es zwar keine Entscheidung, die in vergleichbarer Klarheit wie die *Post Danmark I*- und *Tomra*-Urteile des Gerichtshofs die Verdrängungseffekte (nahezu) zu einem Surrogat des Verdrängungsabsichtskriteriums erklärt; nahe kommt allerdings der *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung*-Entscheid der

> WEKO, wo anstelle dieses Kriteriums die Frage geprüft wurde, «[… ob] nach einer allfälligen Verdrängung [… des Rivalen des Marktbeherrschers] der Wettbewerb derart geschwächt wäre, dass für [… das beherrschende Unternehmen] die Möglichkeit bestehen würde, Preise über dem Wettbewerbsniveau zu setzen».[2074]

Insofern wird man – zumal unter Berücksichtigung des Eurokompatibilitätsgebots (s. N 40 ff.) – davon ausgehen, dass der erwähnte dreistufige Test des Merkmals II von lit. d auch hierzulande anwendbar ist.

491 Wir kommen nun zu dem in N 487 angekündigten *zweiten* Fragenkreis zu sprechen, ob ein Verdrängungsplan i.S.v. lit. d eine spezifische Zielrichtung bzw. eine **Zielgerichtetheit** in Bezug auf die Mitbewerber des beherrschenden Unternehmens haben muss. Nach der Ansicht einzelner Autoren ist Art. 7 Abs. 2 lit. d nicht anwendbar, wenn die Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen undifferenziert sämtliche Handelspartner betrifft.[2075] Ob die europäischen Behörden eine ähnliche Auffassung ver [Seite 1382] treten, wenn sie meinen, dass die Verbindung von Preisunterbietung und Diskriminierung in der Weise, dass nur eine beschränkte Zahl an Konkurrenten verdrängt werden sollen, ein erschwerender Faktor bei der Beurteilung des inkriminierten Verhaltens sei, ist unklar;[2076] richtiger Ansicht nach sollte diese Frage verneint werden, denn eine Aufteilung der Gruppe von Rivalen des Marktbeherrschers – die dem Kriterium der «Zielgerichtetheit» ohnehin, gleichsam «natürlich» innewohnt –, ist allemal erforderlich, sobald man ein Diskriminierungselement zu beachten hat. Die These der Zielgerichtetheit ist unter lit. d nicht haltbar.[2077] Einmal läuft sie darauf hinaus, dass im Ergebnis einzelne Konkurrenten und nicht der Wettbewerb als Institution geschützt werden (s. N 504).[2078] Vor allem aber übersieht sie, dass die von Art. 7 Abs. 2 lit. d anvisierte *Dysfunktion* in der Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen liegt; mit der gleich- oder ungleichmässigen Ausrichtung auf die Handelspartner des Prädators hat diese Bestimmung schlechthin nichts zu tun. Auch spielt es für die Tatbestandsmässigkeit des *predatory pricing* keine Rolle, ob sich diese gegen aktuelle oder potenzielle Konkurrenten wendet[2079] oder ob sie auf vollständige Verdrängung[2080] oder nur auf Disziplinierung derselben zielt.[2081] Im Kriterium der Zielgerichtetheit ist nichts wirtschaftsrechtlich Funktionales zu entdecken.[2082] Dieses Kriterium sollte deshalb abgelehnt werden.

[Seite 1383] dd) Merkmal III: Kompensation (*recoupment*-Test)

aaa) Allgemeines

492 Das Merkmal der Kompensation bzw. *recoupment* (s. N 463 ff.) ist ein **umstrittenes Thema**. Dieser Umstand rührt in der Hauptsache davon her, dass in der Debatte nicht stets klar ist, wovon genau gesprochen wird.[2083] Denn es steht nicht von vornherein fest, welche Funktion das *recoupment*-Merkmal im Rahmen der Missbrauchsanalyse i.S.v. lit. d erfüllt. M.a.W. herrscht in Lehre und Praxis Uneinigkeit darüber, welche Rolle das Kompensationskriterium bei der Kampfpreisstragieanalyse spielt. Autoren, deren Meinungen im Diskurs voneinander abweichen, sind sich nicht stets bewusst, dass einer der Gründe ihrer Divergenzen – und oft der wichtigste – darin liegt, dass sie das *recoupment* funktionell jeweils unterschiedlich begreifen. In Lehre und Praxis werden diesem Kriterium *drei mögliche* – und meist als Alternativen angeschaute, faktisch allerdings sich zuweilen überschneidende – *Funktionen* zugewiesen: (1) Das *recoupment*-Argument kann einmal zum Bestreiten eines missbräuchlichen Verhaltens vorgebracht werden, und zwar um darzutun, dass der *Tatbestand nicht erfüllt* ist (*1. Version* des *defence*-Arguments): Die Verteidigung lautet konkret, dass *ex post* betrachtet eine Kompensation nicht stattgefunden hat und so die Verbraucher nicht geschädigt sind.[2084] (2) Das Argument kann sodann auf eine andere Art die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens des Marktbeherrschers bestreiten (*2. Version* des *defence*-Arguments): Es soll aufgezeigt werden, dass das beherrschende Unternehmen aus einer *ex ante*-Perspektive keine Erwartung hegte und angesichts der Marktgegebenheiten auch

nicht hegen konnte, ein *recoupment* würde realisierbar sein; die fehlenden Kompensationsaussichten belegen – so der Gedanke hinter diesem Vorbringen –, dass das Unternehmen gar nie eine Preisunterbietung plante.[2085] (3) Schliesslich: Ohne Wissen über Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit eines *recoupment* kann eine Wettbewerbsbehörde in der *sacrifice*-Phase (also *ex ante*) Zweifel haben, ob sie es tatsächlich mit einer Kampfpreisstrategie zu tun hat und eingreifen sollte (s. N 438, 463); eine *recoupment*-Test soll in einer solchen Situation helfen, die Zweifel zu klären.[2086]

Vor dem Hintergrund dieser **funktionellen Divergenzen**, die den Kompensationstest zum Gegenstand von Kontroversen machen, wird nachvollziehbar, dass die Debatte komplex wird, wenn die Diskutanten jeweils andere Konzeptionen über die Aufgabe dieses Tests haben, zumal, wenn sie Letztere unbeabsichtigt nicht offenbaren. Nachstehend wird zunächst ein Abriss über den Stand der Diskussion vorgelegt (s. N 494 ff.), um alsdann in einer Synthese der zweckmässigen und sachdienlichen Erkenntniselemente, die in dieser Diskussion aufgespürt wurden, eine dem *recoupment*-Kriterium angemessene Lehrmeinung vorzustellen sowie dafür eine konsistente Auslegeordnung vorzuschlagen (s. N 501 ff.). **493**

bbb) Kontroversen

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass bei der Kompensationsproblematik von Bedeutung ist, aus welcher **zeitlichen Perspektive** man diese anschaut.[2087] Spricht man von ihr während der Zeitspanne der *Prädationsphase* (*ex ante*-Perspektive; s. N 463 und 492), so stellt sie ein *zukünftiges Ereignis* dar; dann ist sie generell besehen eine *Möglichkeit*, die [Seite 1384] eintreten oder nicht eintreten kann; betrachtet man sie darüber hinaus während dieser Phase aus der spezifischen Sicht des beherrschenden Unternehmens, so ist sie eine *Erwartung*, die dieses Unternehmen haben oder nicht haben kann. Anders präsentiert sich die Lage, wenn von *recoupment* während der Kompensationsphase (*ex post*-Perspektive; s. N 463 und 492) die Rede ist. Dann kann untersucht werden, ob der Marktbeherrscher suprakompetitive Preise tatsächlich praktiziert und mithin ein *recoupment* (zumindest) zu verwirklichen beginnt; das ist freilich allenfalls noch zwecks Beweissammlung von Belang. Die entscheidende Phase ist diejenige der *Prädation*, weil in dieser eine behördliche Intervention den grössten Nutzen bringt (s. N 465): Eine *Schädigung der Konsumentenwohlfahrt* hat alsdann noch *nicht begonnen*, dies im Gegensatz zu einem Eingriff, der erst in der Kompensationsphase stattfindet, der die Verbraucherschädigung bestenfalls reduzieren, aber nicht mehr gänzlich verhindern kann.[2088] Dieser Zusammenhänge muss man sich bewusst sein, wenn man, wie jetzt, die streitigen Fragen des *recoupment* behandelt. **494**

Im Mittelpunkt der Kontroverse steht die Frage, ob die Kompensation ein **konstitutives Merkmal des Tatbestandes** der Preisunterbietung bilden sollte oder nicht.[2089] Verneint man die Frage, muss entschieden werden, ob ein *recoupment*-Test als *indikatives* Kriterium von den Wettbewerbsbehörden vorgenommen werden *darf*, d.h. als zulässige und beweisrechtlich verwertbare Untersuchungsmassnahme gilt;[2090] falls nicht, dürfen die daraus gezogenen Einsichten in das Falldossier nicht aufgenommen werden und zwangsläufig auch nicht als Entscheidungsgrundlage dienen. In der Folge werden nunmehr zunächst die Pros und Cons des Kompensationskriteriums besprochen (s. N 496 f.) und alsdann die (nicht immer so fasslichen) Rechtslagen in der Schweiz und in der Union dargestellt (s. N 498 ff.). **495**

Für den Kompensationstest als *konstitutives* Tatbestandsmerkmal spricht einmal, dass *(ex ante)* ein *unwahrscheinliches* oder *(ex post)* ein *ausstehendes recoupment* meist ein Indiz dafür ist, (1) dass es den Rivalen gelingen wird oder gelungen ist, die Unterbietungsstrategie zu neutralisieren, (2) dass neue Konkurrenten in den Markt eintreten werden bzw. eingetreten sind und den Versuch einer suprakompetitiven Preisanhebung verhindern werden bzw. verhindert haben (3) und dass (in einer derartigen Konstellation) vermutlich Wettbewerbsdruck aufgrund drohenden **496**

Markteintritts potenzieller Konkurrenten herrscht.[2091] *Nota bene*: Mit diesen Ausführungen ist keinesfalls gemeint, dass der *recoupment*-Test eine Effektenanalyse ist; dies ist er unter keinen Umständen. Die Untersuchung der Kompensation stellt einen *Prüfungsrahmen* dar, der die *Rationalität* einer Tiefpreisstrategie zu untersuchen erlaubt, und so zusammen mit dem *sacrifice*-Test zur Identifizierung einer Kampfpreisstrategie dient (s. N 419).[2092] M.a.W. bildet dieses [Seite 1385] Merkmal einen Faktor, der die bessere Einschätzung der **wettbewerbsbeeinträchtigenden Zielsetzung** ermöglicht, die hinter der Verhaltensweise des beherrschenden Unternehmens steht.[2093] Als Korrelat zum soeben Gesagten sollte auch unterstrichen werden, dass der Nachweis eines *recoupment* insofern hilfreich sein kann, als dadurch die mit Preisunterbietungen oft einhergehende Gefahr von Fehlern 1. Ordnung (*false negatives*, s. N 123) gesenkt wird.[2094] Dadurch kann nämlich festgestellt werden, ob die Hypothese der Kostenanalyse (s. N 450 ff und 481 ff.) durch strategische bzw. (vor allem) strukturelle Kriterien (s. N 463 ff., 473 und 492 ff.) auch tatsächlich bestätigt wird.[2095]

497 Die **Kritik** am Kompensationstest richtet sich einmal dagegen, dass er *de facto* paradoxale Konsequenzen haben kann:[2096] Je niedriger der angeblich unterbieterische Preis sei, so das Argument, desto schwieriger werde der Nachweis einer Kompensation der erlittenen Verluste. Denkbar sei so, dass gerade ein überaus aggressiv tiefer Preis nicht als Unterbietung qualifiziert werden könne, wenn der Beweis des *recoupment* unter solchen Bedingungen scheitere.[2097] Das sei insofern abseitig, als diese Art von extremem *predatory pricing* besonders schädlich für die Konsumentenwohlfahrt sein könne. Ferner wird darauf aufmerksam gemacht, dass gerade der wettbewerbspolitisch aussichtsvollere *ex ante*-Test (s. N 494) seines prädiktiven Charakters wegen der bekannten Gefahr jeglicher Voraussage mit sich bringt, letztlich die wirkliche Entwicklung der Rivalenverdrängung zu verpassen.[2098] Die notgedrungen ungewissen Annahmen solcher Prädiktionen (z.B. über allfällige Neueintritte, über das Konsumentenverhalten nach suprakompetitiver Preisanhebung usw.[2099]) lassen die industrieökonomischen Vorhersagen schnell zu wertlosen Spekulationen mutieren.[2100] Unterstrichen wird ebenfalls, dass eine gescheiterte Kompensation keineswegs zwangsläufig auf eine harmlose Prädationsstrategie hinweist.[2101] Eine Strategie, die ihr Ziel verfehlt, könne immer noch eine solche sein, welche besonders aggressiv sei und die Rivalen abschrecke und diszipliniere (s. N 447).[2102] Darüber hinaus sei vorstellbar, so die Kritik weiter, dass die Strategie Signale auf andere Märkte ausstrahle,[2103] auf denen das marktbeherrschende Unternehmen tätig ist, ohne über qualifizierte Marktmacht zu verfügen.[2104] Stets gehe mit solchen Konstellationen die Gefahr einer oligopolistischen Preisbildung einher, die wettbewerbstheoretisch allemal unerwünscht sei.[2105] Schliesslich wird im Kontext betont, dass genau besehen ein gescheitertes *recoupment* kein valabler Grund bildet, um auf die Untersagung einer Kampfpreisstrategie zu verzichten.[2106]

498 [Seite 1386] In der **Schweiz** spricht sich die Lehre grossmehrheitlich zugunsten des konstitutiven Charakters des *recoupment*-Kriteriums für den Tatbestand von lit. d aus.[2107] Sie stützt sich meistens auf die Materialien, wonach eine Unterbietung nur vorliegen kann, wenn die Möglichkeit besteht, die finanziellen Opfer auf Dauer wettzumachen, indem ein höherer Gewinn erzielt wird, nachdem die Konkurrenz vom Markt verdrängt bzw. von einem Markteintritt abgehalten wurde.[2108] Die WEKO ist dieser Auffassung in der Ent [Seite 1387] scheidung *Cornèr Banca SA/Telekurs AG* gefolgt, wo sie die Frage des *recoupment* näher geprüft hat:

> «Zusätzlich ist es fraglich, ob die Telekurs nach einer Verdrängung der Cornèr Banca aus dem Acquiring-Markt überhaupt in der Lage wäre, ihre Preise wieder anzuheben. Zumindest verweist die Telekurs in ihrer Stellungnahme auf den Wettbewerb durch hauptsächlich deutsche Cross-border-Acquirer, die bereits heute Kommissionen anbieten würden, die unter denjenigen der Telekurs liegen. Eine ‹Predatory Pricing›-Strategie scheint folglich aus den dargelegten Gründen unwahrscheinlich».[2109]

In jüngerer Zeit hat sich die WEKO im Entscheid *Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen* zum Kompensationskriterium folgendermassen geäussert:

> «[D]er Tatbestand der Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (‹predatory pricing›) [ist] erfüllt, wenn das marktbeherrschende Unternehmen *ohne Aussicht auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung* einen ausgewählten, schwächeren Konkurrenten vom Markt verdrängen will und anschliessend, nachdem der Konkurrent aus dem Markt ausgeschieden ist, die *Preise über das Marktniveau heben* kann».[2110]

Mit diesen Formulierungen weist die WEKO hinlänglich klar darauf hin, dass sie das *recoupment*-Merkmal dahingehend begreift, dass es für den Tatbestand von lit. d konstitutiv ist. Im Fall *Preispolitik Swisscom ADSL* äussert sich das Bundesverwaltungsgericht im gleichen Sinne, betrachtet es doch den «Ausgleich der angefallenen Verluste sowie die Preisanhebung über das bisherige Preisniveau» ausdrücklich als notwendig.[2111] Im Fall *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung* schliesst sich das Sekretariat diesem Standpunkt an, wenn es festhält, dass ein Verschwinden der Solothurner Zeitung (des «angegriffenen» Unternehmens) aus dem Zeitungsmarkt so lange unerheblich sei, als die Espace Media Groupe und die Berner Zeitung AG (die marktbeherrschenden Entitäten) in der Folge keine höheren Preise durchsetzen können.[2112] Gesamthaft sollte aus diesen verschiedenen Aussagen der Wettbewerbsbehörden und Gerichte gefolgert werden, dass das *recoupment*-Kriterium nach Art. 7 Abs. 2 lit. d tatbestandskonstitutiv ist.

499 Die **europäische Rechtslage** weicht in Bezug auf das *recoupment*-Kriterium von derjenigen nach Art. 7 Abs. 2 lit. d ab. Der EuGH hält dafür, dass die Möglichkeit (bzw. die Erwartung; s. N 438) einer Kompensation unter dem Tatbestand des *predatory pricing* nicht zwingend zu prüfen ist.[2113] Das hauptsächliche Argument für diese Haltung geht [Seite 1388] dahin, dass die beherrschende Position des Prädators diesem in allen Fällen erlauben wird, seine Verluste in der zweiten Phase der Kampfpreisstrategie (s. N 468 f., insbesondere FN 1956) wieder wettzumachen;[2114] ein gesonderter *recoupment*-Test sei deshalb entbehrlich[2115] Allerdings betrachtet der Gerichtshof dieses Kriterium auch nicht als völlig unerheblich.[2116] Namentlich könne dieses weiterführend sein, wenn es darum ginge, das Vorliegen eines Verdrängungsplans nachzuweisen (s. N 487) oder die Frage zu prüfen, ob *legitimate business reasons* (s. N 511) vorhanden seien.[2117] Insofern scheint die Höchstinstanz davon auszugehen, dass ein *recoupment*-Test im Rahmen der Missbrauchsanalyse einer Kampfpreisstrategie einen *indikativen* Stellenwert besitzt (s. N 495).[2118]

500 Die wichtigsten Impulse, um die Funktion des Kompensationstests im Rahmen von Art. 102 AEUV zu definieren, sind von den Arbeiten, die sich seit den ersten Jahren des Milleniums der Ökonomisierung dieser Bestimmung widmeten (s. N 129), ausgegangen.[2119] Die tatbestandsbezogene Eigenständigkeit dieses Tests bei der Analyse einer Kampfpreisstrategie wurde im Diskussionspapier von 2005 noch verneint.[2120] WURM [SEITE 1389] NEST hat darauf hingewiesen, dass die Kommission trotz dieses Negierens in Prädationsfällen seit jeher einen Wettbewerbsbeeinträchtigungstest angewandt hat, der sehr nahe an die in N 465 geschilderte **Kompensationsplausibilitätskontrolle** herankommt.[2121] In diese Richtung haben sich in der Folge denn auch die Überlegungen der Kommission entwickelt, die ihren Niederschlag in der Prioritätenmitteilung von 2009 gefunden haben. Die in diesem Dokument erarbeitete Methodik der Preisunterbietungsanalyse kann als eine dreistufige gedeutet werden: (1) Die Kommission wird bei der Kompensationsthematik von der Frage ausgehen, ob ein *sacrifice* stattgefunden hat, was nach den Kriterien geprüft wird, die in N 418 ff. dargestellt wurden.[2122] Ist das Ergebnis positiv, kommt es zum zweiten Schritt: (2) Die Kommission wird im Rahmen der Untersuchung der *wettbewerbswidrigen Marktverschliessung* namentlich analysieren, ob die mutmassliche Verhaltensweise des Prädators die Wahrscheinlichkeit von Rivalitätsprozessen auf dem relevanten Markt verringert.[2123] Dabei wird sie auf sämtliche Faktoren zurückgreifen, die nach Massgabe der modernen Industrieökonomik in diesem Kontext sachdienlich sind (wie z.B. Informationsasymmetrien [s. N 446], Signaleffekte [s. N 447] und Reputation des

Marktbeherrschers [s. N 427, 447], Finanzierungsmöglichkeiten der Rivalen auf den Kapitalmärkten [s. N 446] usw.).[2124] Insbesondere wird sie in diesem Zusammenhang sorgfältig auf *marktstrukturelle* Aspekte achten. Dieser Punkt ist von besonderer Bedeutung, da die Kommission (im Einklang mit dem Gerichtshof; s. N 499) einen tatbestandskonstitutiven *recoupment*-Test vor allem aus dem Grund für nicht zwingend hält, weil sie der qualifizierten Marktmacht des beherrschenden Unternehmens eine funktionelle Äquivalenz zuspricht.[2125] M.a.W. erachtet sie in ihrer neuen Praxis, dass die Faktoren, welche die Kompensation von erlittenen Verlusten begünstigen, in der Hauptsache *strukturellen Charakters* sind.[2126] In den grossen Linien lassen sich die diesbezüglich zentralen Kriterien der Kommission folgendermassen skizzieren: Die Marktstruktur muss einmal derart beschaffen sein, dass, nachdem die Preise einmal angehoben wurden, eine [Seite 1390] Rückkehr der verdrängten Konkurrenten oder ein Marktzutritt potenzieller Konkurrenten (nahezu) ausgeschlossen ist.[2127] Das ist fast immer der Fall, wenn bedeutsame Marktzutrittsschranken bestehen.[2128] Je tiefer die Marktzutrittschancen sind, desto höher ist auch die Wahrscheinlichkeit, dass Verluste des Prädators kompensiert werden. Dann gilt ausnahmslos: Je grösser der vom Marktbeherrscher gehaltene Marktanteil ist, desto schneller wird sich dieser von der Unterbietungsphase erholen. Diese strukturellen Charakteristika des relevanten Marktes (oder der funktional verbundener Märkte) lassen nach Ansicht der Kommission das mit der «Opfererbringung» einhergehende Risiko, dass Verluste unkompensiert bleiben, tendenziell zuverlässig – und zwar im Sinne einer (indikativen) Plausibilitätskontrolle der Kompensation (s. N 465) – einschätzen.[2129] (3) In einem dritten Schritt wird die Kommission, sofern die benötigten Daten vorhanden sind, anhand des AEC-Tests (s. N 476 f.) prüfen, ob mit einem Schaden der Verbraucher zu rechnen ist.[2130] Abschliessend wird in der Prioritätenmitteilung unterstrichen, dass Effizienzvorteile eines Kampfpreisverhaltens unwahrscheinlich sind.[2131]

ccc) Funktion

501 Nach der Durchsicht der Debatte über das *recoupment*-Merkmal haben sich als Erstes die entsprechenden Rechtslagen in der Schweiz und in der Union geklärt (s. N 498 ff.). Darauf ist nicht zurückzukommen. Wichtiger an dieser Stelle nehmen sich die gesichteten (Pro- und Contra-) Argumente (s. N 496 f.) aus, welche die adäquate Funktion dieses Merkmals im Rahmen der Missbrauchsanalyse i.S.v. lit. d einzukreisen erlauben. Aus **positiver (nicht: normativer) Sicht** ist zunächst festzuhalten, dass die Kompensation ein notwendiges Element einer Kampfpreisstrategie darstellt, gleichviel ob man deren Prüfung anhand des *Brooke Group*-Tests (s. N 464 ff.), eines *recoupment*-Tests im Sinne einer «Plausibilitätskontrolle» (s. N 465) oder einer strukturellen Marktmachtuntersuchung (s. N 473) vornimmt. Ausschlaggebend ist deshalb, dass man den *Gegenstand* des hier fraglichen Tests identifiziert: Dieser muss darin bestehen, dass die Erwartungen des Marktbeherrschers – bzw. seine *«Erfolgsaussichten»* –, die akkumulierten Verluste zu kompensieren, geprüft werden, denn ohne solche Erwartungen wird kein Prädator eine Kampfpreisstrategie beginnen. Einmal mehr sei auf das Urteil *A.A. Poultry Farms, Inc.* v. *Rose Acre Farms, lnc.*, von JOHN EASTERBROOK, J., redigiert, verwiesen: «Predatory prices are an investment in a future monopoly, a sacrifice of today's profits for tomorrow's. The investment must be recouped».[2132] Um diese eiserne Logik kommt man nicht herum.

502 Erst wenn dieser Aspekt der Problematik gänzlich erkannt ist, stellt sich die weitere, diesmal **normative Frage**: Vermittels welcher legislativen Technik kann dieser Gegenstand am angemessensten geprüft werden? Von vornherein scheidet das Modell des *Brooke Group*-Tests aus, das schlechthin *unrealistisch* ist (s. N 464). Was die zwei weiteren Optionen (stichwortartig: «Plausibilitätskontrolle» und «Marktmachtanalyse» [s. N 465 ff. [Seite 1391] und 473]) anlangt, so scheinen sich diese von ihrem *materiellen Gehalt* nicht massgeblich zu unterscheiden: Beide setzen sie auf *marktstrukturelle* Prüfkriterien (und obendrein noch auf in etwa dieselben). Aber

eine Gleichsetzung dieser zwei Analysetypen wäre ein Irrtum in mehreren Hinsichten: Zunächst aus dem Grunde, dass die zwei hier diskutierten Methoden eine ganz verschiedene *temporale* Struktur aufweisen, was allerdings erst in N 506 näher behandelt wird. Belangvoll ist sodann, ob man sie mit Blick auf den Tatbestand als *konstitutiv* oder *indikativ* ausgestaltet (s. N 495). In dieser Hinsicht birgt die indikative Variante, evaluiert man sie denn auch genau, unübersehbare Schwächen in sich: Letztlich läuft diese Lösung darauf hinaus, dass die untersuchende Behörde (im Rahmen ihres Ermessens) frei ist, die *recoupment*-Frage zu prüfen oder nicht. Dies wird sie vermutlich immer dann tun, wenn sie es für erforderlich hält, die Gefahr eines Entscheidungsfehlers zu minimieren, ohne an irgendein halbwegs bestimmtes Prüfraster gebunden zu sein. In welcher Form sie ihre Analyse vornimmt, bleibt ihr bis an die Willkürgrenze gänzlich anheimgestellt.[2133] Dagegen spricht zweierlei: (1) Zunächst, dass eine gerichtliche Überprüfung eines derartigen mehr oder minder konturlosen Instruments kaum greifen wird. Und *arguendo* einmal unterstellt: Wie auch immer ein entsprechender Gerichtsentscheid ausfällt, wird die Wettbewerbsbehörde das nächste Mal das richterlich Entschiedene ohne Schwierigkeiten zu umgehen wissen; es wird ein ewiges «Katz und Maus»-Spiel bleiben. (2) Eine solche indikative Lösung ist ferner aus selbsterklärlichen Gründen der Rechtssicherheit keineswegs förderlich (s. N 53 ff.). Aus diesen Einsichten ergibt sich, dass sich ein Kompensationstest auf die *recoupment*-Erwartungen oder -Aussichten des Marktbeherrschers während der *sacrifice*-Phase konzentrieren sollte; in der zweiten Phase des *predatory pricing* kommt es mangels effektiver Schadensvermeidungsmöglichkeiten auf diesen Test nicht mehr gross an, zumal es bei Bedarf etliche andere Möglichkeiten gibt, um abzuklären, ob ein *recoupment* im Gang ist.[2134]

503 Damit gelangen wir zur **Schlussfolgerung**: Der Kompensationsaussichtstest ist (1) in der *ersten* Phase der Prädation durchzuführen – hat also ausschliesslich *prädiktive* Funktion –; er ist (2) in dieser Phase *konstitutiv* für den entsprechenden Tatbestand und soll (3) Gegenstand eines *ordentlichen* Rechtsmittels bilden, d.h. einer gerichtlichen Überprüfung ohne Kognitionsbeschränkung – mit der dieser zukommenden rechtssicherheitserzeugenden Wirkung – zugänglich sein. Richtiger Auffassung nach ist Art. 7 Abs. 2 lit. d im Sinne dieser drei Kriterien auszulegen, was *methodisch* angesichts seines Zweckes und seiner Funktionalität allemal tunlich und fundiert ist.[2135]

ee) Merkmal IV: Wettbewerbsbeeinträchtigung

aaa) Allgemeines

504 Die erste *AKZO*-Regel war in ihrer ursprünglichen Form, d.h. in der Form vor der Zeit ihrer graduellen Lockerung durch die europäischen Instanzen (s. N 484), der einzige Fall im europäischen Missbrauchsaufsichtsrecht, der je einer *per se*-Analyse unterstellt wurde.[2136] Dass sich *per se*-Regeln aus den in N 128 erläuterten Gründen für die Missbrauchsanalyse nicht eignen, ist heute unstrittig. Es spricht indes unseligerweise einiges dafür, dass die Kampfpreisnormen von Art. 102 AEUV wegen der langjährigen Praxis im europäischen Recht, welche diese Normen weniger in einem funktionalen Stil (s. [Seite 1392] N 129 f.), als vielmehr in einem *formbasierten* anzuwenden pflegte, noch gegenwärtig unter gewissen Defiziten in der **Effektenanalyse** leiden. Womöglich – dies ist wegen des Einflusses des europäischen auf das schweizerische Kartellrecht nicht auszuschliessen – haben sich diese Schwächen auf die heutige Praxis zu lit. d übertragen. Dieser Verdacht ist zwar nicht frei von spekulativen Momenten, findet allerdings beispielsweise in der Vorabklärung im Fall *Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung* eine gewisse Stütze.[2137] *In nuce*: Die Frage, wie sich das Verhalten von Espace Media Groupe (dem beherrschenden Unternehmen) auf die *in casu* relevanten Märkten auswirken würde, falls es diesem Unternehmen gelänge, die Solothurner Zeitung (das potenzielle «Prädationsopfer») zu verdrängen, ist das Sekretariat angegangen, indem

es *rein rechnerisch* aufgelistet hat, wie viele Unternehmen *post festum* auf diesen Märkten noch tätig wären. Hinter dieser augenfällig *verhaltensorientierten* Vorgehensweise verbergen sich gleich zwei Denkfehler: (1) Zunächst die falsche Vorstellung, dass die erwähnten Konkurrenten vom inkriminierten Verhalten nicht betroffen würden. Diese Vorstellung verleitet unbewusst zu einem *ceteris paribus*-Denken, welches es als richtig erscheinen lässt, ausschliesslich Auswirkungen der Prädation auf das Zielunternehmen zu berücksichtigen. *In casu* blieb denn auch eine ernsthafte Untersuchung von allfälligen Informationsasymmetrien, Reputations- bzw. Signaleffekten und dergleichen mehr (s. N 500) aus.[2138] Offensichtlich liegt hier eine behördliche Praxis vor, die (auch und zugleich) auf dem *per se*-indizierten «formbasierten» Ansatz (s. N 127) zu beruhen scheint. (2) Vor allem aber ist der zweite Denkfehler, der die hier fragliche Wirkungsanalyse belastet, letztlich fatal: Die Beantwortung der Frage, ob Rivalen des Marktbeherrschers von dessen Verhaltensweise behindert (s. N 80) oder verdrängt (s. 81 ff.) werden, besagt noch nichts darüber, ob *wirksamer Wettbewerb als solcher* beeinträchtigt ist (was ein allzu oft zu beobachtender Fehler in der Missbrauchsanalyse darstellt; s. N 84). Fatal ist dieser Denkfehler deshalb, weil er im Ergebnis – d.h. konkret: auf Ebene der *remedies* – auf einen Schutz der Wettbewer*ber*, und nicht des Wettbewer*bs* (was Ziel eines jeden Kartellrechts bildet) hinausläuft (s. N 6 f., 103 ff. 225 ff., 417 (insbesondere FN 1712), 567). In den nachstehenden Ausführungen wird es darum gehen, wie diese Defizite zumindest in ihren negativen Folgen gelindert, nach Möglichkeit behoben werden könnten.

bbb) Wettbewerbsschädigung

505 Die europäische Kommissionspraxis und die Rechtsprechung des EuG sowie des EuGH, die sich mit den Fragen der Wettbewerbsschädigung durch Kampfpreise befassen, gründen bis heute auf der Hypothese, dass zwischen *Kompensationsaussichts-Test* und *Effektenanalyse* ein *enger Zusammenhang* im Recht der Preisunterbietung besteht (mit der Konsequenz, dass besagter Test nicht zwingend ist; s. N 499).[2139] Diese Sicht der Dinge [Seite 1393] erscheint in den einschlägigen europäischen Entscheiden in zwei unterschiedlich nuancierten Versionen: (1) Wie in N 499 bereits angesprochen stützt sich im Allgemeinen die Wirkungsuntersuchung dieser Instanzen auf der Argumentenkette, dass – *erstens* – die negativen Auswirkungen des *predatory pricing* auf den Wettbewerbsprozess eine lohnende Investition des Prädators in die Zukunft ist (die er, *arguendo*, ohne *recoupment*-Aussichten sowieso nicht tätigen würde), weil – *zweitens* – diese Verdrängungseffekte ihm erlauben, inskünftig von höheren Preisen auf dem Markt zu profitieren, indem er – *drittens* – dank dieser Preise seine Verluste aus der *sacrifice*-Phase wettmachen kann.[2140] (2) Zuweilen taucht in der Praxis eine kurzschlüssige Version der soeben resümierten Argumentenkette auf: Ohnehin genüge dem Prädator schon – und dieses Argument ist eine Art *eventualiter*-Position, die gewissermassen unterschwellig und latent die soeben geschilderte Stufenfolge der Effektenanalyse begleitet –, hinreichend qualifizierte Marktmacht während dieser ersten Phase (durch Beseitigung aktueller und Marktzutrittsbehinderung potenzieller Rivalen) zu horten, damit er (der Prädator) in der zweiten Phase verhindern kann, dass die Preise *sinken*, was unweigerlich geschehen würde, wären die eliminierten Wettbewerber stets noch auf dem Markt aktiv, denn diese Präsenz würde die Rivalität unweigerlich intensivieren.[2141]

506 Nachstehend wird aufgezeigt, dass sich der behauptete enge Zusammenhang zwischen *recoupment*-Test und Wirkungsanalyse in verschiedener Hinsicht fragwürdig ausnimmt und jedenfalls als Basis einer Effektenanalyse der Prädation nicht tauglich ist. Das Problem ist ein solches *zeitlicher* Ordnung:[2142] Während qualifizierte Marktmacht die **Vergangenheit** reflektiert, betrifft die Kompensation die **Zukunft**. Anders gewendet: Auf der *Zeitachse* blickt die Analyse der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens stets auf *bereits Geschehenes* zurück; demgegenüber geht es beim *recoupment*-Test, wie in N 501 erläutert, um die

Einschätzung der *Aussichten* bzw. der *Erwartungen* des Prädators, dass dessen Verluste aus der ersten Phase der Kampfpreisstrategie in der zweiten wettgemacht werden. In der Prioritätenmitteilung bringt die Kommission diese Zeitfolge – oder präziser: die *consecutio temporum* der qualifizierten Marktmacht und ihren Konsequenzen – durcheinander, um einen Konnex herzustellen, den es nicht gibt. Aus diesem Grund hat sich in Randziffer 63 der Prioritätenmitteilung ein *Fehler* eingeschlichen, der unmittelbar die Effektenanalyse, die von der Kommission vorgeschlagen wird, betrifft. In dieser Randziffer kündigt die Behörde Folgendes an:

«Entsprechend ihren Durchsetzungsprioritäten wird die Kommission im Allgemeinen dann tätig, wenn Beweise dafür vorliegen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Kampfpreise praktiziert und bewusst kurzfristige Verluste oder Gewinneinbußen in Kauf nimmt (also ein ‹Opfer› – *sacrifice* – erbringt), so dass es einen oder mehrere seiner bereits vorhandenen oder potenziellen Wettbewerber vom Markt ausschließt bzw. ausschließen kann, um – zum Schaden der Verbraucher – seine Marktmacht zu halten oder auszubauen».[2143] Gemäss diesen Ausführungen soll eine Intervention der Kommission ohne *recoupment*-Test erfolgen, was zu Tage treten lässt, dass diese ihren Eingriffsentscheid auf die vorhandene Marktmacht des beherrschenden Unternehmens stützt. In methodischer Hinsicht – bzw.: aus der Perspektive der zeitlichen Reihenfolge der Dinge betrachtet – bedeutet diese Interventionsbereitschaft, dass die Kommission aus der *vergangenen* Existenz qualifizierter Marktmacht schliesst, dass der Marktbeherrscher « [Seite 1394] […] *will* have the market power to raise prices *high enough and long enough* […] above the level of pricing that would have existed absent predation».[2144]

Diese analytische Vorgehensweise der Kommission beruht auf einem *argumentativen Fehlschluss*: Die dem beherrschenden Unternehmen zugesprochene Eigenschaft, *inskünftig lange genug* imstande zu sein, suprakompetitive Erträge zu generieren, um seine Verluste *gänzlich* wettzumachen, wird damit begründet, dass dieses Unternehmen *früher* einmal diese Eigenschaft besessen hat. Was die Kommission in der erwähnten Randziffer 63 genau macht, ist, die Fähigkeit des Marktbeherrschers zur Kompensation mit Argumenten zu begründen, welche diese Fähigkeit *schon als bestehend* voraussetzen. Es verhält sich also so, als fehlte ein Glied in der Argumentenkette der Kommission. Und in der Tat: Dieses fehlende Glied ist just der *recoupment*-Test. Aus dieser Einsicht ist abzuleiten, dass die Effektenanalyse einer Kampfpreisstrategie *anders* vorzunehmen ist, als es in der Randziffer 63 der Prioritätenmitteilung präkonisiert wird.

507 Mit diesem Befund wird letztlich nur bestätigt, was in N 440 und 496 bereits dargelegt wurde, nämlich dass die Funktion des Kompensationstests darin und nur darin besteht, die *Rationalität des Handelns* des Prädators nachzuweisen.[2145] Und das bedeutet *in concreto*: Dieser Test dient ausschliesslich dazu, den Befund der mit dem *sacrifice*-Test vorläufig unterstellten *ökonomischen* Irrationalität von Niedrigpreissetzungen dadurch zu ergänzen, dass gezeigt wird, dass die tiefen Preise in Wahrheit gar nicht irrational sind, sondern ihre ökonomische Erklärung darin finden, dass sie auf eine *Wettbewerbsbeschränkung* ausgerichtet sind und damit im Hinblick auf dieses Ziel durchaus in *rationaler* Manier gesetzt wurden. *Sacrifice*- und *recoupment*-Test bezwecken zusammen, eine *wettbewerbswidrige Unternehmensstrategie* zu *identifizieren* (und eben nicht, negative Auswirkungen dieser Strategie auf die Rivalität zwischen Unternehmen darzutun; s. N 505).[2146] Diese Feststellung verleitet zur Frage: Auf welche Weise ist es möglich, negative Effekte auf den Wettbewerb darzutun? Anerkannt ist einmal, dass niedrige Preise über diese Auswirkungen gar nichts aussagen – und zwar selbst, wenn die Preise unter den AVC (s. N 451) liegen –, was die europäische Rechtsprechung insofern bejaht hat, als sie beide *AKZO*-Regeln (s. N 482) als *widerlegbare Vermutungen* versteht (s. N 484). Ein Teil der Lehre will den wettbewerbsschädigenden Charakter der Effekte von Kampfpreisen über die Feststellung einer *Verdrängungsabsicht* ermitteln.[2147] In diesem Kontext muss man allerdings bedenken, dass der Nachweis einer derartigen Absicht darüber schlechterdings nichts auszusagen vermag, ob auf dem relevanten Markt oder auf verbundenen Märkten Effekte eingetreten sind (s. N 496). Absicht ist eben nicht «Wirkung». Deshalb wird man diesem Ansatz nicht folgen wollen. Eine

andere Methode der Wirkungsanalyse geht aus dem Fall *Deutsche Post* hervor: Die Kommission hat in diesem [Seite 1395] Verfahren auf wettbewerbsschädigende Effekte erkannt, weil die von der Deutschen Post praktizierten Tiefpreise die Entwicklung effizienterer Briefbeförderungssysteme behinderte, sodass deren Verhalten auf eine Verschwendung knapper Ressourcen hinauslief.[2148] Dieses analytische Vorgehen lässt sich trotz seiner Überzeugungskraft vermutlich deshalb nicht verallgemeinern, weil die Deutsche Post auf der Grundlage von staatlich gewährten Rechten handelte.[2149] Weiterführend ist deshalb die im Urteil *Post Danmark I* präkonisierte Effektenanalysemethode. Der EuGH führte unter Auslassung der Möglichkeiten objektiver Rechtfertigung aus:

> «Um zu entscheiden, ob […] wettbewerbswidrige Auswirkungen vorliegen, ist zu prüfen, ob […die inkriminierte] Preispolitik ohne eine objektive Rechtfertigung zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung […der Rivalen] zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt».[2150]

Letztlich verwendete der Gerichtshof hier die allgemein anerkannte Vorgehensweise der **Einzelfallanalyse**. Dieses Ergebnis deckt sich somit mit der konstanten Praxis des Bundesgerichts, auch in preisbezogenen Missbrauchsfällen eine Untersuchung der Gesamtumstände durchzuführen (s. N 112 f., 151).

Was verbleibt, ist die schon mehrmals erläuterte Problematik (s. N 6 f., 103 ff., 225 ff., 417 (insbesondere) FN 1712), 567, dass eine Beschränkung der Tätigkeit von Wettbewer*bern* nicht mit einer Schädigung des Wettbewer*bs* gleichzusetzen ist. Dass eine unter lit. d analysierte preisbezogene Verhaltensweise eine **Schädigung des Rivalitätsprozesses** bewirkt, ist deshalb im Rahmen einer gesonderten Prüfung nachzuweisen. So will das vom EuGH im Urteil *Hoffmann-La Roche* aufgestellte Prinzip, wonach «[…] Artikel 86 [heute: Art. 102 AEUV …] auf Verhaltensweisen [zielt …, die] einen Zustand wirksamen Wettbewerbs […] beeinträchtigen».[2151] Ein auf die Beantwortung dieser Frage spezialisierter Test besteht nicht. Auch in diesem Zusammenhang wird man – so wie es die europäischen sowie die Schweizer Wettbewerbsbehörden und Gerichte tun – auf die Untersuchung der konkreten Umstände des Einzelfalles Rückgriff nehmen (s. N 507). **508**

ccc) Konsumentenwohlfahrtsschädigung

In N 478 wurde dargelegt, dass die Prüfung eines Missbrauchs i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. d ohne den Beizug eines Kriteriums, das angibt, wann eine Prädation die **Konsumentenwohlfahrt** schädigt, unvollständig bleibt. Der wettbewerbspolitische Standard (s. N 111, 114 ff.) sowie die industrieökonomische Lehre legen nahe, die weitere Analyse mit dem AEC-Test fortzuführen. Hierzu sei auf die Ausführungen in N 476 f. verwiesen. **509**

ff) Merkmal V: Kausalität

Vgl. N 152 f. **510**

[Seite 1396] gg) Merkmal VI: *Legitimate business reasons*

Die schweizerische Praxis hat sich bislang noch nicht eingehend mit Rechtfertigungsgründen für Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen befasst. Auch in der Lehre beschäftigen sich nur wenige Autoren ausführlich mit solchen Gründen.[2152] Die europäische Doktrin unterscheidet zwei Rechtfertigungstypen. Einerseits **Abwehrverhalten** gegen einen Rivalen, andererseits **Angriffsverhalten**, das auf Effizienzgewinne im Rahmen einer Expansion der Tätigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens abzielt (z.B. Netzwerkeffekte oder Erfahrungsvorteile).[2153] Diese Klassifikation entspricht der in N 170 ff. vorgestellten Dogmatik der *legitimate business reasons*, die zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen (s. N 512) und Effizienzgründen (s. N 51 ff.) unterscheidet. **511**

512 Zur ersten Rechtfertigungsgründekategorie gehört die sog. ***meeting competition defence***. Diese Verteidigungsstrategie ist zulässig, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Preise dem Niveau seiner Konkurrenten anpasst;[2154] sie setzt aber stets voraus, dass nicht etwa die Konkurrenten ihre Preise an das tiefe Niveau des marktbeherrschenden Unternehmens anpassen, was als oligopolistische Koordination wettbewerbsrechtlich problematisch sein kann.[2155] Gemäss Sekretariat liegt ein Indiz für die Zulässigkeit der inkriminierten Verhaltensweise vor, wenn es sich dabei um ein branchenübliches Verhalten handelt, welches auch von nichtbeherrschenden Unternehmen praktiziert wird.[2156] Auch kann es für den Marktbeherrscher vernünftig sein, wenigstens kurzfristig eine Verhaltensweise an den Tag zu legen, die sich – trotz Marktmacht – an die Marktbedingungen anpasst, um seine Stellung zu verteidigen: Preisunterbietung ist unter diesen Umständen «simply an independently justified, price-maximizing response to the prevailing market conditions.»[2157] Die europäischen Behörden haben in diesem Sinne festgehalten, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen grundsätzlich das Recht hat, verhältnismässige Massnahmen zu ergreifen, um seine Geschäftsinteressen zu wahren.[2158] Damit ist insb. das Recht gemeint, auf ein Konkurrenzangebot zu reagieren, um seine Kunden nicht zu verlieren.[2159] Allerdings hat sich der EuGH im Urteil *France Télécom SA/Kommission* auf die Ansicht des EuG gestützt, wonach das Recht, sich den Preisen der Konkurrenz anzupassen, kein absolutes Recht sei. Passe sich das beherrschende Unternehmen den Preisen der Mitbewerber an, so sei dies zwar für sich genommen nicht missbräuchlich; etwas anderes gelte indes, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nicht nur zum Schutz seiner berechtigten Interessen tätig werde, sondern um zugleich seine beherrschende Stellung zu stärken.[2160] Im Prinzip muss im Rahmen dieses Abwehrverhaltens danach unterschieden werden, ob der Preis der Konkurrenz unter oder über den AVC/AAC (s. N 451 und 457) liegt: (1) Wenn der Preis unter den AVC/AAC liegt, [Seite 1397] scheinen die europäischen Behörden dazu zu tendieren, ein Anpassungsrecht zu verweigern. Tatsächlich würde ein solches Recht die Unterbietungsbestimmung unterlaufen, die gerade darauf abzielt, einen unter AVC/AAC liegenden Preis zu verhindern (s. N 482 ff.).[2161] Gewisse Autoren tragen dennoch Gründe dafür vor, dass eine Rechtfertigung dieses Abwehrverhaltens in vorliegender Konstellation zumindest geprüft werden muss.[2162] (2) Wenn der Preis über den AVC/AAC, aber unter den ATC (s. N 451) liegt, wird ein Rechtfertigungsgrund gestützt auf das geschilderte Anpassungsrecht grössere Aussicht auf Erfolg haben, weil der Preis wenigstens die kurzfristigen Kosten und einen Teil der Fixkosten des Unternehmens deckt. Folgende Kriterien sprechen in diesem Fall für eine Rechtfertigung: Erstens ist das Vorliegen eines Verdrängungsplans entscheidend (s. N 487), der unter den erwähnten Voraussetzungen wohl kaum je nachzuweisen ist. Zweitens spielt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ebenfalls eine wichtige Rolle. Die Kommission verlangt namentlich, dass keine Möglichkeit für eine wettbewerbstheoretisch mildere Massnahme bestehe, um die Verluste zu minimieren, dass die Anpassung zeitlich möglichst begrenzt sei, und dass der Neueintritt oder die Aktivitäten von Mitbewerbern nicht erschwert oder behindert würden.[2163]

513 Ein weiterer objektiver Rechtfertigungsgrund kann dann gegeben sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen über eine kurze Zeitperiode **Sonderangebote** (z. B. Rabatte; s. N 560 ff.) gewährt, um ein neues Produkt zu lancieren oder in einen neuen Markt einzutreten.[2164] Ein solches Verlustgeschäft ist dann rational, wenn die Konsumenten sich zuerst mit einem neuen Produkt vertraut machen müssen, um dessen Qualitäten prüfen zu können.[2165] Nach dieser ersten Anlaufphase muss es in der Regel zulässig sein, die Preise zu erhöhen, dies in der Erwartung, dass die Konsumenten dem neu eingeführten Produkt treu bleiben. Die Preiserhöhung ist in diesem Fall keineswegs die Folge einer Verdrängung der Konkurrenz. Eine Reihe von Voraussetzungen müssen allerdings bei der Prüfung dieses Rechtfertigungsgrundes beachtet werden:[2166] Zunächst muss das Sonderangebot zeitlich begrenzt sein, wobei die angemessene Zeitperiode indessen je nach konkreten Marktumständen variiert. Sodann muss die Sonderangebotsstrategie vom Zweck getragen sein, ein neues

Produkt zu bewerben, und darf schliesslich nicht – auch nicht partiell – von der Absicht motiviert sein, Konkurrenten zu verdrängen. Anzumerken bleibt, dass es schwierig zu bestimmten ist, ob Verluste, die am Anfang einer wirtschaftlichen Tätigkeit bewusst eingegangen werden, gerechtfertigt sind oder nicht. Erstens besteht ein Beweisproblem: Allfällige Beweise befinden sich oft nur im Business-Plan des entsprechenden Unternehmens. Zweitens beruhen Theorien über die Auswirkungen eines Verhaltens auf den Wettbewerb auf Annahmen und sind daher *per se* spekulativ. Drittens gibt es momentan keinen ökonomischen oder finanzwissenschaftlichen Test, der eine Abgrenzung zwischen den gerechtfertigten und den ungerechtfertigten Anfangsverlusten zuliesse. Auch nicht in speziellen Märkten. In der Entscheidung *Wanadoo Interactive*, welche die Einführung von neuen Produkten betraf, hielt die Kommission fest, dass Art. 82 EG (neu: Art. 102 AEUV) keine generelle Ausnahme für neue Märkte *(new economy)* vorsehe. Die Kommission verwarf dabei die Argumentation von WIN, [Seite 1398] wonach es nicht angebracht sei, eine Preisunterbietung in einem gerade erst im Entstehen begriffenen Markt anzunehmen, der ein strukturelles Defizit aufweise und insofern bei der Einführung eines neuen Services zwangsläufig Verluste mit sich bringe.[2167]

514 Was die zweite Kategorie von Rechtfertigungsgründen betrifft (s. N 176 f.), ist davon auszugehen, dass sich beim *predatory pricing* **Effizienzgewinne** oft nur auf Dauer realisieren lassen. Um das Produktionsvolumen zu vergrössern, muss nämlich das lancierte Produkt unter Umständen für eine gewisse Dauer zu Verlustpreisen veräussert werden.[2168] Im Gegensatz zu den objektiven Rechtfertigungsgründen (s. N 512 ff.) beruht die Kostenamortisation hier nicht auf der Bereitschaft des Konsumenten, für ein Produkt mehr zu bezahlen, sondern auf der Fähigkeit des marktbeherrschenden Unternehmens, die Kosten als solche mit der Zeit zu reduzieren. Effizienzgewinne nehmen im vorliegenden Kontext eine Reihe verschiedener Formen an:[2169] (1) Skalen- oder Verbundeffekte erlauben es, die Produktion zu steigern und gleichzeitig die durchschnittlichen Kosten zu senken. (2) Durch Spezialisierung kann ein Produkt oder eine Dienstleistung je nach produzierter Menge günstiger angeboten werden. (3) Auch spielt zuweilen der Informationsstand des Konsumenten eine Rolle: Ab einem bestimmten Zeitpunkt können Marketing-Ausgaben reduziert werden, weil sich die Werbung zu einem beträchtlichen Teil durch Mund-zu-Mund-Propaganda abwickelt. (4) Ein Produzent wird sodann effizienter, je länger er auf dem Markt ist *(learning by doing)*.[2170] (5) Endlich kann ein Markt, der durch Netzwerke gekennzeichnet ist, ein Unternehmen dazu verleiten, die Preise unter den Kosten festzusetzen; dies nicht um seine Konkurrenten zu verdrängen, sondern vielmehr um Grösse und Attraktivität des Netzes zu vergrössern.[2171] (6) Eine Preisunterbietung kann rational begründet sein, sofern der Verkauf des Gutes den Verkauf eines komplementären Gutes zu höheren Preisen ankurbelt.[2172] Für die Schweiz hat das Sekretariat der WEKO festgehalten, dass ein Unternehmen, das neu in einen Markt eintritt, wissentlich Verluste in Kauf nehmen darf. Obwohl solches Verhalten *prima facie* auf eine Preisunterbietung hindeutet, kann es eine Investition in die Zukunft darstellen, die Bestandteil einer rationalen, d.h. gewinnorientierten, und wettbewerbsförderlichen Strategie bildet.[2173] Wenn dieses Verhalten darüber hinaus in einer bestimmten Branche üblich ist, liegt ein weiteres Indiz für einen Rechtfertigungsgrund vor.[2174] Die Haltung der europäischen Wettbewerbsbehörden ist nicht eindeutig. In ihrem *Discussion Paper* bestätigt die Kommission einerseits, dass eine Rechtfertigung des *predatory pricing* qua Effizienzgewinne grundsätzlich nicht angehe;[2175] andererseits hält sie darin aber auch fest, dass ein Preis, der unter den AVC/AAC (s. N 451 und 457) liegt, durch grosse Lerneffekte gerechtfertigt werden könne.[2176] In einem nicht publizierten Entscheid, der die von Euronext als Reaktion auf den Markteintritt der London Stock Exchange in Amsterdam ge [Seite 1399] währten Rabatte betraf, hat die Kommission Effizienzgewinne als Rechtfertigungsgrund zugelassen.[2177] Anders schien das EuG die Dinge im Urteil *France Télécom SA/Kommission* zu sehen, das vom EuGH bestätigt wurde. Grössenvorteile und Lerneffekte, die dank einer Produktion erzielt wurden, die in Folge von Verdrängungspreisen gesteigert wurde, konnten nach diesem Urteil

das marktbeherrschende Unternehmen nicht von seiner Verantwortung gemäss Art. 102 AEUV befreien.[2178]

Eine weitere Rechtfertigungsmöglichkeit besteht in Fällen **ruinösen Wettbewerbs**. Bestehen Überkapazitäten, kann es gerechtfertigt sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Preise unter den ATC oder gar den AVC (s. N 451) festlegt.[2179] Denn auch diesem muss es unbenommen sein, zu dem Preis zu verkaufen, den es auf dem Markt erhält. Dies ist Ausdruck des in Art. 7 enthaltenen Grundsatzes, dass Marktmacht als solche nicht verboten ist (s. N 5, 10, 72, 112). Dieser Rechtfertigungsgrund gilt grundsätzlich für die Dauer, während der die Nachfrage rückläufig ist und die Unternehmen nicht in der Lage sind, ihre Produkte kostendeckend zu vermarkten. In diesem Sinne wiesen AREEDA und TURNER schon bei der Formulierung ihres AVC-Tests darauf hin, dass dieser nicht auf Situationen anwendbar sei, in denen Überschüsse bestehen.[2180] **515**

Ein ähnlicher Rechtfertigungsgrund besteht dann, wenn Güter unter AVC/AAC (s. N 451 und 457) verkauft werden, weil sie **technisch überholt** oder **verderblich** sind, nicht mehr der Mode entsprechen oder weil deren Lagerung bis zum Verkauf teurer ist als der Verlust, der durch den sofortigen Verkauf zu einem Preis unter AVC/AAC anfällt.[2181] Das fragliche Verhalten läuft darauf hinaus, die Kosten durch sofortigen Verkauf zu minimieren.[2182] **516**

Schliesslich sehen gewisse Autoren einen Rechtfertigungsgrund auch dann als gegeben an, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht realisiert, dass seine Preise unzulässig sind, und diesen Umstand korrigiert, sobald es sich dessen bewusst wird.[2183] Im Fall *Tetra Pak II* scheint die Europäische Kommission diesen Standpunkt eingenommen zu haben, als sie unterstrich, dass der Verlustverkauf nicht durch die Unternehmensführung veranlasst worden sei.[2184] Bejaht man einen solchen Rechtfertigungsgrund, führt man im gleichen Zuge ein **subjektives Element** ein, welches grundsätzlich nicht in die Analyse von Art. 7 gehört. Unter der Voraussetzung, dass der Fehler in der Preisfestsetzung unfreiwillig ist, nur kurz andauert und so schnell wie möglich korrigiert wird, scheint eine Rechtfertigung dennoch angemessen zu sein.

3. Kosten-Preis-Schere (margin squeeze)

a) Allgemeines

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Kosten-Preis-Schere «[…] eine Strategie, die dadurch gekennzeichnet ist, dass ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen die möglichen Gewinnmargen seiner Wettbewerber im nachgelagerten [Seite 1400] Markt so beschneidet oder ganz beseitigt, dass diese nicht mehr konkurrenzfähig sind, sondern letzten Endes aus dem Markt ausscheiden müssen und dadurch der Wettbewerb insgesamt im nachgelagerten Markt beeinträchtigt wird».[2185] **517**

Zu diesem Begriff der Kosten-Preis-Schere (auch Margenbeschneidung, *compression des marges, ciseau tarifaire, forbice tariffaria, margin squeeze, price squeeze*) geht einmal hervor, dass das Bundesgericht diese Praktik als **Verdrängungsmissbrauch** (s. N 79 ff.) anschaut.[2186] Die Ausführungen dieser Instanz implizieren, dass eine Kosten-Preis-Schere die Form einer *vertikalen Marktverschliessung* (s. N 83) bzw. einer *input foreclosure* annimmt.[2187] Empirisch war dieser Sachverhalt ein auf Wettbewerbsmärkten lange nicht oder nur sehr selten anzutreffender Fall. Sein Aufkommen ging einher mit der Liberalisierung von Staatsmonopolen in den 1990er Jahren (in Bereichen wie die Telekom, der Strom, das Gas, die Briefpost usw.),[2188] zumal die Ex-Monopolisten meist äusserst marktmächtige Gebilde blieben (wie z.B. Swisscom), die geneigt waren und es immer noch sind, ein aggressives unternehmerisches Verhalten an den Tag zu legen.[2189] **518**

Die Lehre vom *margin squeeze* ist **keine reine *antitrust doctrine*** (s. N 88). Sie enthält *preisregulatorische* Elemente,[2190] die die Anwendung des Art. 7 unweigerlich **519**

beeinflussen und mithin riskieren, kartellrechtspolitische Inkonsistenzen zu schaffen.[2191] Bis heute ist nicht restlos geklärt, worin die Wettbewerbsbeeinträchtigung *(competitive harm)* einer Kosten-Preis-Schere-Strategie genau besteht (s. N 554). Um dieses Problem zu erläutern, [Seite 1401] soll komparatistisch das vielberedte Urteil des *U.S. Supreme Court* i.S. *LinkLine* vom 25.2.2009, das nach Schweizer und europäischer Sehweise einen Fall von Kosten-Preis-Schere betraf, näher in Betracht gezogen werden.[2192] Der Tenor des Urteils lässt sich in zwei Sätzen resümieren: (1) Wenn ein vertikal integriertes Unternehmen keine Pflicht habe, Geschäftsbeziehungen im vorgelagerten (oder *wholesale*-) Markt zu unterhalten, könne nach § 2 Sherman Act keine *margin-squeeze*-Klage erhoben werden.[2193] (2) Sofern auf dem nachgelagerten (oder *retail*-) Markt kein *predatory pricing* vorläge, träfe den Marktbeherrscher keine Pflicht, die *wholesale*- und die *retail*-Preise so anzusetzen, dass die Unternehmen auf *retail*-Stufe profitabel wirtschaften können.[2194] Kurzum: Wenn weder eine Geschäftsverweigerung im *wholesale* noch eine Preisunterbietung im *retail* feststellbar sei, könne die Beschneidung einer (wie auch immer konstruierten) Marge von *retail*-Mitbewerbern nicht missbräuchlich im Sinne von § 2 Sherman Act sein.[2195] Der Hauptgrund für diese Haltung der U.S.-amerikanischen Höchstinstanz besteht darin, dass sie in einer Margenbeschneidung *keine* Wettbewerbsbeeinträchtigung entdecken kann: «[It was] assert[ed] that there are circumstances in which price squeezes may harm competition. For example, [this assertion stresses] that price squeezes may raise entry barriers that fortify the upstream monopolist's position; [it was] also contend[ed] that price squeezes may impair nonprice competition and innovation in the downstream market by driving independent firms out of business. […]. *The problem, however, is that [the authors of such views] have not identified any independent competitive harm caused by price squeezes above and beyond the harm that would result from a duty-to-deal violation at the wholesale level or predatory pricing at the retail level.* See 3A P. Areeda & H. Hovenkamp, Antitrust Law ¶ 767c, p. 126 (2d ed. 2002) ('[I]t is difficult to see any competitive significance [of a price squeeze] apart from the consequences of vertical integration itself'). To the extent a monopolist violates one of these doctrines, the plaintiffs have a remedy under existing law. We do not need to endorse a new theory of liability to prevent such harm».[2196] Die Quintessenz dieser Erwägung liegt in der kartellrechtspolitisch bislang letztlich nicht wirklich geklärten Frage, wie es dazu kommen kann, *dass eine Kosten-Preis-Schere den Wettbewerb schädigen kann, ohne* dass auf dem vorgelagerten Markt eine *Geschäftsverweigerung* i.S.v. lit. a und *ohne* dass auf dem nachgelagerten Markt eine *Kampfpreisstrategie* i.S.v. lit. d *zu diagnostizieren wäre*. Das vom *Supreme Court* in der soeben wiedergegebenen Passage unterstrichene Enigma der *margin squeeze doctrine* als kartellrechtliche Lehre findet womöglich seinen tieferen Grund in einer Überlegung, die sich in einem von STEPHEN BREYER, J., redigierten *2d Circuit*-Urteil i.S. *Town of Concord* befindet:[2197] *«[A]ntitrust … [should] … avoid direct price administration […]».*[2198] Dieser Gedanke wurde vom *Supreme Court* knapp zwanzig Jahre später mit folgenden Worten weitergesponnen: «Recognizing price squeeze claims [Seite 1402] would require courts simultaneously to police both the wholesale and retail prices to ensure that rival firms are not being squeezed. And courts would be aiming at a moving target, since it is the interaction between these two prices that may result in a squeeze».[2199] Diese Ausführungen lassen erkennen, dass das Rätsel der *margin squeeze doctrine* darin besteht, dass ein Vorgang, der sich auf einem Markt abspielt, nicht für sich allein beobachtet wird, sondern dass zwei autonome Preisbildungsmechanismen (nämlich derjenige auf dem *wholesale*- und derjenige auf dem *retail*-Markt) simultan in Betrachtet gezogen werden, um aus dieser Simultaneität abzuleiten, dass das Retailgeschäft wettbewerbswidrig nicht profitabel ist.[2200] Das ist letztlich ein Gleichung mit *drei* Unbekannten: Warum sollte aus einem In-Verhältnis-Setzen von zwei voneinander unabhängigen Preisbildungsprozessen, die sich auf zwei (zwar verbundenen) Märkten abspielen und auf dem nachgelagerten Markt für bestimmte Rivalen auf eine unprofitable Marge hinauslaufen, ohne dass auf vor- und nachgelagertem Markt das Kartellgesetz

verletzt worden wäre, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung entstehen?[2201] Wie in *Trinko* festgestellt wurde: *Antitrust*-Normen sind «[…] *ill suited to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing*».[2202]

520 Was ist aus diesen Betrachtungen in Bezug auf den vom Bundesgericht im *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteil richterrechtlich geschaffenen Tatbestand der Kosten-Preis-Schere zu schliessen? **Zweierlei**: (1) Trotz den für die Schweizer (und europäischen) Wettbewerbsinstanzen doch beunruhigenden und verunsichernden Argumenten der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung hinsichtlich der kartellrechtlichen Kohärenz der Lehre von der Kosten-Preis-Schere ist Letztere sowohl in der Union als auch hierzulande in der Praxis der Wettbewerbsbehörden und der Gerichte dermassen etabliert – ja geradezu eingewurzelt –, dass diese Lehre realistischerweise nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Es ist nicht zu erwarten, dass die erwähnten Instanzen in dieser Hinsicht nochmals über die Bücher gehen werden. (2) Allerdings ermahnen die Erkenntnisse der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung zur Behutsamkeit bei der Anwen [Seite 1403] dung des ungeschriebenen Tatbestandes des *margin squeeze*. Nach Auffassung eines überwiegenden Teils der Schweizer und europäischen Doktrin scheint sich die Kosten-Preis-Schere in der kartellrechtlichen Kontrolle des Marktverhaltens von ehemaligen Staatsmonopolisten bewährt zu haben. Ob dies zutrifft, ist zur Zeit weder theoretisch noch empirisch umfassend geklärt. Wird freilich die Zweckmässigkeit und Angemessenheit der behördlichen und gerichtlichen Praxis des *margin squeeze* mit seiner Bewährtheit begründet, so empfiehlt sich, konsistent sowie kohärent zu bleiben: Diese Begründung legt nahe, dass bis auf Weiteres davon abgesehen werden sollte, den Anwendungsbereich dieses Tatbestandes über liberalisierte Märkte hinaus auszudehnen und auf Sachverhalte anzuwenden, denen keine Deregulierung einstiger staatlicher Markt- oder Preisordnungen vorausgegangen ist.[2203]

b) Verhaltenstypologie

521 Aus der Perspektive der Bildung einer Typenreihe der Kosten-Preis-Schere ist von primärer Bedeutung, sich gewahr zu sein, dass Gegenstand einer *price squeeze*-Analyse nicht die jeweils auf vor- und nachgelagertem Markt praktizierten Preise, sondern die **Spanne** zwischen ihnen, d.h. die *Differenz* zwischen diesen beiden Faktoren ist (s. N 550). Die Analyse richtet sich auch *nicht* auf die *Höhe* der vom Marktbeherrscher *upstream* oder *downstream* praktizierten Preise. Gerade deshalb setzt die Kosten-Preis-Schere niemals eine *Unangemessenheit* der Vorleistungs- und der Endkundenpreise i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c voraus (s. N 550 ff.). Die massgeblichen Faktoren, um die fragliche Spanne zu berechnen, sind aber nach dieser Analytik dennoch (1) zunächst der *Preis* eines auf dem vorgelagerten Markt hergestellten *«Vorleistungsguts»* (Produkt oder Dienstleistung), das das vertikal integrierte Unternehmen Rivalen, die auf dem nachgelagerten Markt (als Konkurrenten der *downstream*-Operationen des beherrschenden Unternehmens) tätig sind, liefert (sog. *Vorleistungspreis*),[2204] und (2) alsdann der Preis, den das vertikal integrierte Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt für das Finalprodukt, das für die Endverbraucher vorgesehen ist, verlangt (sog. *Endkunden- oder Endverbraucherpreis*).[2205] Auf dem nachgelagerten Markt steht das vertikal integrierte Unternehmen im Wettbewerb mit rivalisierenden Anbietern von Endkundenprodukten (*downstream*-Mitbewerber), die jedoch auf die Vorleistung *«angewiesen»* sind;[2206] was mit der in Anführungszeichen gesetzten Vokabel genau gemeint wird, ist noch nicht restlos geklärt, was freilich an anderer Stelle besprochen wird (s. N 546 ff.). Das Bundesgericht unter [Seite 1404] scheidet auf dieser Grundlage zwei typologische Varianten der Kosten-Preis-Schere: «[D]as vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen [kann] in zweifacher Weise auf die Gewinnmarge von Wettbewerbern auf dem nachgelagerten Markt einwirken. Es kann entweder hohe Vorleistungs- oder niedrige Preise für das Endprodukt setzen. Insofern geht vom marktbeherrschenden Unternehmen ein zweifacher Preisdruck auf die Margen der Wettbewerber aus».[2207]

Dementsprechend gilt es zwischen zwei typologischen Verhaltensweisen zu differenzieren:

522 (1) **Verhaltenstypus I** (Vorleistungspreis → Endkundenpreis): Diese Variante der Kosten-Preis-Schere liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn «[…] der Vorleistungspreis für die Wettbewerber über dem Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt liegt».[2208] In dieser Konstellation ist die Marge eines *downstream*-Rivalen des vertikal integrierten Unternehmens *negativ*, wenn er konkurrenzfähige Endkundenpreise (d.h. Preise, die in Konkurrenz zu denjenigen der *downstream operation* des vertikal integrierten Unternehmens stehen) anbieten will. An einem Beispiel veranschaulicht: Ein Telekommunikationsunternehmen (*downstream*-Mitbewerber) bezahlt für ein Vorleistungsprodukt des vertikal integrierten Unternehmens CHF 50.– pro Einheit. Gleichzeitig bietet Letzteres sein Endprodukt zu einem Marktpreis (Endkundenpreis) von CHF 30.– pro Einheit an. Die Preisspanne zwischen dem Vorleistungspreis (CHF 50.–) und dem vom Marktbeherrscher praktizierten Endkundenpreis (CHF 30.–) beträgt *minus* CHF 20.–. Will der *downstream*-Rivale im Geschäft bleiben, kann er dies offensichtlich nur unter Eingehung von Verlusten tun (bzw. unter einer schlechthin unwahrscheinlichen Steigerung seiner Kosteneffizienz; s. N 115); über kurz oder lang wird er realistisch betrachtet vom Markt verdrängt. In dieser Konstellation muss gar nicht erst berücksichtigt werden, dass beim *downstream*-Wettbewerber neben den Vorleistungskosten noch andere Herstellungskosten anfallen, die zu einem zusätzlichen Preisdruck führen.[2209]

523 (2) **Verhaltenstypus II** (Vorleistungspreis + produktspezifische Kosten → Endkundenpreis): Die zweite Variante der Kosten-Preis-Schere liegt nach bundesgerichtlicher Auffassung dann vor, wenn «[…] die Marge zwischen Vorleistungspreis für [*downstream*-]Wettbewerber und Marktpreis des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des [downstream-]Wettbewerbers zu decken».[2210] In dieser Konstellation ist die Ausgangslage etwas komplexer. Hier ist es dem downstream-Mitbewerber des vertikal integrierten Unternehmens zwar möglich, in Bezug nur auf das Vorleistungsprodukt eine positive Marge zu erwirtschaften, diese ist jedoch unzureichend, um auch sämtliche Kosten für die Herstellung des Endprodukts zu decken. Auch hierzu ein versinnbildlichendes Beispiel: Ein Telekommunikationsunternehmen auf dem nachgelagerten Markt bezahlt für ein Vorleistungsprodukt des vertikal integrierten Unternehmens CHF 25.– pro Einheit. Die Herstellung des Endprodukts kostet den downstream-Wettbewerber zusätzlich CHF 10.– pro Einheit. Wenn der Marktpreis (Endkundenpreis) des vertikal integrierten Unternehmens wiederum CHF 30.– beträgt, beläuft [Seite 1405] sich die Preisspanne zwischen Vorleistungspreis und Marktpreis auf CHF 5.– pro Einheit. In casu wäre die Preisspanne von CHF 5.– pro Einheit unzureichend, um auch die Herstellungskosten des downstream-Wettbewerber von CHF 10.– pro Einheit zu decken. Die im Kosten-Preis-Schere-Recht interessierende Frage ist, wann genau das Differential zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreis so gewählt ist (d.h. der Vorleistungspreis so hoch und der Endkundenpreis so tief ist), dass von einer missbräuchlichen Preispolitik des marktbeherrschenden vertikal integrierten Unternehmens auszugehen ist. Hierauf wird anlässlich der industrieökonomischen Ausführungen im Detail eingegangen (s. N 524 ff.).

c) Industrieökonomik

aa) Allgemeines

524 Kosten-Preis-Scheren stellen für ein vertikal integriertes Unternehmen nur unter ganz bestimmten **wirtschaftlichen Voraussetzungen** eine lohnenswerte Strategie dar. Zwei Punkte sind an dieser Stelle von Wichtigkeit, um die Industrieökonomik des *margin squeeze* darzustellen: (1) In welcher Weise muss die Marktmacht des beherrschenden Unternehmens auf den zwei Märkten, die von diesem vertikal

integriert sind, *verteilt* sein? Anders gefragt: Wie muss sich die Marktvermachtungsstruktur in einem Fall des *margin squeeze* ausnehmen (s. N 525)? (2) Alsdann ist die Frage von kaum zu unterschätzender Bedeutung: Was bedeutet «Unangemessenheit» der Margenbeschneidung, die der Marktbeherrscher erzeugt (s. N 526 ff.)?

bb) Marktvermachtungsstruktur

525 Nach der Rechtsprechung ist vorab notwendig, dass das beherrschende Unternehmen über eine **qualifizierte Macht i.S.v. Art. 4 Abs. 2 auf dem vorgelagerten Markt** verfügt und dass – nach der vom Bundesgericht gebrauchten Wendung – die *downstream*-Rivalen auf das Vorleistungsgut «notwendigerweise *angewiesen*» sind;[2211] diesem nicht ohne Weiteres nachvollziehbaren Begriff wird in N 546 ff. näher nachgegangen.[2212] Für ein *margin squeeze* reicht nach höchstinstanzlicher Auffassung diese Machtballung auf dem *upstream*-Markt für die Erzeugung von Verdrängungseffekten allerdings nicht aus. Auf dem **nachgelagerten Markt** müsse das beherrschende Unternehmen zusätzlich über eine **«gewisse Dominanz»** verfügen, die freilich *nicht* eine «qualifizierte» i.S.v. Art. 4 Abs. 2 zu sein brauche (was in N 545 ff. eingehender behandelt wird).[2213] Dieser [Seite 1406] Umstand ist gemäss Doktrin deshalb von Bedeutung, weil der Marktbeherrscher nur so in der Lage ist, die Kunden bzw. die Profite der verdrängten Konkurrenten selbst zu vereinnahmen (sog. «*capture*»), anstatt sie anderen *downstream*-Konkurrenten überlassen zu müssen.[2214] Anders gesagt stellte das vertikal integrierte Unternehmen auf diesem Markt einen nicht ins Gewicht fallenden Akteur dar, *wären* die *downstream*-Konkurrenten wahrscheinlich – oder zumindest in nicht so seltenen Fällen – imstande, die margenbeschneidenden Vorleistungspreise den Endkunden zu überwälzen, so dass sich keine bzw. bloss geringfügigere Verdrängungseffekte als im ursprünglichen Plan des beherrschenden Unternehmens einstellten.[2215] Demgegenüber sind bei Margenbeschneidungen *Asymmetrien* (welche Art auch immer) auf dem *retail*-Markt niemals zwingend erforderlich, obwohl sie sich auf die Kosten-Preis-Strategie zuweilen förderlich auswirken.[2216] Als Beispiel können *Informationsasymmetrien* genannt werden. Diese senken die Risiken der Kosten-Preis-Schere des beherrschenden Unternehmens, vereinfachen also die Erzeugung von Verdrängungseffekten.[2217] Hat alsdann der Marktbeherrscher einen vorteilhafteren Zugang zum *Kapitalmarkt* als seine Mitbewerber, kann er eine Verdrängungsstrategie selbst dann verfolgen, wenn er dafür im Zeitpunkt des Lancierens derselben die erforderlichen Mittel nicht hat, derweil *downstream* die Rivalen ohne entsprechenden Sukkurs von Finanzinstituten oder Banken in der Regel mit dem beherrschenden Unternehmen mittel- bis langfristig nicht mithalten können.[2218]

cc) Margenanalyse

aaa) Eigenwirtschaftlichkeitstest

526 Nach europäischer Rechtsprechung ist die Frage, ob die Marge der Rivalen auf dem nachgelagerten Markt eine das Überleben ihres jeweiligen Unternehmens gewährleistende Rendite darstellt, grundsätzlich (s. N 532) aufgrund eines Kosten-Preis-Vergleiches auf der Basis der ökonomischen (nicht: buchhalterischen; s. N 527) **Daten des Marktbeherrschers selber** zu beantworten (Eigenwirtschaftlichkeitstest).[2219] Dem ist das Bundesgericht in seinem *leading case Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II* ohne weiteren Kommentar gefolgt.[2220] Die *Ratio* dieses Ansatzes beruht auf der Über [Seite 1407] legung, dass dieser zu prüfen erlaubt, ob das beherrschende Unternehmen – hätte es, ohne vertikal integriert zu sein – als hypothetischer Mitbewerber auf dem *retail market* den Vorleistungspreis, der sich aus seiner eigenen Preispolitik ergibt, bezahlen müssen, effizient genug gewesen wäre, um keine Verluste hinzunehmen.[2221] Hätte es unter dieser Hypothese Verluste eingefahren, ist nach dem *TeliaSonera*-Urteil des EuGH anzunehmen, dass die Rivalen

auf dem nachgelagerten Markt, die von der Preispolitik des beherrschenden Unternehmens hätten verdrängt werden können, *nicht weniger effizient* sind als eben der Marktbeherrscher.[2222] Daraus ist nach Ansicht des EuGH zwingend zu schliessen, dass die Gefahr einer Verdrängung auf eine Wettbewerbsverfälschung zurückzuführen ist, die in der Preispolitik des Marktbeherrschers ihre Ursache hat.[2223] Denn, so bemerkt der Gerichtshof im Fall *TeliaSonera*, «[e]in derartiger Wettbewerb würde nämlich nicht allein auf den jeweiligen Leistungen der betreffenden Unternehmen beruhen».[2224] Ausnahmsweise lässt die Praxis aber sowohl in der Schweiz[2225] als auch in der Union[2226] [Seite 1408] als Vergleichsmassstab die Kosten der *tatsächlich auf dem nachgelagerten Markt tätigen Nachfrager* zu (sog. Fremdwirtschaftlichkeitstest; theoretisch nicht ausgeschlossen ist, dass eine Margenvergleichsanalyse durchgeführt wird). Solches kommt namentlich dann in Betracht, wenn sich die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht ermitteln lassen.[2227]

bbb) Testgrundlage I: Kostenkategorie

Um den dargelegten Kosten-Preis-Test durchzuführen, ist für seine praktische Umsetzung in einem zweiten Schritt zu entscheiden, auf welcher **Kostenkategorie** (s. N 451 ff.) er fussen soll. Das Bundesgericht hat sich – unter Berufung auf die Prioritätenmitteilung der Kommission[2228] sowie auf die geschilderte europäische Rechtsprechung (s. N 526 und FN 2224) – für folgende Lösung entschieden: «Der Berechnung […] sollen einerseits die produktspezifischen durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable cost, AAC) und andererseits die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (long-run average incremental cost, LRAIC) des marktbeherrschenden Unternehmens zugrunde gelegt werden».[2229] Für die Definitionen dieser Kostenkonzepte kann auf die Ausführungen in N 457 f. verwiesen werden. Die Prioritätenmitteilung legt zwei Kostenbenchmarks fest: «[1] Deckt ein marktbeherrschendes Unternehmen seine AAC nicht, deutet dies darauf hin, dass es kurzfristig bewusst Gewinneinbußen hinnimmt und dass ein ebenso effizienter Wettbewerber die Zielkunden nur verlustbringend bedienen kann. Die LRAIC liegen in der Regel über den AAC, da sie im Gegensatz zu den AAC (die fixe Kosten nur dann berücksichtigen, wenn sie im jeweils untersuchten Zeitraum angefallen sind) auch produktspezifische fixe Kosten beinhalten, die vor der Zeit, in der das mutmaßlich missbräuchliche Verhalten stattfand, angefallen sind. Wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine LRAIC nicht deckt, deutet dies drauf hin, dass das Unternehmen nicht alle (zurechenbaren) fixen Kosten für die Herstellung der Ware bzw. die Erbringung der Dienstleistungen tragen und dass ein ebenso effizienter Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden könnte».[2230] Bei *margin squeezes* präkonisiert die Prioritätenmitteilung, dass das Abstellen auf die LRAIC meist zu angemesseneren Resul [Seite 1409] taten führt.[2231] Zeigen die Daten, dass ein ebenso effizienter Rivale mit dem Marktbeherrscher mithalten kann, ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass der Wettbewerb nicht beeinträchtigt ist.[2232]

527

ccc) Testgrundlage II: Zeitdimension

Was die Frage des *relevanten Zeitraums* anlangt – also die Frage, über welche genaue *Dauer* die ermittelten Kosten für die Margenberechnung zu berücksichtigen sind –, hält das Bundesgericht für sachgerecht, dass auf die historischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens *periodenweise* abzustellen ist (***historic accounting approach***; auch: ***period-by-period approach***).[2233] Im Entscheid *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL II* hat es die Untersuchung der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens anhand von einjährigen Perioden der Vertragslaufzeit als angebracht erachtet.[2234] Der *historic accounting approach* ist rückwärtsgewandt und beachtet deshalb die *tatsächlich* erzielten Gewinne und erlittenen Verluste in den relevanten Perioden.[2235] Als unproblematisch gilt das

528

Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens dann, wenn es nach der in N 526 dargelegten Hypothese in jeder untersuchten Periode gewinnbringend gewirtschaftet hätte.[2236]

529 Eine Alternative zur historischen Methode stellt die **Ertragswertmethode** dar, die *zukunftsgerichtet* ist und in der Praxis heute meist in der Form des *discounted cash flow approach (DCF-approach)* verwendet wird. Im Unterschied zum *historic accounting approach* stellt diese Methode nicht auf Gewinn und Verlust, sondern auf die erwarteten Ausgaben und Einnahmen ab. Die Profitabilität der fraglichen Marge wird anhand der Addition der künftig freien Geldflüsse *(cashflows)* bestimmt, wobei dieser Betrag auf seinen Gegenwartswert diskontiert wird *(net present value)*.[2237] Diese Abzinsung erfolgt für einen Zeithorizont, innerhalb von welchem Ausgaben und Einnahmen einigermassen verlässlich prognostiziert werden können. Die Länge dieser Prognoseperiode variiert je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles und kann z.B. fünf oder zehn Jahren betragen.[2238] Im Fall *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL II* argumentierte das marktbeherrschende Unternehmen gestützt auf die Ertragswertmethode, dass die *downstream*-Wettbewerber nur in einer ersten Phase defizitär gewesen seien, sie jedoch nach dem relevanten Zeitraum nachhaltige Gewinne erwirtschaftet hätten, die zu berücksichtigen gewesen wären.[2239] Das Bundesgericht verwarf dieses Argument mit dem Hinweis auf die Gefahr, dass das marktbeherrschende Unternehmen ungebührlich besserge [Seite 1410] stellt werden könnte, wenn eine Verrechnung mit erwarteten künftigen Einnahmen stattfände, zumal wenn diese auf unrealistischen Prognosen sowie marktbeherrschungsbedingten Vorteilen des vertikal integrierten Unternehmens beruhten.[2240]

530 Sicherlich stimmt, dass die Ertragswertmethode sich besonders im Fall von **neu entstehenden Märkten** eignet, wie z.B. im Bereich *neuer Technologien* (aber eben – so muss man relativierend anfügen –: nicht *nur* in diesem Fall). In derartigen Märkten müssen Unternehmen in einer Anfangsphase oft (und sogar wohl: meist) erhebliche Investitionen tätigen, um eine Kundenbasis (womöglich auch: eine Reputation[2241]) aufzubauen (Akquisitionskosten), weshalb tiefe Preise, die zu hohen Ausgaben führen, zu diesem Zeitpunkt regelmässig unumgänglich sind. Würde nur auf den *historic accounting approach* abgestellt, riskierte man in solchen Märkten vorschnell auf eine missbräuchliche Verhaltensweise zu schliessen.[2242] Im Entscheid *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL II* stand die Frage der *Akquisitionskosten* im Vordergrund.[2243] Das marktbeherrschende Unternehmen hatte beantragt, zum Zweck der Ermittlung der Rentabilität auf dem nachgelagerten Markt «[…] die Akquisitionskosten (Initialkosten) zu berücksichtigen und auf mehrere Jahre zu verteilen».[2244] Mit diesem Verteilungsmodus wäre mutmasslich eine positive Marge resultiert, sodass aus diesem Grund der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere *in casu* nicht erfüllt gewesen wäre. Das Bundesgericht akzeptierte zwar diese Argumentation dem Grundsatz nach, unterstrich jedoch, dass eine Berücksichtigung der Akquisitionskosten im Interesse des Markteintritts von ebenso effizienten Wettbewerbern nur über eine kurze Dauer möglich sei; es erweise sich nämlich als erforderlich, die genaue Dauer *einzelfallweise* festzulegen.[2245] Würde man, so das Gericht weiter, die Anfangskosten über eine allzu lange Zeitspanne berücksichtigen, so schüfe man das Risiko, dass das beherrschende Unternehmen «[…] aufgrund […seiner] Preisstrategie […seine] Machtstellung auf den nachgelagerten Markt ausdehnen und damit dort die Marktstruktur zum eigenen Vorteil und zulasten anderer Marktteilnehmer verändern [würde]».[2246] Aus diesem Grund sei «[…] so früh wie möglich einzugreifen, um zu ver [Seite 1411] hindern, dass sich auf dem nachgelagerten Markt eine verzerrte Struktur bildet».[2247] Damit wählte das Bundesgericht einen für *downstream*-Wettbewerber vorteilhaften Ansatz. Was die konkrete Berücksichtigungsdauer anbelangt – das Bundesverwaltungsgericht hatte eine Dauer von maximal drei Jahren akzeptiert[2248] – hielt es das Bundesgericht für bundesrechtskonform, einen Zeithorizont von mehreren (*in casu*: vier bis zehn) Jahren zu verwerfen.[2249] Obwohl diese Wahl durchaus vertretbar ist, hinterlässt sie

doch wie einen leichten Nachgeschmack, dass sie *ergebnisorientiert* getroffen wurde. Zwar ist es sehr richtig, wenn die Höchstinstanz hervorhebt, dass bei einer Preispolitik, wie sie im Sachverhalt dokumentiert ist, eine kartellrechtliche Intervention *«so früh wie möglich»* erfolgen sollte.[2250] Gerade *in casu* geschah dies nicht. Tatsächlich hat der Marktbeherrscher sein missbräuchliches Verhalten während dem Zeitraum von Anfang des Jahres 2000 bis zum 31. Dezember 2007 ausüben können,[2251] sodass letztlich die Wahl zwischen dem *historic accounting approach* und der Ertragswertmethode *in casu* keine praktische Rolle mehr spielte. Die Tragweite dieser Wahl bleibt allerdings jurisprudenziell erheblich. Und gerade deshalb wird inskünftig von erheblicher Bedeutsamkeit sein, dass die kartellrechtlichen Implikationen der zwei hier fraglichen Methoden für den Tatbestand des *margin squeeze* vertieft erforscht werden. Die gegenwärtig vorhandenen Einsichten reichen fraglos nicht aus.

Im **Fallrecht der Europäischen Union** sind bislang sowohl der historische Ansatz[2252] als auch die für marktbeherrschende Unternehmen gemeinhin vorteilhaftere Ertragswertmethode[2253] zur Anwendung gelangt. Allerdings wird auch in der unionsrechtlichen Praxis auf die vom Bundesgericht erwähnten Schwächen der Ertragswertmethode hingewiesen.[2254] **531**

ddd) Kombinatorischer Test

Oft besteht zwischen der Vorleistung auf dem vorgelagerten und dem Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt **keine strikt lineare Beziehung** und so kann die Vorleistung und das Endkundenprodukt in unterschiedlicher Form – zumal in unterschiedlichen *Produktebündeln* – angeboten werden.[2255] Soweit das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen und seine *downstream*-Mitbewerber auf dem Endkundenmarkt vergleichbare bzw. funktional austauschbare Produktebündel (z.B. Breitband- und Tele [Seite 1412] foniedienstleistungen) anbieten, wird es in der Regel zweckmässig sein, die Rentabilität der Marge *gesamthaft* auf der Grundlage dieser Produktebündel zu ermitteln, da es sich in diesem Fall um Güter handelt, die dem nämlichen sachlich relevanten Markt zuzuschlagen sind.[2256] Besteht jedoch das Risiko, dass hierdurch eine Kosten-Preis-Schere übersehen wird, bietet sich ein sog. *kombinatorischer Test* an, wonach sowohl die Rentabilität jedes einzelnen Produkts als auch die Rentabilität der einschlägigen Produktebündel berechnet wird.[2257] In der Europäischen Union gelang im Fall *Deutsche Telekom* ein sog. *gewichteter Ansatz* zur Anwendung, mittels welchem sämtliche Endkundenzugangsdienste des vertikal integrierten Unternehmens berücksichtigt wurden.[2258] Eine weitere Alternative bestünde darin, von der geschilderten Kosten-Preis-Logik der Marktbeherrscher-Daten (s. N 526) abzusehen und die industrieökonomischen Tests *sowohl* auf der Grundlage der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens *als auch* der *downstream*-Rivalen durchzuführen, um zu vermeiden, dass eine unrentable Marge unterstellt wird, die in Tat und Wahrheit gar nicht besteht.[2259] **532**

In der Sache *Preispolitik Swisscom ADSL* wurde das Bundesverwaltungsgericht mit dem Argument des beherrschenden Unternehmens konfrontiert, dass die Rentabilitätsberechnung auch die auf dem Endkundenmarkt vorkommenden Bündelungspraktiken in Anschlag gebracht werden sollten. Das Gericht hielt zunächst fest, dass diesfalls die Wirtschaftlichkeit des potenziell von einer Kosten-Preis-Schere betroffenen Produkts (*in casu*: eines Breitbandprodukts) mittels Berücksichtigung von Leistungsbeiträgen aus anderen Bereichen (*in casu*: anderen Telekommunikationsdienstleistungen) verbessert würde.[2260] Die Berücksichtigung der Bündelung würde – so das Gericht – die **Chancengleichheit** von ebenso effizienten Wettbewerbern vermindern, weil sie in diesem Fall faktisch gezwungen wären, ein (von der Kosten-Preis-Schere betroffenes) verlustreiches Produkt stets im Bündel mit einem profitablen Produkt anzubieten.[2261] Aus diesem Grund verwarf es die Berücksichtigung von Deckungsbeträgen aus anderen Produktbereichen und damit im Resultat auch eine Rentabilitätsberechnung auf der Grundlage eines **533**

Produktebündels.[2262] Dieser Ansatz entspricht der Praxis im europäischen Wettbewerbsrecht.[2263]

[Seite 1413] *d) Missbrauchsmerkmale*

aa) Allgemeines

534 Das Bundesgericht hat mit dem Entscheid *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL II* vieles zur Klärung des Kosten-Preis-Schere-Tatbestandes beigetragen.[2264] Eine achtsame Lektüre des Urteils lehrt, dass sich dieser aus **sechs Merkmalen** zusammensetzt: (1) Zunächst muss eine *Vertikalintegration* des beherrschenden Unternehmens vorliegen (Merkmal I; N 544). (2) Alsdann muss dieses Unternehmen auf *zwei aufeinander folgenden Marktstufen* als *Konkurrent* auftreten und auf dem vorgelagerten Markt *qualifizierte Marktmacht* i.S.v. Art. 4 Abs. 2 innehaben; *downstream* reicht es aus, wenn es über blosse *Dominanz*, d.h. über einfache Marktmacht, verfügt; diese Vermarktungslage der relevanten Märkte hat nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine strukturelle Gestalt aufzuweisen, die eine Art Abhängigkeit der Rivalen auf dem nachgelagerten Markt schafft: Diese müssen nach höchstgerichtlicher Terminologie auf die Vorleistungen des beherrschenden Unternehmens «*angewiesen*» sein, was ein Element darstellt, welches zusammen mit der beschriebenen Marktvermachtung das Merkmal II des Tatbestandes der Kosten-Preis-Schere bildet (s. N 545 ff.). (3) Gemäss Bundesgericht muss das nächste Tatbestandsmerkmal darin bestehen, dass die *Margenbeschneidung* – also die *Preisspanne* zwischen Vorleistungspreis und Endkundenpreis – *unangemessen* ist; Unangemessenheit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Rivalen des Marktbeherrschers wegen dessen Preispolitik auf dem nachgelagerten Markt wegen der maximal zu realisierenden Marge keinen rentablen Umsatz zu generieren vermögen (Merkmal III; N 550 ff.). (4) Just dieses Unvermögen ist das Produkt einer *Wettbewerbsbeeinträchtigung*, die das Merkmal IV des vorliegend fraglichen Tatbestandes darstellt (s. N 553 ff.). (5) Ein weiteres Kriterium des *margin squeeze* bildet die *Kausalität* zwischen der Verhaltensweise des beherrschenden Unternehmens und deren Auswirkungen auf den Wettbewerbsprozess (Merkmal V; s. N 557). (6) Schliesslich muss untersucht werden, ob sich der Marktbeherrscher auf einen allfälligen Rechtfertigungsgrund berufen kann, um die Widerrechtlichkeit seines Verhaltens aufzuheben (*legitimate business reasons*; Merkmal VI; s. N 558 f.).

535 Bevor nun aber eine Auseinandersetzung mit diesen Merkmalen stattfindet, muss vorab die Aufmerksamkeit auf ein anderes Problem gerichtet werden: Der Tatbestand der Kosten-Preis-Schere wird im Fallgruppenkatalog von Art. 7 Abs. 2 nicht ausdrücklich erwähnt.[2265] Zur Zeit ist nicht restlos geklärt, wie diese Verhaltensweise in das System von Art. 7 einzuordnen ist. Bevor auf die Merkmale dieser Missbrauchsvariante (d.h. auf deren Missbrauchsstandard; s. N 110 ff.) näher eingegangen wird (s. N 544 ff.), bedarf es einer Auseinandersetzung mit dieser **Subsumtionsfrage**. Rechtsmethodisch bieten sich zwei Optionen an: (1) Kraft der Art. 7 Abs. 1 als *Generalklausel* zukommenden Funktion, die in der Marktwirtschaft benötigten Normierungen durch *richterliche Rechtsschöpfung* zu ermöglichen (sog. «Konkretisierung»; s. N 22, 64, 71, 108 und FN 144), könnte die Margenbeschneidung einer auf diesem Weg geschaffenen neuen Regel unterstellt werden. (2) Das *margin squeeze* könnte aber auch – dies wäre die zweite methodische Option – einer der Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 zugewiesen werden, sofern der *Missbrauchsstandard* derselben diese Eingliederung in die Bestimmung als angemessen [Seite 1414] und sachlich angebracht erscheinen lässt (s. N 536 ff. und 543).[2266] Die Rechtslage ist, wie das Bundesgericht unterstreicht, «[…] sowohl in der EU als auch in der Schweiz insgesamt noch nicht gefestigt».[2267]

bb) Gesetzesgrundlage der Kosten-Preis-Schere

536 Die Doktrin hat verschiedentlich versucht, die Kosten-Preis-Schere einer der Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 zuzuordnen:[2268] So geht eine erste (und die wohl bislang

dogmatisch sowie wirtschaftsrechtstheoretisch weitaus überzeugendste) Lehrmeinung dahin, dass dieser Missbrauchstypus eine *konstruktive Geschäftsverweigerung* darstellt und unter den Missbrauchsstandard von lit. a fällt.[2269] Andere Autoren erblicken in der Kosten-Preis-Schere eine *Diskriminierung* i.S.v. lit. b, dies mit der Begründung, das beherrschende Unternehmen verrechne den Nachfragern *downstream* Preise, die diese im Verhältnis zu denjenigen, die (unternehmensintern) den eigenen Operationen auf diesem Markt verrechnet werden (was meist über unternehmensinterne Quersubventionierungen an Departemente des Marktbeherrschers, die *downstream* aktiv sind, oder an ebendort tätigen Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften erfolgt[2270]), ungleich behandeln und benachteiligend sind.[2271] Ferner ist denkbar, dass die vom Marktbeherrscher in Rech [Seite 1415] nung gestellten Vorleistungspreise *unangemessen* im Sinne von lit. c sind (s. N 391 ff.). In diesem Fall würden freilich *zwei* eigenständige Sachverhalte vorliegen: Eine Kosten-Preis-Schere setzt keineswegs voraus, dass die Vorleistungspreise *unangemessen* i.S.v. lit. c sind (s. N 550). Dementsprechend erfüllte das beherrschende Unternehmen – sofern jeweils sämtliche Merkmale beider fraglichen Tatbestände gegeben sind – *simultan* den Tatbestand von lit. c *und* denjenigen der Kosten-Preis-Schere. Die beiden Sachverhalte sind voneinander unabhängig zu behandeln (d.h. am jeweiligen Missbrauchsstandard des anwendbaren Tatbestands zu messen; s. N 574 ff. und 534 ff.).[2272] Vorstellbar wäre schliesslich eine Subsumtion der Kosten-Preis-Schere unter lit. e, welche die Grundnorm des Verdrängungsmissbrauchs bildet (s. N 625). Angesichts der diversen Gesichter des *margin squeeze* sind alle diese Zuweisungen in der soeben geschilderten Form vertretbar. Allerdings weist die Kosten-Preis-Schere aus industrieökonomischer Sicht eine betonte Nähe zur *Prädation* (lit. d) auf. Materiellrechtlich ausschlaggebend ist nach der hier vertretenen Ansicht, dass sich der **Missbrauchsstandard von lit. d** (d.h. die Missbrauchsmerkmale des Tatbestandes dieser Bestimmung; s. N 478 ff.) zur Analyse einer verhältnismässig bedeutsamen Bandbreite von *preisbezogenen* Verdrängungsmissbräuchen eignet, zu denen namentlich das *margin squeeze* gehört (s. N 430). Diese unsere Lehrmeinung ist in der Folge in vertiefter Manier zu begründen (s. N 537 ff.).

537 Das Bundesgericht vertritt gegenwärtig eine *andere* Auffassung als diejenige, die wir bevorzugen. Es geht davon aus, dass die Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 «[…] den zweidimensionalen (vertikalen und horizontalen) Preisdruck von Seiten des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens nicht adäquat […] erfassen».[2273] Deshalb unterstreicht es den «eigenständigen Unrechtsgehalt»[2274] der Kosten-Preis-Schere und ordnet [Seite 1416] diese der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 zu.[2275] Oder rechtsmethodisch präzise formuliert: Die Bundesrichter haben unter Art. 7 Abs. 1 eine *Fallgruppe gebildet*, die insofern neu ist, als sie der Meinung waren, dass diejenigen des Katalogs von Art. 7 Abs. 2 nicht dazu taugen, das *margin squeeze* angemessen zu erfassen. Zumal hebt die Höchstinstanz hervor, dass es bei dieser Missbrauchsform eben nicht bloss um eine Preisstrategie auf einem bestimmten Markt gehe, sondern es würde dabei einerseits Marktmacht vom vorgelagerten in den «nachgelagerten Zielmarkt ausgedehnt» *(leveraging)* sowie andererseits vermittels vertikaler Integration des beherrschenden Unternehmens Wettbewerb ausgeschaltet.[2276] Sie kommt mit diesen Überlegungen zu einem pointierten Schluss: «Bei der Kosten-Preis-Schere handelt es sich […] um einen *zweistufigen* Behinderungsmissbrauch, bei den anderen, in Art. 7 Abs. 2 KG geregelten Behinderungsmissbräuchen lediglich um einen *einstufigen*».[2277] Im Resümee erachtet das Bundesgericht, dass das *margin squeeze* einen **eigenständigen Missbrauchstatbestand** *(stand-alone abuse)* bildet,[2278] was wohl der gegenwärtigen, freilich nicht definitiv geklärten Rechtslage in der Union zu entsprechen scheint.[2279] Es steht ausser Zweifel, dass Mon-Repos mit dieser Position eine *vertretbare Subsumtionslösung der Kosten-Preis-Schere* entwickelt hat, die ebenso fraglos in der Praxis handhabbar ist und zu plausiblen Ergebnissen führt (wie dies das Urteil *Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL II* belegt). Worum aber geht es letztlich? Im Mittelpunkt des Interesses steht zweifellos die Figur des *«zweistufigen*

Behinderungsmissbrauchs» (bzw., nach der in der vorliegenden Kommentierung von Art. 7 verwendeten Terminologie: des *«zweistufigen» Verdrängungsmissbrauchs*; s. N 77 ff.). Dieser Ausdruck ist insofern zutreffend, als der Marktbeherrscher unter den Bedingungen einer Kosten-Preis-Schere (s. N 522 f.) durch Preissetzung sowohl auf dem vor- als auf dem nachgelagerten Markt die Rentabilitätsmargen seiner *downstream*-Rivalen beeinflussen kann (s. N 82). Freilich muss man sehen, dass die Kosten-Preis-Schere zugleich auch eine klassische *vertikale Marktverschliessung* (s. N 83) erzeugt,[2280] welche aus der Perspektive des Spektrums von Missbrauchstypen betrachtet die zuweilen anzutreffende Eigenschaft besitzt, dass das beherrschende Unternehmen auf *beiden* verbunde [Seite 1417] nen Märkten als *Mitbewerber* auftritt. Das *margin squeeze* erfordert allerdings nicht, dass das vertikal integrierte Unternehmen beide Märkte beherrscht;[2281] es ist hinreichend, wenn dieses auf dem *upstream market* qualifizierte Marktmacht i.S.v. Art. 4 Abs. 2 besitzt (s. N 525).[2282] Die entscheidende Frage, die sich auf die Feststellung hin stellt, dass der Marktbeherrscher auf beiden Marktstufen die Stellung eines Konkurrenten einnimmt, ist, ob dieser Umstand in der Funktionsweise der Margenbeschneidung so bedeutsam ist, dass er es *rechtfertigt*, aus dieser Missbrauchsform eine «eigenständige» Fallgruppe unter Art. 7 Abs. 1 zu bilden. Drängt sich die Entwicklung eines neuen Missbrauchsstandards (d.h. von einem neuen Set von Missbrauchsmerkmalen; s. N 113, 147 ff.), der zwangsläufig mit der vom Bundesgericht nach Art. 7 Abs. 1 erschaffenen Fallgruppe der Margenbeschneidung einhergeht, wirklich auf? Ist, anders gefragt, der Missbrauchsstandard von lit. d nicht imstande, das *margin squeeze* kartellrechtlich angemessen, womöglich angemessener zu bewältigen? Um auf diese heiklen Fragen eine Antwort zu geben, soll ein Vergleich zwischen den jeweiligen Missbrauchsstandards des *margin squeeze* und der Preisunterbietung i.S.v. lit. d (s. N 478 ff.) vorgenommen werden:

(1) Beide Verhaltensweisen zielen auf die **Verdrängung** von Rivalen, um, bei erfolgreicher Beseitigung Letzterer vom nachgelagerten Markt, inskünftig die qualifizierte Marktmacht des beherrschenden Unternehmens *profitabel* – d.h. durch Setzung *suprakompetitiver* Preise – auszuschlachten.[2283] **538**

(2) Die Preisunterbietung verlangt den Nachweis, dass eine Unterkosten-Preissetzung für die Rivalen des Marktbeherrschers finanziell nicht zu verkraften ist (s. N 482 ff.). *Mutatis mutandis* lässt sich dasselbe für die Kosten-Preis-Schere feststellen,[2284] wobei das Bundesgericht bei diesem Tatbestand zwei Konstellationen auseinanderhält: (a) Die erste liegt vor, wenn der Marktbeherrscher den Vorleistungspreis über den Preis festlegt, den er auf dem nachgelagerten Markt für das Endprodukt verlangt.[2285] (b) Die zweite Konstellation ist dann gegeben, wenn der Vorleistungspreis tiefer als der Preis des beherrschenden Unternehmens für das Endprodukt auf dem nachgelagerten Markt angesetzt wird, aber dennoch nicht hoch genug, um die produktspezifischen Kosten eines Mitbewerbers auf dem *downstream market* zu decken (s. N 522 ff.).[2286] Diese zwei Kosten- [Seite 1418] Preis-Schere-Konstellationen erfordern dem Grundsatz nach *denselben Kosten-Preis-Test* wie die Prädation. Dieser lautet (auf seine einfachste Form reduziert): Wäre das *downstream*-Geschäft des Marktbeherrschers profitabel, wenn es denselben Vorleistungspreis wie die Rivalen auf dem nachgelagerten Markt bezahlen müsste (s. N 482 ff.)?[2287] Ist die Antwort negativ, liegt eine Unterkosten-Preis-Situation vor, die dafür spricht, dass ein *margin squeeze* besteht. Dieser **Kosten-Preis-Test** ist also im Konzept seinem Pendant bei der Prüfung des *predatory pricing* identisch (s. N 482 ff.). Deshalb haben ihn O'DONOGHUE/PADILLA mit guten Gründen als *«test of downstream predatory pricing»* qualifiziert.[2288] **539**

(3) Die jeweiligen Tests der zwei hier fraglichen Missbrauchsformen haben eine weitere materielle Gemeinsamkeit: Beide verlangen sie die Abklärung der Frage, ob das praktizierte Verhalten unternehmerisch bzw. kommerziell rational ist oder ob es **Rationalität** allein dadurch erlangt, dass es auf die *Verdrängung von Rivalen* ausgerichtet ist (s. N 536). Insofern ist in beiden Fällen, was diesen Punkt betrifft, die Methode (und ihre Fragestellung) der Missbrauchsanalyse *dieselbe*, nämlich: das **540**

Identifizieren eines sich *nicht profitmaximierend verhaltenden* Marktbeherrschers (s. N 450 ff. und 519).[2289]

541 (4) Das Bundesgericht hat alsdann im hier fraglichen Urteil mit Emphase unterstrichen, dass die Missbräuchlichkeit der Margenbeschneidung «[…] nicht allein in einer bestimmten Preis- oder Geschäftspolitik auf einem bestimmten Markt [besteht], sondern [… auch] darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen *durch seine Preisstrategie seine Machtstellung im nachgelagerten Zielmarkt* […] *ausgedehnt* hat]».[2290] Es darf vermutet werden, dass dieses *leveraging* in den Augen der Bundesrichter dafür gesprochen hat, aus dem *margin squeeze* einen eigenständigen Tatbestand unter Art. 7 Abs. 1 zu schaffen. Allerdings ist zu bemerken, dass eine Kampfpreisstrategie ebenfalls eine Variante kennt, bei der sie sich eines *leveraging* bedient (s. N 427).[2291] Ein Beispiel dafür ist [Seite 1419] die Prädation, die der EuGH im Fall *Tetra Pak II* zu beurteilen hatte. In seinem Urteil hielt der Gerichtshof fest: «Die Relevanz der […] vom Gericht festgestellten Verbindungen [sc. von zwei Märkten, auf welchen Tetra Pak tätig war] kann nicht in Zweifel gezogen werden. Die Tatsache, daß die verschiedenen [… von Tetra Pak hergestellten] Materialien zur Verpackung der gleichen flüssigen Grunderzeugnisse verwendet werden, zeigt, daß die Kunden von Tetra Pak in einem Bereich [sc. aseptische Systeme] auch potentielle Kunden im anderen Bereich [sc. nichtaseptische Systeme] sind. Diese Möglichkeit wird durch Statistiken bestätigt, aus denen hervorgeht, daß 1987 etwa 35% der Kunden von Tetra Pak sowohl aseptische als auch nichtaseptische Systeme kauften. Insoweit ist ferner von Bedeutung, daß Tetra Pak und ihr wichtigster Konkurrent, PKL auf den vier Märkten präsent waren. *Angesichts ihrer fast völligen Beherrschung der aseptischen Märkte konnte Tetra Pak auch auf eine bevorzugte Stellung auf den nichtaseptischen Märkten zählen*. Dank ihrer Stellung auf den erstgenannten Märkten konnte Tetra Pak ihre Bemühungen auf letztere konzentrieren und dabei [sc. kraft *leveraging*] unabhängig von den anderen Wirtschaftsteilnehmern handeln. […] Die genannten Umstände in ihrer Gesamtheit und nicht isoliert gesehen erlaubten es dem Gericht, Tetra Pak ein unabhängiges Verhalten gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern auf den nichtaseptischen Märkten zuzuschreiben, ohne daß es eine beherrschende Stellung des Unternehmens auf diesen Märkten nachzuweisen brauchte. […] In Anbetracht dieser Gesichtspunkte hat das Gericht Artikel 86 des Vertrages [heute: Art. 102 AEUV] im vorliegenden Fall zu Recht für anwendbar gehalten, wenn man berücksichtigt, daß die Quasimonopolstellung von Tetra Pak auf den aseptischen Märkten und ihre führende Stellung auf den von diesen verschiedenen, aber eng mit ihnen verbundenen nichtaseptischen Märkten dieses Unternehmen in eine Lage versetzten, die einer beherrschenden Stellung auf der Gesamtheit der relevanten Märkte gleichkam».[2292] Aus diesen Erwägungen des Gerichtshof geht hervor, dass das *leveraging* kein ausschliessliches Attribut des *margin squeeze* bildet, sondern (zumindest) auch beim *predatory pricing* in Form einer Variante desselben vorkommt (s. N 427). Man hat es also in dieser Konstellation des *predatory pricing ebenfalls* mit einem *«zweistufigen Behinderungsmissbrauch»* (bzw. Verdrängungsmissbrauch) zu tun. Eine **«Zweistufigkeit» der Verhaltensstruktur** kommt mithin *nicht ausschliesslich* bei der Kosten-Preis-Schere vor, sondern kann auch bei Prädationsstrategien vorliegen. Die Verhaltensweisen laufen mithin auch in diesem Punkt bei beiden hier fraglichen Tatbeständen parallel.

542 (5) O'DONOGHUE/PADILLA haben schliesslich auf den Umstand aufmerksam gemacht, dass sich eine Prädation von der Margenbeschneidung nicht aufgrund des Merkmals der **«Opfererbringung»** unterscheidet.[2293] Die *sacrifice*-Phase der Prädation existiert zwar beim *margin squeeze* nicht in der Form, dass Profitabilitätsverzichte und/oder Verluste auf eine fixe Zeitdauer konzentriert sind (sog. *Prädationsphase* oder *«predatory period»*; s. N 419). Es muss jedoch bedacht werden, dass bei der Kosten-Preis-Schere «Opfer» und «Kompensation» *zeitlich simultan* erfolgen, so dass der Unterschied zwischen den fraglichen Missbrauchsvarianten in dieser Hinsicht lediglich darin besteht, dass eine *ver* [Seite 1420] *schiedene Verteilung* von *sacrifice* und *recoupment* auf der *Zeitachse* existiert. Es

wäre dementsprechend verfehlt, würde man die Ansicht vertreten, dass nur die Prädation ein *«sacrifice»* verlangt. Genau genommen kennt auch die Kosten-Preis-Schere ein derartiges «Opfer», und zwar in der Form von *Opportunitätskosten* für jede Einheit, die auf dem nachgelagerten Markt einem Konkurrenten nicht veräussert wird.[2294] O'DONOGHUE/PADILLA erläutern diesen Punkt in folgenden Worten: «The level of this cost may be very large when the wholesale price is above upstream marginal costs, the downstream competitor sells differentiated products, and/or downstream firms are more efficient producers than the dominant firm. By raising the input price, the dominant firm effectively reduces the size of the downstream market and therefore sells less of the upstream output».[2295]

543 Was lässt sich aus diesem Vergleich folgern? Es geht hier nicht darum, die bundesgerichtliche Schöpfung einer eigenständigen Fallgruppe der Kosten-Preis-Schere unter Art. 7 Abs. 1 auf irgendwelche Art in Frage zu stellen (oder gar abzulehnen); diese Lösung ist, wie bereits erwähnt (s. N 537), durchaus vertretbar[2296] und wohl im Einklang mit der europäischen Spruchpraxis, die zwar noch nicht konsolidiert ist, aber eine Tendenz erkennen lässt, aus dem *margin squeeze* allmählich ein *stand-alone abuse* zu machen; die höchstrichterliche Praxis könnte demnach, sollte sich der europäische Trend verdichten, das Argument der Eurokompatibilität (s. N 40 ff.) für sich in Anspruch nehmen. Demgegenüber bildet der leitende Gedanke der von uns präkonisierten Dogmatik das **wissenschaftstheoretische Prinzip der Sparsamkeit** *(«Ockham's razor»)*,[2297] das bestrebt ist, eine allzu ausschweifende Vervielfachung von Fallgruppen im Rahmen von Art. 7 im Zaum zu halten. Auch wenn es unter diesem Gesetzesartikel, wie in N 106 ff. erläutert, wegen der Marktwirklichkeit, die verschiedenartige Missbrauchsvarianten hervorbringt, [Seite 1421] eine Mehrheit von Missbrauchsstandards braucht, birgt ein ungebremstes Multiplizieren solcher Standards die Gefahr in sich, über die Jahre eine stimmige und konsistente Auslegeordnung dieser Bestimmung zu erschweren.[2298] Wir halten dafür, dass die von der Höchstinstanz in den Vordergrund geschobene Figur des «zweistufigen Behinderungsmissbrauchs» keine dogmatische Bresche von *hinreichendem Gewicht* zwischen Prädation und Margenbeschneidung schlägt, die es als notwendig erscheinen liesse, Letztere einem anderen Missbrauchsstandard als demjenigen von lit. d zu unterstellen. Das bedeutet nicht, dass das *margin squeeze* an den identischen Missbrauchsmerkmalen der Prädation zu messen ist. Es sind in dieser Hinsicht Anpassungen der Tatbestandsmerkmalen von lit. d an die spezifischen Eigenschaften der Kosten-Preis-Schere vorzunehmen (s. N 534 ff.). Aber diese Adaptationen werden das funktionale Rückgrat dieser Merkmale nicht «*mass*-geblich» verändern. Wie die Vergleiche in den vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, ist dem *predatory pricing* und dem *margin squeeze* dieselbe «Wettbewerbsbeeinträchtigungslogik» gemein. Dementsprechend sollten nach unserem Dafürhalten beide Sachverhalte auf der Grundlage des Missbrauchsstandards von lit. d beurteilt werden, der in den Einzelheiten nicht deckungsgleich, sondern zuweilen an gewisse Eigenheiten der in Frage stehenden Missbrauchsvariante zu adaptieren ist, der aber auf der Grundlage derselben kartellrechtspolitischen «Logik» abgestützt bleibt. Auch innerhalb anderer Fallgruppen der lit. a-c, e und f sind unterschiedliche Konstellationen von Missbräuchen auseinanderzuhalten, die punktuelle Anpassungen des jeweiligen Missbrauchsstandards der betreffenden Fallgruppen fordern. Darin liegt nichts Ausserordentliches bei der Anwendung von Art. 7,[2299] wie sich, allgemein betrachtet, die Anwendung der allermeisten Bestimmungen des Gesetzes über solche Mikro- und Mesovariationen von deren Merkmalen entfaltet. Im Übrigen liegt die vom Bundesgericht geschaffene Lösung, wie wir sehen werden (s. N 544 ff.), sehr nahe am Missbrauchsstandard von lit. d, und zwar so nahe, dass man sich mit guten Gründen fragen kann, ob diese Lösung in ihrer jetzigen Form nicht bereits eine Ausprägung der Wertungen dieses Standards darstellt. Wir schreiten nun zur Behandlung dieses Standards bzw. der Merkmale des Tatbestandes des *margin squeeze*, die zumal zu

zeigen bestrebt ist, dass die höchstrichterliche Subsumtion der Kosten-Preis-Schere unter Art. 7 Abs. 1 eine Missbrauchsvariante im Visier hat, die sich – als *preislichen Verdrängungsmissbrauch* – mühelos in die Fallgruppe von lit. d einordnen lässt.

cc) Merkmal I: Vertikalintegration des beherrschenden Unternehmens

544 Vertikalintegration eines Unternehmens bedeutet, dass dieses simultan auf einem *vor* - und *nachgelagerten* Markt tätig ist;[2300] oder, anders gewendet: Das vertikal integrierte Unternehmen ist auf **zwei verbundenen Marktstufen** aktiv, tritt mithin auf beiden Stufen als *Konkurrent* auf und führt dementsprechend sowohl *upstream*- als auch *downstream*-Operationen durch.[2301] Vertikalintegration ist ein organisatorischer Vorgang auf [Seite 1422] der *betriebswirtschaftlichen* – und nicht auf der rechtlichen – Ebene.[2302] Nichts kommt somit – wie Art. 2 Abs. 1 und 1bis lehren[2303] – auf die *Rechtsform* an, in welche das vertikal integrierte Unternehmen inkorporiert ist.[2304] Ob es etwa auf den zwei vertikal verbundenen Märkten seine jeweiligen Aktivitäten innerhalb einer *einzigen Rechtsform* betreibt – z.B. im Rahmen einer auf betriebswirtschaftlicher Ebene in zwei Departemente, also in ein *upstream*- und ein *downstream*-Departement aufgespaltenen Aktiengesellschaft, oder im Rahmen einer GmbH, welche etwa das *upstream*-Geschäft von ihrem Hauptsitz aus und das *downstream*-Geschäft über eine Zweigniederlassung i.S.v. Art. 935 Abs. 1 OR betreut, oder ob es als *Konzern* organisiert ist, der auf vor- und nachgelagertem Markt mit seinen Konzerngliedern (d.h. mit abhängigen, unter einheitlicher Leitung stehenden Gesellschaften) operiert[2305] – ist einerlei. Auch im europäischen Wettbewerbsrecht wird das Kriterium der Vertikalintegration als *konstitutives* Tatbestandsmerkmal betrachtet.[2306]

dd) Merkmal II: Vermarktungsstruktur der vertikal verbundenen Märkte

545 Wie bereits im Kontext der *industrieökonomischen* Ausführungen hervorgehoben wurde (s. N 525), muss gemäss Bundesgericht das vertikal integrierte Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt *stets* eine **marktbeherrschende Stellung** innehaben.[2307] Hingegen fordert diese Instanz lediglich, dass dieses Unternehmen auf dem nachgelagerten Markt eine **«gewisse dominante Stellung»**[2308] besitzt. Freilich ist unklar, was damit genau gemeint ist: Welchen *Grad* die einfache Marktmacht auf dem *downstream*-Markt erreichen muss, damit sie als eine «gewisse» Dominanz anzusehen ist, ist bislang eine nur vage beantwortete Frage. Sollte dieser Dominanzgrad *quantitativ* erschlossen werden (z.B. am Massstab der *downstream* gehaltenen Marktanteile)? Müssten diesbezüglich *qualitative* Kriterien erwogen werden (z.B. wettbewerbsparameterbezogene Indikatoren)? Das Bundesgericht meint, dieses Merkmal sei dann gegeben, wenn das beherrschende Unternehmen einen «[…] *bestimmenden Einfluss* auf die Preise der Endprodukte nehmen kann».[2309] Viel gewonnen wird mit diesem Ansatz freilich nicht, da letztlich hiermit die [Seite 1423] Problematik bloss auf eine andere undefinierte Ebene verschoben wird: Was bedeutet ein «bestimmender Einfluss» konkret? Genau genommen ist diese Frage obsolet. Im *TeliaSonera*-Entscheid hat der EuGH festgehalten, «[…] dass bestimmte Verhaltensweisen auf anderen als den beherrschten Märkten, die sich entweder auf letztere oder auf Märkte auswirken, die ihrerseits nicht beherrscht werden, missbräuchlich sein können».[2310] Allerdings sei eine solche Konstellation nur unter besonderen Umständen anzunehmen: «Derartige Umstände können gegeben sein, wenn das Verhalten eines vertikal integrierten beherrschenden Unternehmens auf einem vorgelagerten Markt in dem Versuch besteht, die zumindest ebenso effizienten Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt zu verdrängen, insbesondere durch eine Beschneidung ihrer Margen. Ein derartiges Verhalten ist nämlich u.a. aufgrund der engen Verbindungen zwischen den betroffenen Märkten geeignet, den Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt zu schwächen».[2311] Wenn aber Verdrängungswirkungen auf dem nachgelagerten Markt feststellbar seien, so sei es

unerheblich, welchen (einfachen) Marktmachtgrad der Marktbeherrscher auf diesem Markt innehabe.[2312] Diese Lösung sollte unserer Auffassung nach auch dem Schweizer Kartellrecht zugrunde gelegt werden.

546 Was das eigentliche Problem im Rahmen des Merkmals II des *margin squeeze*-Tatbestands ausmacht, ist somit nicht so sehr die soeben diskutierte Frage der Machtstellung des beherrschenden Unternehmens auf den zwei vertikal miteinander verbundenen Märkten, sondern die *Implikationen* bzw. die *Folgen*, die damit einhergehen. Dies entspricht auch den soeben wiedergegebenen Überlegungen der europäischen Rechtsprechung (s. N 545). Auch das Bundesgericht hat just diesen Punkt im Augenmerk, wenn es ausführt: «[Die den vorgelagerten Markt i.S.v. Art. 4 Abs. 2 beherrschende Entität …] ist Verkäuferin des ADSL-Vorleistungsangebots BBCS und gleichzeitig als [sc. bloss einfache Marktmacht besitzender] Internet Service Provider [… auf dem] nachgelagerten Markt tätig. Mit dem auf dem Anschlussnetz beruhenden BBCS verfügt [… die erwähnte beherrschende Entität] über eine Vorleistung, auf die die anderen Internetanbieter *notwendigerweise angewiesen* sind, um Breitband-Internet an Endkunden anbieten zu können».[2313] Dieses *up*- und *downstream* bestehende Verteilungsmuster ökonomischer Macht, das die Ursache für die von der Höchstinstanz hervorgehobene **«Angewiesenheit»** der *downstream* tätigen Konkurrenten auf die Vorleistungen des Marktbeherrscher bildet, bezeichnet die Höchstinstanz in ihrer Analyse als die «*strukturellen Voraussetzungen* einer Kosten-Preis-Schere»,[2314] was eine Äusserung von hochbedeutsamer Tragweite darstellt. Und zwar insofern, als besagte «Angewiesenheit» der *downstream*-Konkurrenten auf die fraglichen Vorleistungen das Ergebnis einer sehr spezifischen Beschaffenheit der vertikalen Märkteverbindung – als Entfaltungsfeld des *margin squeeze* – darstellt.[2315] **[Seite 1424]** Welche *wettbewerbstheoretischen Zusammenhänge* sich hinter der Kausalität zwischen (1) spezifischer Struktur der vertikalen Märkteverschleifung und (2) «Angewiesenheit» der Mitbewerber des nachgelagerten Marktes auf die Vorleistung des beherrschenden Unternehmens im Falle von Kosten-Preis-Scheren verbergen, ist, wie nunmehr gezeigt wird, zu ergründen nicht einfach.

547 Auf Anhieb wird man wohl geneigt sein, den Begriff der «Angewiesenheit» als «objektive Notwendigkeit» im Sinne des **zweiten Merkmals des Tatbestandes der Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a** (s. N 218 ff.) zu deuten. Womöglich entspricht dies den (nicht explizit gemachten) Vorstellungen der Bundesrichter. Ein Indiz für diese Annahme ist die Terminologie, welcher sich die Richter in E. 5.2.2 des *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteils bedient haben. Diese Terminologie gleicht derjenigen, die im Kontext der *refusal to deal*-Urteile (s. N 182 ff.) – und spezifischer sogar: der *essential facility doctrine* (s. N 248 ff.) als Theorie, die im Rahmen der Fallgruppe von lit. a debattiert wird – typischerweise verwendet wird. Erkennbar wird dieser Umstand an folgender Urteilspassage, in deren Text wir die Vokabeln dieser Terminologie in kursiver Schrift gesetzt haben: «Das vertikal integrierte Unternehmen muss ferner eine Vorleistung anbieten, auf die die Wettbewerber im nachgelagerten Markt bei der Erstellung der Endleistungen angewiesen sind. Nur so gelingt es ihm, für eine erfolgreiche Kosten-Preis-Schere die Gewinne der Wettbewerber zu steuern […]. Der Fokus liegt […] auf dem *Zugang zu Netzwerken* der Kommunikationswirtschaft […]. Denn die Vor- und Endleistungsmärkte werden oft von alteingesessenen Telekommunikationsanbietern dominiert, die regelmässig den *Zugang zu wesentlichen Einrichtungen* oder Vorleistungen (i.d.R. *nicht duplizierbare* Netze) kontrollieren […]».[2316] Die Interpretation des Begriffs «Angewiesenheit» im geschilderten Sinne der lit. a würde nun allerdings eine Unstimmigkeit in die Argumentation des *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteils einschleusen: Wenn nämlich das Bundesgericht es ablehnt, die Kosten-Preis-Schere in die Fallgruppe von lit. a einzuordnen[2317] – und wir gehen mit der Ablehnung dieser Einordnung einig, weil die Fallgruppe des *refusal to deal* keine solche ist, die auf *preisbezogene* Verdrängungsmissbräuche, wie die Kosten-Preis-Schere eine ist, passt –, wäre es geradezu kontradiktorisch, inkonsequent und eine wahrscheinliche Quelle

von kartellrechtlichen Fehlevaluationen des *margin squeeze*, ein dem Geschäftsverweigerungs-Tatbestand von lit. a zentrales Merkmal zur Prüfung der Margenbeschneidung zu benutzen.[2318] Ersichtlich kommt man nicht darum herum, den Begriff der «Angewiesenheit» andersartig auszulegen.

[Seite 1425] Die Antwort auf diese Frage hat die Rechtsprechung des EuGH zur Kosten-Preis-Schere gegeben. Vor allem das *TeliaSonera*-Urteil hat in diesem Punkt einige Klarheit schaffen können. In diesem Entscheid des Gerichtshofs gibt es zwei Schlüsselstellen, die eine **Einordnung des Kriteriums der «Angewiesenheit» in das Missbrauchsanalyseraster des Kosten-Preis-Schere-Tatbestands** erlauben: (1) Zunächst setzt sich der EuGH im Rahme der dritten Vorlagefrage mit dem Problem des Verhältnisses zwischen dem «Angewiesenheits»-Merkmal – vom Gerichtshof mit dem Wort «Unentbehrlichkeits-Merkmal» bezeichnet – und den wettbewerbswidrigen Effekten des *margin squeeze* auseinander. Im Einzelnen fasst er dieses Problem in folgende Worte: «Das vorlegende Gericht wirft drittens die Frage auf, ob die Missbräuchlichkeit der in Rede stehenden Preispolitik [sc. von TeliaSonera als beherrschendes Unternehmen auf dem vorgelagerten Markt] davon abhängt, dass konkrete wettbewerbsbeschränkende Wirkungen vorliegen, und wie diese Wirkungen gegebenenfalls zu bestimmen sind. Außerdem möchte es wissen, ob das von TeliaSonera auf der Vorleistungsebene angebotene Produkt für den Zugang zum Endkundenmarkt unentbehrlich sein muss».[2319] Auf diese Frage hin stellt der EuGH zunächst fest, die Missbräuchlichkeit des Verhaltens, das der Marktbeherrscher an den Tag legt, setze voraus, «[… dass die von Letzterem verfolgte Preispolitik] für zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das [sc. beherrschende] Unternehmen aufgrund der durch die Beschneidung ihrer Margen entfalteten Verdrängungswirkung geeignet ist, diesen Wettbewerbern den Zugang zum Markt zu erschweren oder gar unmöglich zu machen».[2320] (2) In einem zweiten Schritt fragt alsdann das Gericht, wie diese Verdrängungswirkungen auszumachen sind. Diesbezüglich meint es, dass der «funktionelle Zusammenhang» zwischen den Vorleistungs- und den Endkundengüter zu analysieren sei. Denn: «Bei der Beurteilung der Auswirkungen der Margenbeschneidung könnte sich […] die Frage nach der *Unentbehrlichkeit* [in der Terminologie des Bundesgerichts: *Angewiesenheit*] *des Vorleistungsprodukts* stellen».[2321] Auf der Basis dieser Überlegungen kommt der Gerichtshof zum Schluss: «Die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Preispolitik, die auf eine Margenbeschneidung hinausläuft, setzt daher den Nachweis voraus, dass diese Politik […] *in Anbetracht der Unentbehrlichkeit des Vorleistungsprodukts* […] *eine wettbewerbswidrige Wirkung auf den Endkundenmarkt* hat […]».[2322] **548**

Das Kriterium der «Angewiesenheit», so lässt sich **zusammenfassen**, dient nach den überzeugenden Ausführungen im Fall *TeliaSonera* der Prüfung von wettbewerbswidrigen Effekten der Praktik des *margin squeeze*: (1) Sind die *downstream*-Konkurrenten auf die Vorleistung des beherrschenden Unternehmens *angewiesen*, so weisen sich besagte Effekte auf die ebenso effizienten Wettbewerber als benachteiligend und mithin als *wahrscheinlich wettbewerbswidrig* auf. (2) Ansonsten muss die *Wahrscheinlichkeit* dieser wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen als *gering* oder sogar als *inexistent* eingeschätzt werden.[2323] **549**

[Seite 1426] ee) Merkmal III: Unangemessenheit der Preisspanne

Gegenstand der Analyse von margenbeschneidenden Verhaltensweisen ist *nicht* die *Höhe* der vom Marktbeherrscher *upstream* oder *downstream* praktizierten Preise. M. a.W. setzt die Kosten-Preis-Schere keineswegs eine *Unangemessenheit* der Vorleistungs- und der Endkundenpreise i.S.v. lit. c oder auch allenfalls in einem anderen Sinne voraus (s. N 521 und 536). Nach der Rechtsprechung ist kartellrechtsdogmatisch betrachtet der eigentliche Gegenstand dieser Analyse die **Preisspanne als solche**,[2324] also die mittels vertikaler Integration erzeugte *preisliche Differenz*, die auf zwei vertikal verbundenen Stufen der Wertschöpfungskette besteht (s. N 521).[2325] Das Bundesgericht lässt über diesen Punkt keinen Zweifel aufkommen: «Das wettbewerbsrelevante Verhalten ist die *Kosten-Preis-Schere selbst* oder mit **550**

anderen Worten *die unzureichende* Preisspanne derjenigen, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf der Endkundenebene in Wettbewerb stehen […]».[2326] Wenn hier von «Preisspanne *als solcher*» die Rede ist, will damit präzisiert sein, dass – wie die Höchstinstanz im soeben wiedergegebenen Passus zu Recht unterstreicht – die *jeweilige* Höhe von Vorleistungs- und Endverbraucherpreisen bei der Anwendung des Kosten-Preis-Schere-Tatbestands keine Rolle spielt. Letztlich geht es einzig und allein um die Frage, ob besagte Spanne in dem Sinne *angemessen* ist, dass sie den Rivalen auf dem nachgelagerten Markt erlaubt, einen für ihren Marktverbleib hinreichenden Ertrag zu erzielen. Demnach kann als *Fazit* zur Bedeutung des Merkmals III festgehalten werden: *Unangemessen* ist eine *Preisspanne*, wenn sie einem *downstream*-Konkurrenten *verunmöglicht, einen Umsatz zu generieren*, der ihm *erlauben würde*, auf dem nachgelagerten Markt (zumindest mittelfristig) *seine Geschäftstätigkeit aufrechtzuerhalten*, so dass es nicht relativ kurzfristig zu seinem *Marktausschluss* kommt.

Diesen **Punkt** hat auch der EuGH im Urteil *Deutsche Telekom* insonderheit unterstrichen: «[Es ist] festzustellen, dass die Missbräuchlichkeit der Preispolitik der Rechtsmittelführerin [sc. des beherrschenden Unternehmens] im Sinne von Art. 82 EG [heute: Art. 102 AEUV] […] aus der Unangemessenheit der Spanne zwischen den fraglichen Zwischenabnehmerentgelten und ihren Endkundenentgelten für Endkundenzugangsdienste hervorgeht, die zu einer Beschneidung der Margen ihrer zumindest ebenso effizienten Wettbewerber führt. Wie das Gericht [sc. das EuG als Vorinstanz] in Randnr. 223 des angefochtenen Urteils […] ausgeführt hat, ist daher die Unangemessenheit der Preispolitik der Rechtsmittelführerin im Sinne von Art. 82 EG [heute: Art. 102 AEUV] an das Vorliegen der Margenbeschneidung als solche und nicht an deren genaue Spanne geknüpft».[2327] **551**

[Seite 1427] Die massgebliche **faktorielle Basis, um die fragliche Spanne zu berechnen**, wird nach der analytischen Technik, deren sich das Bundesgericht bedient, einerseits (1) vom *Preis* der *upstream* hergestellten *«Vorleistung»*, die das vertikal integrierte Unternehmen den *downstream* tätigen Rivalen veräussert,[2328] und andererseits (2) vom Endkundenpreis, den das beherrschende Unternehmen *downstream* fordert, gebildet.[2329] Andere Kriterien sind bei dieser Berechnung nicht zu beachten. Denn damit könnte die Untersuchung der Frage, ob die *downstream* aktiven Mitbewerber auf die Vorleistung des *upstream* produzierenden Marktbeherrschers *«angewiesen»* sind, möglicherweise verzerrt werden und zu fehlerhaften Resultaten führen. **552**

ff) Merkmal III: Wettbewerbsbeeinträchtigung

aaa) Allgemeines

Eine *wettbewerbswidrige* Kosten-Preis-Schere ist gemäss Bundesgericht in *zwei* Fällen gegeben, die in N 522 f. vertieft abgehandelt wurden. *Pro memoria*: (1) Wenn der Vorleistungspreis über dem Marktpreis des beherrschenden Unternehmens auf dem Endkonsumentenmarkt liegt (sog. *«negative Preisdifferenz»*),[2330] und (2) wenn die Summe aus der Addition von Vorleistungspreis und Produktionskosten, die *downstream* anfallen, gleich hoch oder höher ist als der Endkundenpreis (sog. *«positive Preisdifferenz»*).[2331] Allerdings besteht nach höchstinstanzlicher Auffassung die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens, welches das beherrschende Unternehmen in diesen beiden Konstellationen an den Tag legt, nur unter der Voraussetzung, dass die Entitäten, welche im Wettbewerbsprozess auf dem nachgelagerten Markt in die «Schere» eines *price squeeze* geraten, *ebenso effizient wie der Marktbeherrscher* sind.[2332] Denn lediglich unter dieser Voraussetzung kommt der Schutz des Wettbewerbs durch die Anwendung von Art. 7 auf ein *margin squeeze* den Konsumenten bzw. der Konsumentenwohlfahrt zugute (s. N 111, 114 ff.).[2333] Dementsprechend ist in jedem Kosten-Preis-Schere-Fall zu prüfen, ob kumulativ eine **553**

Wettbewerbs- und eine **Konsumentenwohlfahrtsschädigung** entstandenen ist. Diese zwei Kriterien sind für den Tatbestand der Margenbeschneidung *konstitutiv*.[2334] Darauf ist jetzt näher einzugehen.

[Seite 1428] bbb) Wettbewerbsschädigung

554 Der vom Bundesgericht identifizierte **Mechanismus**, welcher die Wettbewerbswidrigkeit der *margin squeeze*-Strategie des beherrschenden Unternehmens begründet, beruht erinnerlich auf der besonderen *«strukturellen»* Beschaffenheit der vertikal verbundenen Märkte, die die «Angewiesenheit» der *downstream* operierenden Mitbewerber auf die *upstream* hergestellten Vorleistungen erzeugt. Die industrieökonomischen und kartellrechtlichen Zusammenhänge, die zur Erzeugung von antikompetitiven Effekten führen, sind in N 519 ff. eingehend erläutert worden. Daher sei hier auf die Ausführungen an dieser Stelle verwiesen.

ccc) Konsumentenwohlfahrtsschädigung

555 Es sei an dieser Stelle vorab nochmals in Erinnerung gerufen, dass eine Wettbewerbsschädigung die Missbräuchlichkeit von unilateralen Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens nicht für sich allein genommen darzutun vermag. Denn einseitige Verhaltensweisen können je nach den Marktverhältnissen sowohl Ausdruck von Wettbewerb *«on the merits»* als auch Ausdruck von verfälschtem Wettbewerb sein (s. N 4, 556). Die Industrieökonomik lehrt, dass die Abgrenzung anhand des **Kriteriums der Konsumentenwohlfahrtsschädigung** vorzunehmen ist,[2335] dies aus Gründen, die in N 118 ausführlich dargestellt wurden.[2336] Auf diesen Standpunkt hat sich das Bundesgericht (wie es dies in anderen Fallgruppen der Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 7 getan hat; s. N 234 ff., 324 ff., 509) auch für die Missbrauchsvariante der Kosten-Preis-Schere gestellt. Was die von einer Margenbeschneidung bewirkten Verringerung der Konsumentenrente anbetrifft, so weist der höchstgerichtliche Entscheid i.S. *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II* – wie im Übrigen auch die europäische Praxis und Rechtsprechung – allerdings gewisse Unklarheiten auf. *In nuce*:

556 Sowohl das Bundesgericht als auch die europäische Rechtsprechung gehen im vorliegenden Zusammenhang vom Prinzip aus, dass das «[…] Kartellrecht […] sicherstellen [soll], dass *ebenso effiziente Wettbewerber* wie das marktbeherrschende Unternehmen auf dem *Endkundenmarkt* in den *Wettbewerb treten können*».[2337] Die dieses Prinzip fundierende industrieökonomische Einsicht zeigt auf, dass es dann nicht zu Konsumentenwohlfahrtsverlusten kommt, wenn weniger effiziente Unternehmen vom Markt verdrängt werden, weil es genau zu denselben Marktbeseitigungen von minder effizienten Unternehmen käme, wenn der Wettbewerbsprozess einwandfrei funktionierte.[2338] Um die wohlfahrtstheoretischen Implikationen einer unter Art. 7 inkriminierten Preis-Kosten-Schere darzutun, sollte im «Normalfall» ein AEC-Test durchgeführt werden, der grundsätzlich die Frage beantwortet, ob ein Rivale des Marktbeherrschers ebenso effizient ist wie dieser (s. N 476 f.). Trifft dies zu, so bewirkt der Ausschluss dieses Mitbewerbers vom Markt eine konsumentenwohlfahrtsschädliche Reduktion der Konsumentenrente. Ein AEC-Test besteht in einem Vergleich zwischen dem vom Marktbeherrscher praktizierten Preis und den Kosten eines ebenso effizienten Rivalen (s. N 476 f.). Just dieser Vergleich wurde nun aber im bundesgerichtlichen *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II*-Urteil nicht getätigt. Vielmehr hat die Höchstinstanz einen alternativen Test durchgeführt, den sie mit den Worten beschrieben hat: «Ob eine unzureichende Gewinnspanne der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt, ist nach [Seite 1429] Rechtsprechung und Literatur mit einem Kosten-Preis-Vergleich *beim marktbeherrschenden Unternehmen* selbst zu eruieren. In der *Sache* stellt dies eine Anwendung […] des as efficient competitor-Tests (synonym: equally efficient competitor-Test) dar».[2339] Wenn nun aber ein derartiger Eigenwirtschaftlichkeitstest (s. N 526 ff.) durchgeführt wird, der ausschliesslich auf den Daten des beherrschenden Unternehmens abstellt, und von einem

Fremdwirtschaftlichkeitstest, der die Daten der Rivalen des Marktbeherrschers analysiert, abgesehen wird, stellt sich die Frage: Wie kann dann angenommen werden, dass das beherrschende Unternehmen durch seine *margin squeeze*-Strategie einen ebenso effizienten Wettbewerber zum Schaden der Konsumentenwohlfahrt vom nachgelagerten Markt verdrängt? Dies kann der Fall sein, aber auch nicht. Der Eigenwirtschaftlichkeitstest des Bundesgerichts bietet keine Möglichkeit, um die Beseitigung eines *as efficient competitor* vom Markt zu überprüfen. Zur Zeit ist keine Lösung für dieses Problem in Sichtweite. Diese Sachlage ist gravierend: Denn der *competitive harm* der Kosten-Preis-Schere bleibt damit ungewiss (s. N 554 ff.). In Zukunft wird es darauf ankommen, dieses Defizit der Analyse der Konsumentenwohlfahrtsschädigung durch eine Kosten-Preis-Schere zu beheben. Die soeben vorgetragene Kritik gilt im Übrigen auch für die europäische Rechtsprechung, die in derselben Weise bei der Untersuchung der wohlfahrtstheoretischen Lage in einem *margin squeeze*-Fall wie das Bundesgericht vorgeht.

gg) Merkmal V: Kausalität

Vgl. N 152 ff. **557**

hh) Merkmal VI: *Legitimate business reasons*

Wie die anderen Tatbestände unter Art. 7 (s. N 170 ff., 236 ff., 330 ff., 414, 511 ff.) können auch Kosten-Preis-Scheren durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden, wobei insbesondere kaufmännische Gründe öfters relevant sind.[2340] In Betracht fallen etwa tiefe (zu einer Kosten-Preis-Schere führende) Endkundenpreise während einer begrenzten Zeit zum Zweck der Lancierung eines neuen Produkts. Nicht zugelassen hat das Bundesgericht das Argument, Verlustgeschäfte während sechs bis sieben Jahren seien bei langfristiger Gewinnträchtigkeit unproblematisch, weil diese Überlegung bereits im Kontext des Tatbestandsmerkmals der unzureichenden Preisspanne (s. N 550 ff.) – bei der Frage der zeitlichen Berücksichtigung von Anfangsinvestitionen (s. N 530) – zur berücksichtigen sei.[2341] **558**

Auch im Recht der Europäischen Union ist die Kosten-Preis-Schere einer objektiven Rechtfertigung zugänglich, wobei im Falle einer wirtschaftlichen Rechtfertigung allfällige Effizienzvorteile auch den Verbrauchern zugutekommen müssen[2342]. **559**

[Seite 1430] *4. Rabatte*

a) Allgemeines

Rabatte sind Reduktionen eines Listenpreises, die ein Unternehmen für seine Produkte oder Dienstleistungen festsetzt.[2343] Es handelt sich um ein Instrument der **betrieblichen Preispolitik**.[2344] Die Wirtschaftspraxis hat unterschiedliche Arten von Rabatten hervorgebracht (s. N 566 ff.). Deren genaue Bezeichnung (z.B. Aktionen, «Batzen», Boni, Prämien oder Rückvergütungen) hat keinen Einfluss auf ihre rechtliche Qualifikation.[2345] Rabatte können sowohl von Einzelunternehmen (Art. 927 Abs. 2 Ziff. 1 OR), Handelsgesellschaften (Art. 927 Abs. 2 Ziff. 2 ff. OR), Genossenschaften (Art. 927 Abs. 2 Ziff. 7 OR) als auch von Rechtseinheiten des Zivilgesetzbuches (Art. 927 Abs. 2 Ziff. 8 und 9 OR) kommerziell eingesetzt werden. Mit diesem Satz wird letztlich aber nichts anderes ausgedrückt, als dass sich Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1bis mit oder ohne qualifizierte(r) Marktmacht i.S.v. Art. 4 Abs. 2 ihrer ohne Weiteres bedienen können. Kartellrechtlich sind sie grundsätzlich zulässige kommerzielle Mittel im Rechtsverkehr.[2346] Nur unter den spezifischen Voraussetzungen von Art. 7 stellen sie – sofern sämtliche einschlägigen gesetzlichen Kriterien erfüllt sind – einen Verstoss gegen das Kartellgesetz dar (s. N 595 ff.). **560**

Die **schweizerische Praxis** zu Rabatten war lange Zeit spärlich und entsprechend herausfordernd gestaltete sich die behördliche bzw. gerichtliche Entwicklung von Regeln, unter welche sie subsumiert werden konnten.[2347] Im jüngeren Fallrecht ist **561**

freilich eine klare Tendenz erkennbar, kartellrechtliche Konstruktionen aus der (wesentlich umfangreicheren) Praxis der Europäischen Union in das Schweizer Recht zu übernehmen.[2348] Die Behandlung der klassischen Rabatte (Mengenrabatte, Treuerabatte und Zielrabatte) erfolgt in der schweizerischen Praxis gemeinhin unter Art. 7 Abs. 2 lit. b (Diskriminierung, s. N 339 ff.) und lit. e (Einschränkung der Erzeugung, s. N 642).[2349] Die beiden Bestimmungen erfassen dabei unterschiedliche Aspekte der Missbräuchlichkeit von Rabatten:

[Seite 1431] (1) Unter lit. b steht die **Ungleichbehandlung von Handelspartnern** des marktbeherrschenden Unternehmens im Vordergrund, also die Diskriminierung von Unternehmen, die sich in einem vertikalen Verhältnis zum Marktbeherrscher befinden (z.B. gewährt das beherrschende Unternehmen dem Handelspartner 1 ohne sachliche Begründung einen höheren Mengenrabatt als dem Handelspartner 2).[2350] Es handelt sich dabei um eine sog. *secondary-line discrimination* (s. N 342). **562**

(2) Unter lit. e geht es dagegen um die **Produktionseinschränkung der Rivalen des beherrschenden Unternehmens** (s. N 654 ff.), also jener Unternehmen, die auf dem beherrschten Markt tätig sind (z.B. gewährt der Marktbeherrscher seinen Handelspartnern Treuerabatte, wodurch er seinen Mitbewerbern verunmöglicht, diesen Handelspartnern konkurrenzfähige Offerten zu unterbreiten, was auf eine Herstellungseinschränkung bei diesen Wettbewerbern hinausläuft). Dieser Sachverhalt der Behinderung von Rivalen kann – zusätzlich zur Subsumtion unter lit. e – auch eine sog. *primary-line discrimination* darstellen (die nach den Prinzipien zu behandeln ist, die in N 294, 311 und 642 erläutert wurden).[2351] **563**

Diese Spruchpraxis ist nicht reformbedürftig und sollte in der eingespielten Form fortgesetzt werden. Demgegenüber stellt sich die Frage, wie mit den von der Prioritätenmitteilung und der europäischen *Intel*-Rechtsprechung jüngst neu eingeführten Rabattarten (s. N 566 ff.), umzugehen ist. Wir präkonisieren, dass diese Rabatttypen – zumal die Begriffspaare *bedingte/unbedingte* (s. N 570 f.) sowie *rückwirkende/stufenweise* (s. N 574 ff.) Rabatte – dem Grundsatz nach nicht unter lit. e, sondern unter Art. 7 Abs. 2 lit. d subsumiert werden. Unsere Begründung für diesen Vorschlag stützt sich auf folgende Argumente: Wie das *predatory pricing* (s. N 419 ff.) oder die Kosten-Preis-Schere (s. N 517 ff.) stellen auch die erwähnten Rabattarten preisliche Missbräuche dar, die typologisch einem äussert ähnlichen Muster wie Letztere folgen. So führt die Gewährung dieser Rabatte zu einem Verzicht auf Gewinnmaximierung (im Sinne eines *sacrifice*; s. N 481 ff. und 542) durch das marktbeherrschende Unternehmen, woraufhin in der Folge – d.h. nach erfolgreicher Verdrängung der Konkurrenz – auf dem nachgelagerten Markt Opportunitäten höherer Gewinne geschaffen werden (im Sinne eines Analogats zu einem *recoupment* ; s. N 492 ff. und 542).[2352] Dieser Grundmechanismus wird in dem von der WEKO gefällten Leitentscheid *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* greifbar veranschaulicht: Aus internen Protokollen des marktbeherrschenden Unternehmens geht hervor, dass angesichts drohender Konkurrenz «[…] sämtliche Vertragsverhandlungen mit [Kunden] eine ‹Exklusivitätsklausel› enthalten würden, da man sich ‹zur Wehr setzen› müsse» und «[…] dass man ‹grossen Kunden Exklusivitätsrabatte für den Verzicht auf [… Geschäfte mit dem grössten Rivalen] gewährt›» habe (Kriterium: « [Seite 1432] *Opfererbringung*» durch Rabattgewährung).[2353] Sobald besagter Rivale aber verdrängt war, wurden die fraglichen bedingten Rabatte unverzüglich gestrichen (Kriterium: *«Kompensation»* nach Verdrängung des besagten Rivalen), wobei einer Kundin des marktbeherrschenden Unternehmens gar beschieden wurde, «[w]eil es [die Konkurrentin] nicht mehr gebe, sei auch der Rabatt hinfällig».[2354] Auch aus dem Blickwinkel industrieökonomischer Entwicklungen, die ihren Ursprung hauptsächlich im europäischen Wettbewerbsrecht haben, lässt die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. d auf bedingte Rabatte als adäquat erscheinen: So hat der Gerichtshof im *Intel*-Urteil – in seinem jüngsten Leitentscheid zu bedingten Rabatten – festgehalten, dass die Kommission verpflichtet sei, «[…] das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung der mindestens *ebenso leistungsfähigen Wettbewerber* zu prüfen» bzw. die Eignung des fraglichen Rabattsystems «[…] zur **564**

Verdrängung *mindestens ebenso leistungsfähiger Wettbewerber*» für den Fall, dass die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt hat, zu untersuchen.[2355] Der EuGH befürwortet damit, die Missbräuchlichkeit eines Rabattsystems in Orientierung an der bereits in der Prioritätenmitteilung sowie an dem im *Intel*-Entscheid der Kommission vorgesehenen Test der Überlebensfähigkeit eines *ebenso effizienten Wettbewerbers* (AEC-Test; s. N 476 f.) zu analysieren.[2356] Die WEKO hat ihrerseits den AEC-Test im Kontext von Rabattfällen bereits angesprochen, im konkreten Fall aufgrund einer speziellen Monopolsituation jedoch nicht angewandt.[2357] Beim AEC-Test, der im unionsrechtlichen Kontext damit höchstgerichtlich anerkannt ist, handelt es sich um den gleichen Missbrauchsstandard, der die Praxis zu Art. 7 Abs. 2 lit. d untermauert.[2358] Diese Bestimmung ist somit die adäquate Grundlage zur Erfassung der verdrängenden Wirkung von Rabatten. Ein Rückgriff auf den subsidiären (s. N 626, 629) Art. 7 Abs. 2 lit. e erübrigt sich *in casu* regelmässig.

565 Eine Abgrenzung ist schliesslich hinsichtlich **Koppelungsrabatten** nötig. Unter einem solchen Rabatt (auch *Bündelrabatt, Paketrabatt* oder *Sortimentsrabatt*; s. N 685) ist ein Preisnachlass zu verstehen, der unter der Bedingung gewährt wird, dass ein Abnehmer neben einem ersten Produkt auch ein zweites Produkt erwirbt, das auf einem anderen relevanten Markt als auf demjenigen des ersten Produkts vermarktet wird.[2359] So wie diskriminierende Rabatte für Ungleichbehandlungsfaktoren i.S.v. lit. b zu prüfen sind, sind Koppelungsrabatte beim Vorliegen von *tying*-Elementen gemäss dem Missbrauchsstan [Seite 1433] dard von lit. f zu prüfen, wobei es wiederum möglich ist, dass zusätzlich eine verdrängende Wirkung i.S.v. lit. d festzustellen ist.

b) Verhaltenstypologie

aa) Allgemeines

566 Im Recht der Rabatte besteht eine nur schwer überblickbare Vielzahl von typologischen Klassen, die zudem oft auf uneinheitlichen Begrifflichkeiten beruhen.[2360] Nachstehend werden lediglich die in der doktrinellen und praktischen Diskussion problematisierten Rabatttypen erläutert. In der Schweizer und europäischen Spruchpraxis wurde lange nur zwischen **drei Rabattarten**, nämlich zwischen *Mengen-*, *Treue-* und *Zielrabatten* differenziert.[2361] Mit der Prioritätenmitteilung von 2009 sowie der «*Intel*-Saga»[2362] wurden neue Rabattkategorien eingeführt, welche den doktrinellen und praktischen Diskurs bis heute spürbar verkompliziert haben. Gegenwärtig ist ungewiss, ob im Rabattkartellrecht eine klare und eindeutige Rechtslage besteht. Das Studium der jüngeren Spruchpraxis vermittelt den Eindruck, Wettbewerbsbehörden und Gerichte befänden sich auf der Suche nach einer neuen Fundierung dieses Rechtsbereichs. Vorab aber die Schilderung der angesprochenen Rabatttaxonomien:

bb) Taxonomie I: Mengenrabatte, Treuerabatte und Zielrabatte

567 (1) Unter (reinen) **Mengenrabatten** (*quantity rebates*; *rabais de quantité*) versteht man Preisnachlässe, die unter der Bedingung gewährt werden, dass der Handelspartner innerhalb einer definierten Zeitspanne eine bestimmte Abnahmemenge erwirbt.[2363] Es geht hierbei um eine Preisdifferenzierung zweiten Grades, weil der Anbieter nicht von jedem Nachfrager den individuellen Maximalpreis fordert (Preisdifferenzierung ersten Grades), sondern es dem Nachfrager überlässt, über das Abnahmevolumen die Höhe des Rabatts zu bestimmen.[2364] Wie Mengenrabatte werden in der Praxis (reine) Umsatzrabatte behandelt.[2365]

[Seite 1434] 568 (2) **Treuerabatte** (auch Ausschliesslichkeitsrabatte bzw. Loyalitätsrabatte, *loyalty rebates, fidelity rebates* oder *exclusivity rebates*; *rabais de fidélité* bzw. *rabais d'exclusivité*) stellen Preisnachlässe unter der Voraussetzung dar, dass ein Abnehmer seinen gesamten Bedarf oder einen wesentlichen Teil seines Gesamtbedarfs beim marktbeherrschenden Unternehmen deckt, wodurch ein sog. *Sogwirkung* (N 580)

entsteht.[2366] Treuerabatte weisen aufgrund ihrer Wirkung eine gewisse Nähe zu Ausschliesslichkeitsbindungen auf.[2367] In diese Kategorie gehören auch Marktanteilsrabatte *(market-share discounts)*, welche einen bis zu 100% ausmachenden Prozentsatz definieren, in welchem Rahmen der Abnehmer seinen Bedarf beim marktbeherrschenden Unternehmen befriedigen muss.[2368] Englische Klauseln können die Wirkung von Treuerabatten verstärken,[2369] sie jedoch bei entsprechender Ausgestaltung auch abschwächen.[2370] In der unionsrechtlichen Praxis werden diese Rabatte bisweilen «Treuerabatte im Sinne der Hoffmann-La-Roche-Rechtsprechung» genannt.[2371]

(3) **Zielrabatte**[2372] (*target rebates*; *rabais d'objectif*) sind Preisnachlässe, die zwar nicht von einer Form der Ausschliesslichkeit (s. N 568) abhängen, jedoch mittels Abnahme- [Seite 1435] oder Umsatzzielen so formuliert sind, dass sie im Ergebnis einen treufördernden Effekt, mithin eine Sogwirkung, erzielen (z.B. mittels eines Steigerungsziels gegenüber einem früheren Referenzzeitraum).[2373] Vergleichbar mit Zielrabatten sind sog. Spitzenrabatte (*top slice rebates*; *remises de la tranche supérieure*), die so strukturiert werden, dass sie einen Abnehmer, der einen bestimmten *Kernbedarf* in jedem Fall beim marktbeherrschenden Unternehmen beziehen muss, dazu bringen, auch den *Restbedarf* bei diesem zu decken.[2374] **569**

cc) Taxonomie II: Bedingte Rabatte und unbedingte Rabatte

(1) Unter **bedingten Rabatten** (*conditional rebates*; *rabais conditionnels*) – zuweilen auch «Ausschliesslichkeitsrabatte»[2375] – sind Nachlässe auf den ordentlichen Preis zu verstehen, die an gewisse Voraussetzungen geknüpft sind und eine *Belohnung für ein bestimmtes Verhalten* darstellen.[2376] **570**

(2) Als **unbedingte Rabatte** (*unconditional rebates*; *rabais inconditionnels*) gelten Preisnachlässe, die grundsätzlich *unabhängig vom Verhalten des Handelspartners* gewährt werden, wobei solche Rabatte in der Praxis vor allem als reine Mengenrabatte (N 567) vorkommen, die jedem Handelspartner beim Erreichen eines gewissen Geschäftsvolumens (unabhängig von dessen sonstigem Verhalten) gewährt werden.[2377] **571**

dd) Taxonomie III: Individualisierte und standardisierte Rabatte

(1) **Individualisierte Rabatte** (*individualised rebates*; *rabais individualisés*) sind Preisnachlässe, die jeweils unternehmensspezifisch für bestimmte Handelspartner (z. B. mittels einer Zielmenge oder eines Prozentsatzes der Gesamtnachfrage) festgelegt werden.[2378] **572**

[Seite 1436] (2) **Standardisierte Rabatte** (*standardised rebates*; *rabais standardisés*) sind Preisnachlässe, die nicht unternehmensspezifisch, sondern in allgemeiner Weise für alle Handelspartner definiert werden.[2379] **573**

ee) Taxonomie IV: Rückwirkende und stufenweise Rabatte

Die Höhe dieser Rabatttypen hängt regelmässig vom Erreichen gewisser Schwellenwerte ab (daher die Begriffe **Rabattschwellen** bzw. **Rabattstaffelung**).[2380] Die Wirkung eines Rabatts beim Erreichen eines solchen Schwellenwerts kann dabei unterschiedlich ausfallen: **574**

(1) **Rückwirkende Rabatte** (auch Gesamtumsatzrabatte; *retroactive rebates*; *rabais rétroactifs*) werden beim Erreichen einer Rabattschwelle sowohl auf Bestellungen *über* dieser Schwelle als auch («rückwirkend») auf Bestellungen *unter* dieser Schwelle (die bis dahin von keinem Rabatt profitieren konnten), mithin auf die gesamte Bezugsmenge, angewandt.[2381] **575**

576

(2) **Stufenweise Rabatte** (*incremental rebates*; *rabais progressifs*) werden bei Erreichen einer bestimmten Rabattschwelle einzig auf den über dieser Schwelle liegenden Teil einer Bestellung (nicht aber «rückwirkend» auf den darunter liegenden Teil) angewandt.[2382]

c) Industrieökonomik

aa) Allgemeines

577 Die von beherrschenden Unternehmen gewährten Rabatte werden kartellrechtlich vor allem dann suspekt, wenn sie wettbewerbswidrige Effekte entfalten, die einen Abnehmer dazu verleiten, drängen oder zuweilen sogar nötigen, seinen Bedarf gänzlich oder in überwiegendem Mass beim beherrschenden Unternehmen zu decken.[2383] Denn damit kommt es regelmässig zu einer *vertikalen Marktverschliessung* (s. N 83), die den Marktzugang der Rivalen des beherrschenden Unternehmens versperren.[2384] Im Folgenden erläutern wir die massgeblichen **Tests quantitativer Indikatoren**, die die moderne Industrieökonomik entwickelt hat, um die *Wettbewerbswidrigkeit* der verschiedenen Rabattkategorien zu analysieren. Alsdann gehen wir auf die traditionellen **Tests qualitativer Indikatoren** ein.

[Seite 1437] bb) Quantitative Indikatoren-Tests

aaa) Test des «nicht bestreitbaren» Teils der Nachfrage

578 Eine erste Voraussetzung für die wettbewerbsschädigende Wirkung eines *bedingten* Rabattsystems besteht darin, dass das Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens auf ausgeprägte Präferenzen der Handelspartner und damit auf eine gesicherte Verkaufsbasis *(assured base of sales)* zählen kann. Eine solche Sachlage läuft darauf hinaus, dass die Handelspartner ihren Hauptbedarf grundsätzlich beim marktbeherrschenden Unternehmen befriedigen müssen.[2385] In der Prioritätenmitteilung ist in diesem Zusammenhang vom **nicht bestreitbaren Teil der Nachfrage** *(non-contestable portion of demand)* der Handelspartner des Marktbeherrschers die Rede.[2386] Wie die Kommission im Verfahren *Intel* dargetan hat, ist Letzterer alsdann ein *«unavoidable trading partner»* (s. N 604).[2387] Gründe für einen solchen nicht bestreitbaren Bedarf sind beispielsweise hohe Wechselkosten (s *witching costs*), Endkundenpräferenzen (z.B. *must-stock items*), langfristige Verträge, Kapazitätsgrenzen der Wettbewerber oder gar ein Monopol des marktbeherrschenden Unternehmens.[2388] Ferner liegt eine weitere Voraussetzung für wettbewerbsbeeinträchtigende Effekte eines bedingten Rabattsystems dann vor, wenn es einem ebenso effizienten Wettbewerber verwehrt ist, selbst eine ausreichende Kundenbasis zu akquirieren, um das Betriebsoptimum *(minimum efficient scale)* zu erreichen und auf diese Weise langfristig rentabel auf dem Markt zu verbleiben.[2389] Des weiteren hat die Industrieökonomie aufgezeigt, dass schädliche Wirkungen von bedingten Rabatten eher in gesättigten Märkten mit einer relativ stabilen Nachfragesituation anzutreffen sind als in Wachstumsmärkten, wo es für einen neu in den Markt eintretenden Rivalen eher möglich ist, in nützlicher Zeit eine ausreichende Kundenbasis aufzubauen und so allfällige ausschliessende Wirkungen eines Rabattsystems zu umgehen.[2390]

bbb) Kosten-Preis-Vergleiche

579 In der Ökonomie besteht gegenwärtig keine Einigkeit im Hinblick auf die Frage, wie wettbewerbsschädliche Rabatte eindeutig von unverdächtigen unterschieden werden können.[2391] Vor diesem Hintergrund hat die Europäische Kommission in ihrer Prioritätenmitteilung und sodann in ihrer *Intel*-Verfügung einen neuen industrieökonomischen Ansatz zur Prüfung bedingter Rabatte entwickelt.[2392] Dieser Ansatz ist in der Lehre auf [Seite 1438] reges Interesse gestossen und wurde zur Gelenkstelle in der **jüngeren Diskussion über Rabattanalysen**.[2393] Entscheidend dafür war, dass der EuGH im *Intel*-Urteil seine rund vierzigjährige Rechtsprechung zu

Rabatten «präzisierte» und einen neuen Raum für ökonomische Analysen von Verdrängungswirkungen dieser Verhaltensweise geöffnet hat.[2394]

580 Ausgangspunkt des Ansatzes der Kommission bildet die Einsicht, dass eine Marktverschliessung und damit eine Verdrängung von Wettbewerbern (N 83) dann wahrscheinlich ist, «[…] wenn die Wettbewerber nicht *zu gleichen Bedingungen* um die gesamte Nachfrage der einzelnen Abnehmer konkurrieren können».[2395] In diesem Fall kann das beherrschende Unternehmen «[…] den 'nicht-bestreitbaren' Teil der Nachfrage jedes Abnehmers (d.h. die Menge, die der Abnehmer ohnehin bei dem marktbeherrschenden Unternehmen kaufen würde)» als *Hebel (leverage)* in der Weise einsetzen, dass der Preis für «[…] den 'bestreitbaren' Teil der Nachfrage (d.h. die Menge, die der Abnehmer eventuell von anderen Quellen beziehen würde)» derart tief ist, dass die Rivalen ausserstande sind, den Handelspartnern des Marktbeherrschers konkurrenzfähige Angebote zu unterbreiten.[2396] In der Literatur werden die **Konzepte des bestreitbaren und nicht bestreitbaren Teils der Nachfrage** – oder *contestable* und *non-contestable portion of demand* – ausgiebig diskutiert. O'DONOGHUE/PADILLA illustrieren sie mit einem – hier leicht vereinfachten – Beispiel: Benötigt ein Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens jährlich 10 Einheiten eines Produkts zu je CHF 10.– und bezieht er stets Einheiten *(nicht bestreitbarer Teil der Nachfrage)* beim marktbeherrschenden Unternehmen, so kann dieses gegen Jahresende, wenn es um den Verkauf der letzten Einheit *(bestreitbarer Teil der Nachfrage)* geht, einen rückwirkenden Rabatt (s. N 575) von 10% für den Fall offerieren, dass der Handelspartner auch diese letzte Einheit bei ihm bezieht. Geht der Handelspartner auf dieses Angebot ein, so ist aufgrund des rückwirkenden (d.h. auf alle 10 Einheiten anwendbaren) Rabattes die letzte Einheit gratis (10 × CHF 10.– = CHF 100.–, minus den Rabatt von CHF 10.– [10%], ergeben CHF 90.–), wodurch für den Handelspartner kein Anreiz mehr besteht, die letzte Einheit bei Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens zu beziehen.[2397] Bei diesem Phänomen ist auch von der [Seite 1439] *Sogwirkung (suction effect)* des Rabatts die Rede, weil er eine Tendenz aufkommen lässt, die gesamte Nachfrage der Handelspartner zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens zu kanalisieren.[2398] Um die Verdrängungswirkung eines bedingten Rabattsystems konkret zu erörtern, bedient sich die Kommission folgender **drei Tests**:

ccc) As Efficient Competitor-Test

581 Der AEC-Test ist in den Ausführungen in N 476 f. eingehend erläutert worden, so dass vorliegend auf seine **grundsätzliche «Funktionsweise»** nicht zurückzukommen ist. An dieser Stelle gehen wir lediglich auf die Aspekte dieses Tests ein, die sich im Zusammenhang mit den Spezifitäten von Rabattsystemen ergeben. *In nuce*:

582 Ist ein Rivale **mangels genügendem Absatzvolumen** nicht imstande, auf dem Markt zu überleben, so liesse sich aus theoretischer Sicht die Qualifikation eines Rabattsystems als missbräuchlich i.S.v. Art. 7 von der Analyse der Frage abhängig machen, welche hypothetischen Eigenschaften dieser Rivale aufweisen müsste, um bei der Akquisition von Abnehmern, welche ihm über die Zeit den Aufbau einer hinreichenden Kundenbasis erlaubte, erfolgreich zu sein. Diese Hypothese würde dann als eine Art «Missbrauchsmassstab» für die kartellrechtliche Evaluation von Rabatten, die ein beherrschendes Unternehmen seinen Handelspartnern einräumt, verwendet werden können (s. N 577). Die Kommission hat diesen Ansatz in jüngerer Zeit dahingehend konkretisiert, dass sie die Frage zur Prüfungsthematik erhoben hat, «[…] ob das Rabattsystem die Expansion oder den Markteintritt […] von ebenso effizienten Wettbewerbern verhindern kann, indem es diesen die Lieferung eines Teils des Bedarfs einzelner Abnehmer erschwert».[2399] Der Gerichtshof hat daraufhin den AEC-Test im Fall *Intel* in dem Ausmass abgesegnet, als er, wie in N 139 ausführlich erläutert, die Kommission verpflichtete, das Vorliegen einer Strategie zur «Verdrängung der […] ebenso leistungsfähigen Wettbewerber» für den Fall zu prüfen, dass der Beschwerdeführer ein entsprechendes Begehren gestellt hat.[2400] Im versinnbildlichenden Beispiel, das in N 580 vorgetragen wurde, hat sich gezeigt, dass

die Sogwirkung eines bedingten Rabatts zuweilen derart stark sein kann, dass eine konkurrenzfähige Offerte von Rivalen des beherrschenden Unternehmens gar nicht tunlich ist. Der Grund für die Intensität besagter Sogwirkung ist darin zu erblicken, dass das Rabattsystem zur Folge hat, dass kraft Wirkung eines rückwirkenden Rabattsystems der «bestreitbare Teil der Nachfrage» bzw. die «relevante Menge» beim marktbeherrschenden Unternehmen zum Preis von CHF 0.– bezogen werden kann, was die Mitbewerber ausserstande setzt, rentable Konkurrenzangebote zu platzieren.[2401]

Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis zu Rabattsystemen noch keinen AEC-Test durchgeführt, ihn jedoch summarisch besprochen und dessen potentielle analytische Eignung für künftige Rabattfälle als **erwägenswert** angesehen.[2402] **583**

[Seite 1440] ddd) Test der Kostengrenzen

Weiter stellt sich die Frage, welche **Kostengrenze** das Rabattsystem des beherrschenden Unternehmens – das nach dem AEC-Test als Effizienzmassstab dient (N 582) – nicht unterschreiten darf. Zur Beantwortung dieser Frage orientiert sich die Kommission an zwei Kostentests, dem *LRAIC*- und dem *AAC-Test*. Solange die Rabatte des Marktbeherrschers dessen *long-run average incremental costs* (LRAIC; s. N 458) – also sämtliche durchschnittlichen fixen und variablen Kosten zur Herstellung eines Gutes – decken, geht die Kommission davon aus, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem Markt rentabel zu wirtschaften.[2403] Führt das Rabattsystem zu einem Preis unter den *average avoidable costs* (AAC; s. N 457) – also zu einem Preis, der unter Umständen nicht einmal die durchschnittlichen variablen Kosten zur Herstellung eines Gutes deckt – so ist nach Auffassung der Kommission in der Regel von einer Verdrängungswirkung auszugehen.[2404] Bei einem Preis zwischen AAC und LRAIC ist eine Gesamtbewertung unter Berücksichtigung qualitativer und quantitativer Faktoren vorzunehmen.[2405] Im Fall *Intel* stützte sich die Kommission auf die *AAC* des marktbeherrschenden Unternehmens.[2406] **584**

eee) Test der Zeithorizonte

Die zeitliche Dimension der vorangehend erläuterten Kostentests wird in der Prioritätenmitteilung nicht thematisiert.[2407] In der Rechtssache *Intel* – dem soweit ersichtlich ersten Anwendungsfall der in den Ausführungen in N 579 dargestellten neuen Tests-Generation[2408] – ist die Kommission demgegenüber auf die **temporalen Aspekte** der von ihr durchgeführten Analysen eingegangen. Für die meisten Märkte gilt gemäss Auffassung der Kommission, dass Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens bei der Wahl einer neuen Bezugsquelle nur solche Akteure in Betracht ziehen würden, die in einem vernünftig vorhersehbaren Zeithorizont liefern können.[2409] Jegliches Risiko in dieser Hinsicht würde sofort deren Berücksichtigung ausschliessen. Gleichzeitig wäre aber eine übermässig kurzlebige Perspektive in Bezug auf das marktbeherrschende Unternehmen allzu streng, weil innert knapper Frist regelmässig nur dieses in der Lage ist, das relevante Gut zu liefern (so dass von einer Verdrängung der Konkurrenz auszugehen wäre). Aus diesen Zusammenhängen lässt sich generell folgern, dass sich der angemessene Zeitraum nur *einzelfallweise* sinnvoll bestimmen lässt.[2410] So war in der Rechtssache *Intel* [Seite 1441] etwa relevant, dass Rabatte in der Regel eine Geltungsdauer von einem Jahr hatten und länger dauernde Verbindlichkeiten aufgrund einer hohen Innovationsrate im Chip-Sektor nicht realistisch waren.[2411] Das marktbeherrschende Unternehmen wird demnach oft versuchen, Argumente zugunsten eines möglichst langen Zeitraums vorzubringen (weil so ernstzunehmende Konkurrenzangebote und damit fehlende Verdrängungswirkungen wahrscheinlicher sind), während die Wettbewerbsbehörden kürzere Zeiträume vorziehen werden.[2412] **585**

cc) Qualitative Indikatoren-Tests

586

Bevor industrieökonomische Erkenntnisse aus Kosten-Preis-Vergleichen, die auf den geschilderten quantitativen Tests basieren, erlaubten, die neuen Rabattkategorien aus der Prioritätenmitteilung zu untersuchen (s. N 578 f.), beruhten die Analysen von Rabattsystemen auf sog. **«qualitativen Kriterien»**. Im europäischen Wettbewerbsrecht wurde mit dem *Intel*-Entscheid des Gerichtshofs zwar die Tür für *quantitative* Kosten-Preis-Vergleiche aufgestossen. Trotzdem wurde dem traditionellen *qualitativen* Ansatz keineswegs eine Absage erteilt. So hielt der EuGH, wie in früheren Fällen, daran fest, dass es nach wie vor auch darum gehe, «[…] die Bedingungen und Modalitäten der in Rede stehenden Rabattgewährung, die Dauer und die Höhe dieser Rabatte zu prüfen».[2413] Während von quantitativen Kosten-Preis-Vergleichen mehr analytische Präzision erwartet wird, führt der qualitative Ansatz oftmals zu Resultaten, die eine Überprüfung der quantitativ gewonnenen Ergebnisse ermöglichen. Die nachstehend darzustellenden, aus Praxis und Doktrin stammenden qualitativen Kriterien werden mithin als *komplementäre Indikatoren* für die Prüfung der Sog- und Verdrängungswirkung von Rabatten beigezogen (s. N 580).[2414] Im Einzelnen lässt sich die gegenwärtige Praxis im *qualitativen Analysebereich* folgendermassen resümieren:

(1) **Rückwirkende Rabatte** (s. N 575) erzeugen eine besonders starke Sogwirkung, wobei diese umso stärker ausfällt, je höher der prozentuale Preisnachlass auf den Gesamtpreis ausfällt.[2415] Das in N 580 vorgetragene Beispiel veranschaulicht diese Zusammenhänge plastisch. **587**

[Seite 1442] (2) An sich können **individualisierte Rabatte** (s. N 572) ebenso wettbewerbsneutral sein wie standardisierte. Gemeinhin besteht die Motivation hinter individualisierten Rabatten jedoch darin, diese so zu strukturieren, dass sie wie Treuerabatte eine Sogwirkung generieren und der Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens mehr Güter bei diesem bezieht, als wäre kein Rabatt eingeräumt worden. Dadurch wird der Verdrängungseffekt, der sich gegen die Rivalen des Marktbeherrschers entfaltet, spürbar gesteigert.[2416] **588**

(3) Grund für die Berücksichtigung des **bestreitbaren Teils der Nachfrage eines Handelspartners des beherrschenden Unternehmens** bildet die Tatsache, dass dessen Konkurrenten oft nur um einige, nicht aber um alle Handelspartner werben können (s. N 578).[2417] Je geringer der bestreitbare Teil, desto stärker die Sogwirkung des Rabatts des Marktbeherrschers, und zwar namentlich dann, wenn diese *rückwirkend* angewandt werden.[2418] **589**

(4) Ist die **Schwelle für die Gewährung des Rabatts** des beherrschenden Unternehmens so angesetzt, dass dessen Handelspartner einen *Anreiz* haben, einen *grösseren Teil ihres Bedarfs* bei diesem zu decken, und zwar genauso als bestünde kein Rabatt, ist das Auslösen von Verdrängungseffekten viel wahrscheinlicher.[2419] **590**

(5) Ist die **Rabatthöhe der jeweils nächsten Rabattstufe wesentlich höher** («grosse Sprünge») oder nimmt die Rabatthöhe mit steigender Bezugsmenge *progressiv* zu, kann dies die Handelspartner des beherrschenden Unternehmens dazu veranlassen, grössere Mengen bei diesem zu beziehen (z.B. auf Vorrat), wodurch Wettbewerber wiederum fühlbar verdrängt werden.[2420] **591**

[Seite 1443] (6) Rabatte mit **langen Referenzperioden** tendieren dazu, Handelspartner des Marktbeherrschers langfristiger zu binden, weil diese durch einen Lieferantenwechsel ihren Rabatt nicht verlieren wollen. Aus diesem Grund wird die Wahrscheinlichkeit gesteigert, dass Rivalen des beherrschenden Unternehmens vom Markt verdrängt werden.[2421] **592**

(7) Ähnlich wie lange Referenzperioden halten auch **ungewisse oder intransparente Verhältnisse** Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens eher davon ab, benötigte Güter bei Konkurrenten zu beziehen, weil sie sich nicht sicher sein können, ob sie diesfalls des Rabatts verlustig gehen.[2422] Die Transparenz eines Rabattsystems vermag jedoch nicht im Umkehrschluss dessen Verdrängungswirkung abzumildern oder zu rechtfertigen.[2423] **593**

Als gemeinhin **unbedenklich** gelten aufgrund dieser Kriterien reine **Mengenrabatte**, die einer tatsächlichen Kostenersparnis entsprechen (s. N 567). Gleiches gilt für sog. **Funktionsrabatte**, die das marktbeherrschende Unternehmen einem Handelspartner als Entgelt für die Übernahme gewisser Aufgaben oder Leistungen (z. B. im Vertrieb) gewährt.[2424] **594**

d) Missbrauchsmerkmale

aa) Allgemeines

Die **Einführung neuer Rabattkategorien** – zumal durch die Prioritätenmitteilung (s. N 566) und die *Intel*-Entscheide[2425] – hat zu einer hohen Komplexität der kartellrechtlichen Analyse von Rabattsystemen geführt. Es darf ohne Übersteigerung gesagt werden, dass in diesem Rechtsbereich zur Zeit noch beträchtliche Konsistenzdefizite zu verzeichnen sind, die voraussichtlich noch einiges an juristischer Arbeit fordern werden. Um eine (einigermassen nachvollziehbare) Übersicht über die vertrackte Lage zu geben, die von den gegenwärtigen Problemen des Rabattkartellrechts geprägt wird, wird mittels dreier kurzer Leitsätze versucht, die bestehenden Unstimmigkeiten in der gegenwärtigen Dogmatik dieses juristischen Bereichs zu skizzieren: **595**

[Seite 1444] (1) Die **Modalitäten der Missbrauchsanalyse** – und damit auch die Missbrauchsmerkmale – fallen *verschiedenartig* aus, je nachdem, ob Rabattsysteme unter dem Gesichtswinkel der Diskriminierung (lit. b; s. N 339 ff.), der preisbezogenen Missbrauchsvarianten (lit. d; s. N 560 ff., 595 ff.), der Produktionseinschränkung (lit. e; s. N 624 ff., 652 ff.) oder der Koppelungsgeschäfte (lit. f; s. N 675 ff., 718 ff.) geprüft werden. **596**

(2) Während vorliegend weiterhin zwischen den **drei traditionellen Kategorien von Rabatten** – Mengenrabatten, Treuerabatten und Zielrabatten (s. N 567 ff.) – differenziert wird, gehen wir ebenfalls davon aus, dass diese nach Massgabe der langjährigen Praxis je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles unter lit. b, lit. e und (allenfalls) lit. f subsumiert werden, die in N 339 ff., 624 ff., 652 ff., 675 ff. und 718 ff. dargestellt worden ist.[2426] Die Nuancen, die sie voneinander unterscheiden, bestimmen den Wahrscheinlichkeitsgrad, dass sie als missbräuchlich qualifiziert werden (tiefe Wahrscheinlichkeit bei reinen Mengenrabatten, hohe Wahrscheinlichkeit bei Treuerabatten). **597**

(3) In der Europäischen Union ist momentan, wie schon mehrfach betont (s. N 564, 566, 579 f., 586 ff., 595), noch unklar, wie sich die *Intel*-Rechtsprechung auf die **Missbrauchsanalyse von bedingten/unbedingten** (s. N 570 f.) und **rückwirkenden /stufenweisen** (s. N 574 f.) **Rabatten** auswirken wird. Weil die Schweizer Spruchpraxis auch im Rabattrecht – wie sonstwo in der Missbrauchskontrolle – nach dem Eurokompatibilitätsgebot (s. N 40 ff.) gehalten ist, sich an den unionsrechtlichen Entwicklungen auszurichten,[2427] darf nicht übersehen werden, dass die Implikate der *Intel*-Entscheidreihe (Kommissionsentscheid, EuG- und EuGH-Urteile) von aussergewöhnlicher Bedeutung sind. Höchstvermutlich sind wir zur Zeit im Bereich des Rabattkartellrechts Zeugen eines elementaren juristischen Umbruchs.[2428] Dieser Umbruch wird noch viel Zeit benötigen, bis die Problemkomplexe, die mit ihm einhergehen, passenden Lösungen zugeführt worden sind, so dass wir uns wohl darauf einstellen müssen, erst am Anfang eines langen Rechtsdiskurses zu sein. **598**

Auf dem soeben beschriebenen dogmatisch weitgehend undefinierten, begrifflich konfusen und aus althergebrachtem *case law* noch teilweise mit *«form-based»-approach*-Elementen durchsetzten Boden ist es eine äusserst anspruchsvolle Aufgabe, den **Tatbestand** von bedingten/unbedingten sowie rückwirkenden/stufenweisen Rabatten in **Merkmale** aufzugliedern, die eine kartellrechtlich adäquate Sachverhaltsanalyse zu gewährleisten vermag.[2429] Aufgrund eines Studiums der Schweizer und europäischen Judikatur gehen wird davon aus, das sich der **599**

Tatbestand der jüngeren Rabatttypen (s. N 570 ff.) aus sieben Merkmalen zusammensetzt: (1) Erforderlich ist vorab dass man es mit einem *Preisnachlass* zu tun hat (Merkmal I; s. N 600). (2) Daraufhin folgen im Prüfungsschema die Merkmale der *Opfererbringung* (Merkmal II; s. N 601 f.) sowie (3) der *Kompensation* (Merkmal III; s. N 603), welche aus noch darzulegenden Gründen *konstitutiv* für den Tatbestand der missbräuchlichen Rabatte sind. (4) Ein Sondermerkmal des hier fraglichen Tatbestandes bildet ein besonderes *Marktbeherrschungsausmass* (Merkmal IV; s. N 604). (5) Wie bei jeder Missbrauchsvariante setzt die Missbräuchlichkeit der Rabatte [Seite 1445] eine *Wettbewerbsbeeinträchtigung* voraus (Merkmal V; s. N 605 ff.). Prüfungsgegenstand stellen schliesslich (6) die *Kausalitätsfrage* (Merkmal VI; s. N 619 ff.) und (7) die Möglichkeit der *Rechtfertigung* eines Verstosses gegen Art. 7 (Merkmal VII; s. N 620 ff.) dar.

bb) Merkmal I: Preisnachlass

600 Das missbräuchliche Verhalten, worauf Rabatte abzielen, muss einen Preisnachlass betreffen. Rabatte als Teil der **Preispolitik von Unternehmen** erfüllen diese Bedingung. Sie sind direkt auf den Marketingmix bezogen, die die Vermarktung der hergestellten Erzeugnisse organisiert und bilden Komponenten der von Unternehmen befolgten Handelsstrategien. Sachlich stellen sie auf die Wechselwirkungen ab, die zwischen Handel und Abnehmern spielen. Von Rabatten abzugrenzen sind in erster Linie Skonti, die eine andere preispolitische Funktion haben; im Unterschied zu Rabatten, die bereits im Vorfeld des Geschäftsabschlusses in Aussicht gestellt werden, dienen Skonti als *incentives* dafür, dass Zahlungsfristen eingehalten werden. Auch sog. Zugaben sind streng genommen keine Rabatte, da sie in Güterform entrichtet werden. Die von Rabatten bewirkte Preissenkung kann sich zwar positiv auf den Absatz auswirken,[2430] darf aber in seiner finanztheoretischen Dimension als Risikofaktor für das betriebswirtschaftliche Handeln eines Unternehmens nicht in Vergessenheit geraten. Darin liegt der gute Grund dafür, dass der Preisnachlasscharakter eines Rabattes ein konstitutives Merkmal des Rabatttatbestandes bildet.

cc) Merkmal II: Opfererbringung *(sacrifice)*

601 Gegenstand des dritten Rechtsmittelgrunds im Urteil *Tomra* des Gerichtshofes, der *rückwirkende Rabatte* (s. N 575) betraf, war die Rüge, dass die Vorinstanzen nicht geprüft hätten, «[…] ob die Preise der Rechtsmittelführerinnen [sc. des beherrschenden Unternehmens] *niedriger als die Gestehungskosten* gewesen seien oder nicht. Insbesondere [… hätten sie] das Vorbringen übergangen, dass die Kommission für den Nachweis der Eignung der Rabatte zur *Bewirkung eines Ausschlusseffekts* hätte dartun müssen, dass die Preise so niedrig gewesen seien, dass sie *unter den Gestehungskosten gelegen* hätten».[2431] Damit machte das beherrschende Unternehmen geltend, dass seine Kosten nicht untersucht wurden, «[…] um festzustellen, unterhalb welchen Niveaus die Preise *Verdrängungswirkung* hätten […]».[2432] Der EuGH wies diese Rüge ab. Er argumentierte in der Hauptsache, dass der **Verdrängungsmechanismus**, auf welchem die **rückwirkenden Rabatte** fussten, keineswegs einen **Verzicht des Marktbeherrschers auf Gewinn voraussetzt**. Denn die Kosten, die mit den Rabatten einhergingen, würden sich auf «[…] eine große Zahl von Einheiten [verteilen, so daß …] der Durchschnittspreise, den das marktbeherrschende Unternehmen erziele, sehr wohl deutlich über den Kosten liegen und eine im Durchschnitt hohe Gewinnspanne bieten».[2433]

602 Diese Begründung des EuGH beruht – soweit man die Tatsache berücksichtigt, dass die *empirischen Annahmen* in den Urteilserwägungen des Falles *Tomra* durch keine Studien oder sonstigen wissenschaftlichen Erkenntnisse belegt sind – einzig und allein auf *blossen Behauptungen*. In der Tat lassen sich die Folgen von Rabatteinräumungen betriebs [Seite 1446] wirtschaftlich sehr wohl zuverlässig mittels sog. *Angebotskalkulationen*, die auf der Kennzahl des *«return on investment»* (ROI) abgestützt sind, bestimmen.[2434] Dies ist indes nicht das Problem, das die erwähnte

Rüge im *Tomra*-Urteil aufwarf (s. N 601). Was auf den ersten Blick kontraintuitiv zu scheinen wirkt, in Tat und Wahrheit aber zutrifft, ist die Tatsache, dass in einer Wirtschaft, die sich so fortgeschrittener buchhalterischer Analysemethoden bedient wie die unsrige, das Schadenspotenzial von Rabatten dermassen oft unterschätzt bzw. (vor allem) vernachlässigt wird. Empirische Untersuchungen belegen, dass in weiten Teilen unserer Volkswirtschaften die verfügbaren Kalkulationstechniken von Rabattrisiken ganz einfach nicht eingesetzt werden, sodass das Rabattwesen in Wahrheit Verluste verursacht, die sich als von sozialwohlfahrtstheoretischer Dimension entpuppen.[2435] Aus diesen Gründen kann dem EuGH nicht gefolgt werden, wenn er ausführt, dass der Verdrängungsmechanismus, auf welchem rückwirkende Preisnachlässe basieren, keineswegs mit Opfererbringungen verquickt sind (s. N 601). Genau besehen handelt es sich bei Rabatten – in erster Linie wegen ihrer empirischen Motivationsbezüge – um ***sacrifice*-Faktoren**, die mit denjenigen der Preisunterbietung (s. N 419 ff.) und der Kosten-Preis-Schere (s. N 517 ff.) vergleichbar sind: Sie stellen aus kartellrechtlicher Sicht Motivationen dafür dar, zu einem gegebenen Zeitpunkt antikompetitives Preisverhalten anzunehmen, um das erbrachte Opfer wettzumachen. In dieser seiner Anlage unterscheidet sich das mit Rabatten verbundene *sacrifice* nicht von demjenigem, welches mit einem *predatory pricing* (s. N 481 ff.) oder einem *margin squeeze* (s. N 542) eingegangen wird.

dd) Merkmal III: Kompensation

Das Merkmal III setzt dieselben **Mechanismen der Kompensation** in Gang, wie die Preisunterbietung (s. N 492 ff.). Es kann hier deshalb auf die Ausführungen an der angegebenen Stelle verwiesen werden. **603**

ee) Merkmal IV: Marktbeherrschungsausmass

Eine Wettbewerbsbeeinträchtigung durch ein Rabattsystem ist nur dann wahrscheinlich, wenn die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem relevanten Markt dergestalt ist, dass die Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem relevanten Markt einen bestimmten *Kernbedarf* bei diesem befriedigen müssen, so dass es insofern einen **unerlässlichen Handelspartner** darstellt (s. N 578).[2436] Gründe für eine solche Stellung des beherrschenden Unternehmens sind etwa Kapazitätsgrenzen der Wettbewerber, hohe Wechselkosten, langfristige Verträge, Endkundenpräferenzen oder auch ein (Teil-)Monopol des marktbeherrschenden Unternehmens (s. N 578).[2437] *Ohne einen solchen Kernbedarf* könnte ein Rivale des Marktbeherrschers jederzeit ein Konkurrenzangebot für den Gesamtbedarf von dessen Handelspartnern machen, wobei diese Handelspartner zudem keiner Kernbedarf-bedingten Abhängigkeit unterlägen.[2438] Im Leitentscheid *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* begann die WEKO ihre Untersuchung der Missbräuchlichkeit mit Erörterungen zur «historisch bedingten starken Stellung» der Post und den sich daraus ergebenden «weitreichende[n] [Seite 1447] Möglichkeiten, [die Konkurrentin] im Wettbewerb zu behindern».[2439] Ähnlich gilt im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union seit dem Leitentscheid *Intel* des Gerichtshofes, dass die Kommission, sobald das marktbeherrschende Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung substantiiert bestreitet, «[…] das Ausmass der beherrschenden Stellung des Unternehmens auf dem massgeblichen Markt und den Umfang der Markterfassung durch die beanstandete Praxis» zu prüfen hat (s. N 139).[2440] **604**

ff) Merkmal V: Wettbewerbsbeeinträchtigung

aaa) Mengenrabatte

Mengenrabatte (s. N 567) gelten als **grundsätzlich nicht missbräuchlich**, soweit sie auf Effizienzgewinnen oder Kosteneinsparungen (z.B. Skalenerträgen, tieferen Lieferkosten) des marktbeherrschenden Unternehmens beruhen.[2441] Es liegt dabei in der Natur der Sache, dass die bedeutenderen Abnehmer eines Produktes von tieferen **605**

durchschnittlichen Einheitspreisen bzw. von höheren Rabatten profitieren als weniger wichtige Abnehmer.[2442]

606 Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Handelspartnern Mengenrabatte gewährt, **ohne dass solche Effizienzgewinne oder Kosteneinsparungen vorliegen**, können solche Rabatte missbräuchlich sein, wobei nach der Praxis der WEKO die Missbräuchlichkeit nach Art. 7 Abs. 2 lit. b (*Diskriminierung von Handelspartnern*; dazu N 340) im Vordergrund steht.[2443] Weil solche Mengenrabatte aber auch eine *Verdrängung von Rivalen* des marktbeherrschenden Unternehmens nach sich ziehen können, ist bei entsprechenden Anzeichen zusätzlich eine Prüfung gemäss dem hier kommentierten Art. 7 Abs. 2 lit. d (s. N 577 ff.) durchzuführen. Die WEKO hat in diesem Sinne bereits auf die Möglichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung hingewiesen, «[…] wenn die Rabattgestaltung erkennen lässt, dass das Rabattsystem nicht auf einer wirtschaftlich gerechtfertigten Gegenleistung beruht, sondern wie ein Treuerabatt die Kunden vom Bezug bei Konkurrenten abhalten soll».[2444] Gemäss ROTH sollten Mengenrabatte deshalb nicht rückwirkend (s. N 575) ausgestaltet sein.[2445]

607 [Seite 1448] Soweit eine eingehende Missbrauchsprüfung des Mengenrabatts nötig ist, gilt es, entsprechend der einführenden Bemerkung (N 606) entweder (1) einen **Kosten-Preis-Vergleich** im Sinne der *Intel*-Rechtsprechung (N 575 ff.) oder (2) eine Prüfung nach **qualitativen Kriterien** (N 586 ff.) durchzuführen.

Auch im Wettbewerbsrecht der **Europäischen Union** gelten Mengenrabatte als grundsätzlich zulässig, soweit sie «ausschliesslich an den Umfang der bei dem betreffenden Hersteller getätigten Käufe anknüpf[en]» und für «jede einzelne Bestellung und somit entsprechend den vom Verkäufer erzielten Kosteneinsparungen gewährt werden».[2446] Als möglicherweise missbräuchlich gelten solche Rabatte hingegen dann, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände wie Treuerabatte (s. N 568) wirken oder wenn sie so tief sind, dass sie Kampfpreise (*predatory pricing*, s. N 419 ff.) darstellen.[2447]

bbb) Treuerabatte

608 Treuerabatte (s. N 568) eines marktbeherrschenden Unternehmens gelten als **grundsätzlich missbräuchlich**, weil sie dazu führen, dass Handelspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen erschwert oder verunmöglicht wird und so der Bezug von Gütern bei **Konkurrenzunternehmen** behindert bzw. verhindert wird und diese letztlich **vom Markt verdrängt** werden.[2448] Nicht weniger sind stets die gesamten Umstände zu prüfen.[2449] In der Praxis werden Treuerabatte unter Art. 7 Abs. 2 lit. b behandelt, soweit diskriminierende Wirkungen zwischen Handelspartnern oder Konkurrenten entstehen (s. N 339 ff.).[2450] Was die Behinderung von Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens angeht, bedient sich die Praxis des Tatbestands der Einschränkung der Erzeugung (Art. 7 Abs. 2 lit. e). Vorliegend wird – wie oben ausgeführt (s. N 563 f.) – Art. 7 Abs. 2 lit. d als Gesetzesgrundlage vorgezogen, weil nicht ohne Not auf den subsidiären Tatbestand gemäss lit. e zurückgegriffen werden soll.[2451]

609 [Seite 1449] Für die Missbrauchsprüfung der Treuerabatte ist entsprechend der einführenden Bemerkung (s. N 597) entweder (1) ein **Kosten-Preis-Vergleich** im Sinne der *Intel*-Rechtsprechung (s. N 579) oder (2) eine Prüfung nach **qualitativen Kriterien** (s. N 586 ff.) durchzuführen.

610 Im Wettbewerbsrecht der **Europäischen Union** galten Treuerabatte nach dem Leitentscheid *Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* (1979) während langer Zeit als *per se* missbräuchlich.[2452] In der Rechtssache *Intel Corp. gegen Europäische Kommission* (2017) präzisierte der EuGH diese jahrzehntealte Rechtsprechung jedoch dahingehend, dass es dem marktbeherrschenden Unternehmen offen steht, «gestützt auf Beweise, geltend [zu machen], dass sein Verhalten nicht geeignet gewesen sei, den Wettbewerb zu beschränken und insbesondere die beanstandeten Verdrängungswirkungen zu

erzeugen», woraufhin die Kommission «nicht nur verpflichtet [ist], das Ausmass der beherrschenden Stellung des Unternehmens auf dem massgeblichen Markt und den Umfang der Markterfassung durch die beanstandete Praxis sowie die Bedingungen und Modalitäten der in Rede stehenden Rabattgewährung, die Dauer und die Höhe dieser Rabatte zu prüfen, sondern sie ist ausserdem verpflichtet, das Vorliegen einer eventuellen Strategie zur Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber zu prüfen».[2453] Doch nicht nur die Kommission, auch die Gerichte sind diesfalls verpflichtet, «das gesamte Vorbringen», mithin auch die Ausführungen zum Kosten-Preis-Vergleich, zu «prüfen».[2454] Die genaue Tragweite dieser Stelle ist noch unklar, doch wird sie in der Lehre tendenziell als Absage an den formalistischen *per se*-Ansatz zugunsten eines ökonomisch informierten *effects-based approach* gewertet.[2455] Der Entscheid des EuGH stellt immerhin dahingehend eine unmissverständliche [Seite 1450] Stellungnahme dar, dass von den Parteien rechtsgültig vorgebrachte Tatsachen und Argumente, auch solche ökonomischer Art, nicht leichtfertig ignoriert werden dürfen.[2456] Klar ist jedoch auch, dass der EuGH die Kommission nicht verpflichtet hat, in jedem Fall (d.h. auch dann, wenn keine Partei entsprechende Argumente vorbringt) eine eingehende Prüfung oder gar einen Kosten-Preis-Vergleich durchzuführen.[2457] Wie EILMANSBERGER/BIEN jedoch zu recht feststellen, ist es «kaum vorstellbar, dass es sich ein marktbeherrschendes Unternehmen nehmen lässt, geltend zu machen, seine Verhaltensweisen hätte keine Verdrängungswirkung zu[r] Folge».[2458]

ccc) Zielrabatte

611 Die Missbräuchlichkeit von Zielrabatten (s. N 569), die zwar keine ausdrücklichen Ausschliesslichkeitsziele vorsehen, jedoch ebenfalls eine Sogwirkung erzeugen, ist gemäss Schweizer Praxis anhand gleicher Grundsätze zu untersuchen **wie die Missbräuchlichkeit von Treuerabatten**.[2459] Soweit Zielrabatte also keine vergleichbaren Wirkungen wie unzulässige Treuerabatte zeitigen, sind sie auch dann erlaubt, wenn die Rabatte individuell ausgehandelt wurden.[2460]

612 Soweit eine Missbrauchsprüfung von Zielrabatten notwendig ist, gilt es, entsprechend der einführenden Bemerkung (s. N 597) entweder (1) einen **Kosten-Preis-Vergleich** im Sinne der *Intel*-Rechtsprechung (s. N 579) oder (2) eine Prüfung nach **qualitativen Kriterien** (s. N 586 ff.) durchzuführen. Der nachstehend besprochene Fall zeigt dabei exemplarisch, dass bei der Behandlung von Zielrabatten die gleichen Kriterien zur Anwendung kommen wie bei Treuerabatten (s. N 568).

613 Im WEKO-Verfahren *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* ging es u.a. um individuelle Zielrabatte («Zusatzrabatte»), welche die Post mit jedem Kunden auf der Grundlage einer Jahresprognose vereinbart hatte.[2461] Speziell daran war, dass der Zielrabatt zwar auf einer Jahresprognose beruhte, als Referenzperiode für die Zielerreichung jedoch auf den umgerechneten Umsatz pro Monat abgestellt wurde.[2462] Bei der Durchführung der Missbrauchsanalyse war für die WEKO zunächst relevant, dass der Zielrabatt (von 0–3%) als **rückwirkender Rabatt** (Gesamtumsatzrabatt, s. N 575) ausgestaltet war, was dazu geführt hatte, dass die einzige Konkurrentin der Post einen Rabatt von rund 10% hätte anbieten müssen, um ein konkurrenzfähiges Angebot zu machen, das auch den entgangenen Zusatzrabatt entschädigt hätte.[2463] Sodann berück [Seite 1451] sichtigte die WEKO, dass ein Teil der Nachfrage wegen des Postmonopols überhaupt nicht bestreitbar war (doch mittels des Gesamtumsatzrabatts gleichwohl als Hebel benutzt wurde) und die Post ihr Rabattsystem sodann so **intransparent** ausgestaltet hatte, dass die Kunden tendenziell unsicher waren, unter welchen Umständen sie einen Rabattverlust zu erleiden drohten.[2464] Weiter wurde berücksichtigt, dass ein derartiges Preissystem vor allem in der **Aufbauphase** der Konkurrentin eine starke Wirkung entfaltet hatte, weil die nicht bestreitbare Menge (s. N 578) in dieser Periode besonders gross war (z. B. weil die Konkurrentin kapazitätsmässig ausserstande war, ein ähnlich grosses Gebiet abzudecken).[2465]

Im Wettbewerbsrecht der **Europäischen Union** werden Zielrabatte ebenfalls grundsätzlich *wie Treuerabatte analysiert*, sobald sie ähnliche Anreize setzen.[2466] Dass die Übergänge zwischen Zielrabatten und Treuerabatten fliessend sein können, geht etwa aus dem Entscheid *Prokent-Tomra* hervor, in dem die Kommission feststellte, dass die individualisierten Zielrabatte des marktbeherrschenden Unternehmens regelmässig Quantitäten vorsahen, die den ganzen Bedarf des Handelspartners deckten oder gar übertrafen.[2467] Auf die unionsrechtliche Praxis zu Zielrabatten ist nachstehend weiter einzugehen: **614**

Bei der Prüfung der Verdrängungswirkung von **individualisierten Zielrabatten** (s. N 569, 572) ist gemäss EuGH eine Einzelfallprüfung durchzuführen, es sind mithin «sämtliche Umstände, insbesondere die Kriterien und Modalitäten der Rabattgewährung, zu berücksichtigen».[2468] Folgende drei Faktoren kommen dabei regelmässig zum Tragen: (1) das Vorliegen individueller Umsatzziele, (2) die Ausgestaltung als rückwirkende Rabatte und (3) der wesentlich höhere Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens.[2469] Zu individuellen Umsatzzielen führte der EuGH etwa im Verfahren *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* aus, dass diese grossen Druck auf die Handelspartner ausüben können, die Vorjahresumsätze zu übertreffen und den Anteil der Bezüge beim marktbeherrschenden Unternehmen zu steigern.[2470] Was die rückwirkende Anwendung der Rabatte anbelangt, hiess der EuGH im Verfahren *Tomra Systems ASA u.a. gegen Europäische Kommission* die Ausführungen der Vorinstanz gut, wonach «der Anreiz zur ausschliesslichen oder [Seite 1452] fast ausschließlichen Abnahme […] besonders stark sei, wenn Abnahmeziele […] mit einem System kombiniert würden, in dem der Bonus bzw. ein günstigerer Bonus für alle Einkäufe eines Kunden im Bezugszeitraum und nicht nur für das Umsatzvolumen gewährt werde, mit dem das vorgegebene Abnahmeziel überschritten werde».[2471] Hinsichtlich der grossen Diskrepanz der Marktanteile führte der EuGH schliesslich im Fall *British Airways plc gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften* aus, dass es «besonders schwierig für die [sc. wesentlich kleineren] Wettbewerber […] [sei], die am gesamten Umsatzvolumen orientierten Rabatte oder Prämien zu überbieten».[2472] **Spitzenrabatte** *(top-slice rebates)* hat die Kommission aufgrund von deren treufördernden Wirkung etwa im Verfahren *Soda – ICI* für missbräuchlich befunden.[2473] **615**

Auch bei **standardisierten Zielrabatten** (s. N 569, 573) ist gemäss EuGH in der Rechtssache *Post Danmark A/S gegen Konkurrencerådet* eine Einzelfallprüfung angezeigt und es ist «im Rahmen der Prüfung sämtlicher relevanter Umstände zudem der Umfang der beherrschenden Stellung [des marktbeherrschenden Unternehmens] und den besonderen Wettbewerbsbedingungen auf dem fraglichen Markt Rechnung zu tragen».[2474] Wie im Zusammenhang mit individualisierten Rabatten gelten auch bei standardisierten Zielrabatten die *rückwirkende Ausgestaltung der Rabatte* sowie *besonders hohe Marktanteile* als wesentliche Prüfungsfaktoren (s. N 615).[2475] **616**

ddd) Wettbewerbsschädigung

Die WEKO hat im Verfahren *Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen* aufgezeigt, dass sie bei der Prüfung eines Rabattsystems nicht nur dessen Funktionsweise, sondern auch die **tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb untersucht**.[2476] So stellte sie fest, dass der fragliche Rabatt «für alle Vertragskunden zu einem starken negativen finanziellen Anreiz, mit [der Konkurrentin der Post] zusammenzuarbeiten», geführt habe.[2477] Ein ganzes Unterkapitel ist sodann der «Behinderungswirkung trotz kurzer Bemessungsperiode und Kündigungsmöglichkeit», ein weiteres «mögliche[n] Auswirkungen auf die Entwicklung [der Konkurrentin]» gewidmet.[2478] **617**

Im Wettbewerbsrecht der **Europäischen Union** gilt gemäss der Rechtsprechung des EuGH in *Post Danmark A/S gegen Konkurrencerådet*, dass nur Verhalten relevant ist, das «zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung von Wettbewerbern **618**

zum [Seite 1453] Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt».[2479] Im Entscheid *Intel Corp. gegen Europäische Kommission* ist von einer **«Analyse der Eignung zur Verdrängung»** die Rede, wobei es spezifischer um die «Verdrängung der mindestens ebenso leistungsfähigen Wettbewerber» geht.[2480] Trotz des zurückhaltenden Ansatzes der Gerichte hinsichtlich (konkreter) Auswirkungen hat die Kommission im Entscheid *Intel* einen aufwändigen Kosten-Preis-Vergleich durchgeführt und damit spezifische Auswirkungen auf der Grundlage von Marktdaten nachvollziehbar dargestellt.[2481] Das hielt sie jedoch nicht davon ab, zu ergänzen, dass eine solche Analyse nicht in jedem Fall notwendig sei.[2482] Während also nach der Rechtsprechung der Nachweis einer *Eignung zur Verdrängung* reicht, ist die Kommission gewillt, in konkreten Fällen auch *tatsächliche Auswirkungen* aufzuzeigen.

gg) Merkmal VI: Kausalität

Vgl. N 152 ff. **619**

hh) Merkmal VII: *Legitimate business reasons*

Wie die übrigen Tatbestände unter Art. 7 (s. N 170 ff.) können auch Rabattsysteme durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Die WEKO unterscheidet unter Bezugnahme auf die unionsrechtliche Praxis zwischen **objektiven Rechtfertigungsgründen** und **Effizienzgründen**, wobei hinsichtlich Effizienzgründen die Kriterien von Art. 5 Abs. 2 analog herangezogen werden können.[2483] Stets zu beachten ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, weshalb keine alternative Verhaltensweise zur Verfügung stehen darf, die weniger wettbewerbsbeeinträchtigend wirkt.[2484] **620**

Als zulässige Rechtfertigungs- und Effizienzgründe gelten zunächst **kaufmännische bzw. betriebswirtschaftliche Grundsätze**, mithin objektiv notwendige Verhaltensweisen.[2485] Einen Rechtfertigungs- und Effizienzgrund stellt insbesondere eine **kostenbasierte Preissetzung** dar, die jedoch dann nicht rechtfertigend berücksichtigt wird, wenn die konkrete Ausgestaltung des Rabattsystems in der Praxis zu Intransparenz und nicht nachvollziehbaren Rabattunterschieden führt.[2486] Auch als Rechtfertigungsgründe gelten gemäss Praxis (die letztlich in die Kategorie der kostenbasierten Preissetzung fallenden Argumente) Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, tiefere Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe.[2487] **621**

[Seite 1454] Auch im Recht der **Europäischen Union** können grundsätzlich unter das Verbot von Art. 102 AEUV fallende Rabattsysteme **objektiv gerechtfertigt** oder durch **Effizienzvorteile** ausgeglichen werden, wobei im Fall von Effizienzvorteilen das marktbeherrschende Unternehmen nachzuweisen hat, dass die zu erwartenden Effizienzvorteile wahrscheinliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Verbraucherinteressen ausgleichen, dass diese Effizienzvorteile durch das genannte Verhalten erzielt werden können und dass dieses Verhalten für das Erreichen der Effizienzvorteile notwendig ist, sowie keinesfalls den wirksamen Wettbewerb ausschaltet.[2488] Will ein Unternehmen geltend machen, ein bedingtes Rabattsystem habe zu tieferen Preisen geführt, muss es gemäss Kommission aufzeigen, inwiefern die Preise tiefer waren als sie es bei Rabatten ohne Ausschliesslichkeits- oder Quasi-Ausschliesslichkeitskriterium gewesen wären.[2489] Sodann sind gemäss Kommission Effizienzen eher bei *standardisierten* als bei individualisierten sowie eher bei *stufenweisen* als bei rückwirkenden Rabatten zu erwarten.[2490] **622**

5. Rechtsfolgen

Zur generellen Problematik von *behavioural remedies* sei auf das in N 263 Gesagte verwiesen. Das Dispositiv eines Entscheides, der eine Unterbietung untersagt, sollte – neben der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung und des missbräuchlichen **623**

Charakters des fraglichen Verhaltens – eine **Verpflichtung zur Beendigung** der Unterbietung und zur **künftigen Unterlassung** jeglichen identischen oder ähnlichen Verhaltens verordnen. Insbesondere sollte der Entscheid die *remedies* im Hinblick auf die Faktoren, die für eine Unterbietung tatbestandskonstitutiv sind, wie namentlich die Kosten (s. N 450 ff.), die zukünftig nicht unterschritten werden dürfen, spezifizieren. Im Rahmen der Implementation eines Entscheides kann es sinnvoll sein, vom marktbeherrschenden Unternehmen zu verlangen, alljährlich einen Betriebskontenauszug beizubringen, der die verschiedenen Kostenposten darlegt, damit dem Entscheid möglichst lang Nachdruck verliehen werden kann.

Für die Fälle der **Kosten-Preis-Schere** (s. N 517 ff.) und der **Rabatte** (s. N 560 ff.) gilt Analoges.

VI. Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)

1. Allgemeines

624 Art. 7 Abs. 2 lit. e stellt – vielleicht entgegen dem ersten Eindruck – eine **komplexe Norm** dar, die zugleich im System der Missbrauchskontrolle von kaum zu unterschätzender Bedeutung ist. Dieser Umstand hat *zwei Gründe* (s. N 625 ff. und 630 ff.):

625 (1) Bedeutsam ist die hier fragliche Missbrauchsvariante einmal deshalb, weil, wie die WEKO im Entscheid *Online-Buchungsplattformen für Hotels* festgestellt hat, der «[…] Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG […] grundsätzlich **alle möglichen Formen von** […] **Verdrängungspraktiken** eines marktbeherrschenden Unternehmens […] er [Seite 1455] fasst …]».[2491] Diese Aussage ist hochbedeutsam, da sie, wie in N 627 ff. näher erörtert, die *ganze Dogmatik* von lit. e prägt. Bedenkt man, dass der Missbrauchstypus der Verdrängung (s. N 79 ff.) den auf Märkten verbreitetsten und praktisch wichtigsten Anwendungsfall von Art. 7 darstellt, wird der Stellenwert dieser Bestimmung sofort erkennbar.[2492] Der tiefere Grund für den ausgesprochen breiten Anwendungsbereich der lit. e liegt darin, dass es aus industrieökonomischer Sicht keinen Verdrängungsmissbrauch gibt, sei es in der Form der Behinderung von Rivalen (s. N 80), sei es in derjenigen der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung (s. N 81), der nicht eine «Einschränkung der Erzeugung» bewirkte.[2493] Die mit Blick auf den Verdrängungsmissbrauch als *allgemeine* Verhaltensregel fungierende lit. e unterscheidet sich von den anderen Fallgruppen des Art. 7 Abs. 2, die, sofern sie sich auf Verdrängungsstrategien beziehen, jeweils Missbrauchsausprägungen von sehr *spezifischer* Gestalt anvisieren. In skizzenhafter Übersicht:[2494] Lit. a (Geschäftsverweigerung) wendet sich gegen die unbegründete Sperrung des Zugangs eines Wettbewerbers zu einem für ihn unerlässlichen Gut (s. N 181 ff.);[2495] lit. b (Diskriminierung) betrifft die Störung des Wettbewerbs zwischen Handelspartnern oder Rivalen auf einem dem beherrschten vor- oder nachgelagerten Markt (sog. *secondary-line discrimination*; s. N 268 ff.);[2496] lit. d (wettbewerbswidrige Unterbietung von Preisen/Geschäftsbedingungen) untersagt wettbewerbsverfälschende Preisstrategien (s. N 417 ff.);[2497] lit. f (Koppelungsgeschäfte) verbietet die Veräusserung zweier getrennter Güter gemeinsam als nicht verhandelbares «Package» *(«pure bundling»)* oder in der Weise, dass Gut *x* nur zusammen mit Gut *y* erworben werden kann, während Gut *y* als selbständige(s) Produkt/Dienstleistung angeboten wird (*«tying»*; s. N 675 ff.).[2498] Be [Seite 1456] trachtet man die *hochgradige Konkretisierung* der soeben stichwortartig charakterisierten Ausformungen des Verdrängungsmissbrauchs und vergleicht man diese mit der «archetypischen» Verdrängungsmissbrauchsnorm von lit. e,[2499] stellt sich die Frage: Warum erfasst diese Fallgruppe sämtliche *«exclusionary conducts»*, obwohl diese doch mindestens zu einem erheblichen Teil von den anderen Beispielfällen der Liste dieses Absatzes bereits geregelt werden?[2500] Die Schwierigkeit dieser Fragestellung wird noch von der Ansicht des Bundesgerichts verschärft, welche Art. 7 Abs. 1 das Potential zuspricht, in Abs. 2 nicht benannte oder in der Wirtschaft neu auftretende Missbrauchsvarianten

vermittels «richterlicher Eigenwertung»[2501] und darauf gestützter neuer Tatbestandsschöpfungen einzufangen (s. N 69 ff.).[2502] Formallogisch braucht es dann nämlich im Katalog von Abs. 2 keine Fallgruppe, die das Spektrum bekannter sowie (noch) unbekannter Verdrängungsmissbräuche abdeckt, also Auffangfunktion besitzt.

626 Bisher ist es nicht gelungen, die umfassende Reichweite von Art. 7 Abs. 2 lit. e – und namentlich dessen **Funktion im System der Missbrauchskontrolle** – in dogmatisch befriedigender Weise zu erklären. Aus den Materialien geht in dieser Hinsicht nichts Weiterführendes hervor.[2503] In der Doktrin wurde die Meinung geäussert, dass es lit. e «[…] nicht darum gehen [kann], eine umfassende Preis-, Mengen- und Technologiekontrolle bei Unternehmen in marktbeherrschender Stellung einzuführen».[2504] Die in der Bestimmung erwähnten Beispiele seien «[…] in ihrer praktischen Anwendung strikte auf gezielte Behinderungen zu beschränken».[2505] Hinzugefügt wird dem, auf lit. e werde «[…] häufig nur deshalb Bezug genommen, um die wettbewerbsbeschränkende Wirkung zusätzlich zu begründen».[2506] Diese Ansicht lässt schwerlich einen kohärenten Sinn erkennen. So bleibt z.B. rätselhaft – um nur eines der vielen Enigmata dieser Auffassung anzuführen –, was eine «gezielte» von einer «ungezielten Behinderung» abhebt. Weshalb sodann eine restriktive Auslegung der Norm angebracht sein soll, bleibt mangels nachvollziehbarer Erläuterung unschlüssig.[2507] Und was mit der Aussage gemeint sein [Seite 1457] könnte, lit. e werde «häufig» als «zusätzliche» Begründung benutzt, bleibt vage.[2508] Ein anderer Teil der Lehre erklärt die Funktion dieser Bestimmung aufgrund von systematischen Überlegungen:

> «L'art. 7 II/e LCart revêt un rôle subsidiaire par rapport aux autres exemples de l'al. II […], et n'entre en ligne de compte qu'en application conjointe avec les autres pratiques abusives visées par cet alinéa ou lorsqu'une pratique d'exclusion n'est pas couverte par un exemple de son catalogue».[2509]

Sollte mit dieser Aussage gemeint sein, dass lit. e eine *Auffangfunktion* besitzt,[2510] leidet sie an einer Unstimmigkeit: Gemäss Art. 7 Abs. 1 – jedenfalls nach dem bundesgerichtlichen Verständnis dieser Norm[2511] – kann jeder für eine Sachverhaltsbeurteilung nötige Missbrauchstatbestand, der im Katalog von Abs. 2 nicht namentlich aufgeführt ist, konstruiert werden; ein praktisches Bedürfnis nach einer «Auffangnorm» in der Fallgruppenliste von Abs. 2 besteht m.a.W. kraft höchstinstanzlicher Lesart von Art. 7 Abs. 1 nicht.[2512] Die Frage kann man allerdings auf sich beruhen lassen. Denn es ist allemal *zutreffend*, wenn im wiedergegebenen Zitat die «*Subsidiarität*» von lit. e hervorgehoben wird. In der Tat muss zwischen «*Auffang*»-Funktion und «*primäre/subsidiäre*» Anwendbarkeit von lit. e differenziert werden. Um dies zu erläutern, setzen wir vorab am europäischen Recht an:

627 In den letzten fünfzehn Jahren ist in der Union eine intensive Diskussion über die **Kategorie des Verdrängungsmissbrauchs nach Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV** (dem Pendant zu Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) und vor allem über die Möglichkeiten, diesen Verhaltenstypus industrieökonomisch zu fundieren und wettbewerbsrechtspolitisch zu operationalisieren, geführt worden.[2513] In der Doktrin ist diese Diskussion, nachdem das EAGCP-Paper von 2005 in verschiedenen Kreisen von interessierten Sozialpartnern extensiv debattiert wurde (s. N 129), vor allem mit der Veröffentlichung der Prioritätenmitteilung von 2009[2514] in Schwung gekommen und hat inzwischen zumindest eines als *gesicherte Erkenntnis* zum Vorschein gebracht: Dass nämlich die Vorstellung, Verdrängungssachverhalte könnten mithilfe von einem alleinigen «Einheitsstandard», der undifferenziert in [Seite 1458] sämtlichen Missbrauchsfällen zur Anwendung gelangte, angemessen bewältigt werden, unrealistisch ist und sich dadurch Entscheidungsfehler (s. N 123) im Bereich von Art. 102 AEUV vermehren würden.[2515] Die behördlichen und judikativen Erfahrungen mit der Prioritätenmitteilung haben in den letzten Jahren gezeigt, dass jeder spezifische Verdrängungsmissbrauchstypus einen auf *seine jeweiligen Eigenheiten* zugeschnittenen Missbrauchsstandard (s. N 113, 147 ff.) verlangt.[2516] Damit wird freilich nicht behauptet, dass eine zufriedenstellende Ausdifferenzierung der für die

Analyse der verschiedenen Typen von Verdrängungsmissbräuchen relevanten Standards im europäischen Wettbewerbsrecht schon vorliegt; dafür bedarf es noch zusätzlicher, gegenwärtig nicht vorhandener Erkenntnisse (s. N 150 f.).

628 In der schweizerischen Spruchpraxis sind die Antworten auf diese Frage noch nicht gleich fortgeschritten wie in der Union. WEKO, Sekretariat und Gerichte tendieren dazu, wie in N 106 ff. erläutert, einen zu beurteilenden Sachverhalt unter möglichst viele Fallvarianten der lit. a–f zu subsumieren, ohne dass aus den Entscheiderwägungen immer deutlich hervorginge, mithilfe von welchem genauen Missbrauchsstandard (s. N 113) die jeweilige Unterstellung unter die zur Diskussion stehende Fallvarianten von Abs. 2 erfolgt ist.[2517] Mit dieser kritischen Bemerkung soll die Möglichkeit, die **Mehrfachtatbestandmässigkeit** eines Missbrauchssachverhalts zu prüfen, nicht in Frage gestellt werden. Dass ein Missbrauchsverhalten gleichzeitig mehrere Tatbestände erfüllen kann, die entweder in der Liste von Art. 7 Abs. 2 enthalten oder richterrechtlich geschaffen worden sind, entspricht hierzulande einer wohl einmütigen Anschauung. Das Problem liegt anderswo. Es hängt damit zusammen, dass die Gesetzgebungsarbeiten von 1994, aus denen die geltende Fassung von Art. 7 hervorgegangen ist, aus einem Denkfehler heraus, mit welchem wir uns in N 69 ff. ausführlich befasst haben, von einem *einheitlichen Missbrauchsstandard* für sämtliche unter Art. 7 zu subsumierende Fälle ausgegangen sind. Dieser Denkfehler führte im Laufe der Zeit in der Praxis von Art. 7 zu einem Missbrauchsstandard, der sich als allzu wenig differenziert ausgewiesen hat. Mehr noch: Er trug zu einer Tendenz in der Spruchpraxis bei, auf eine dogmatische Strenge in den juristischen Begründungen von Entscheidungen zu verzichten, um nur noch ungefähre Gründe vorzutragen, was mit einer disziplinierten Rechtsarbeit nichts mehr gemein hat. Diese Tendenz soll hier kurz am Beispiel von einigen wenigen behördlichen oder richterlichen Erwägungen veranschaulicht werden: Im Fall *Swisscom WAN-Anbindung* hat z.B. die WEKO folgendermassen argumentiert:

> «Eine klare Zuordnung [sc. zu einer bestimmten Missbrauchsfallgruppe] ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können».[2518]

Dazu lässt sich anmerken, dass der von der WEKO angeführte Grund dafür, auf eine stringente Prüfung der Fakten auf der Basis von jedem Missbrauchsstandard der als tatbestandsmässig für erfüllt gehaltenen Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2 zu verzichten, juristisch nicht überzeugen kann. Noch unangemessener – weil *in casu* zusätzlich noch *strafrechtliche* Garantien strapaziert werden – erscheint folgende Passage im Fall *Sport im Pay-TV*, wo die WEKO ausführt:

> **[Seite 1459]** «Jeder Missbrauch von Marktmacht gemäss Art. 7 KG ist unmittelbar sanktionierbar, ungeachtet der Subsumtion unter Art. 7 Abs. 2 KG. Damit ist die Subsumption unter Art. 7 Abs. 2 KG letztlich weniger entscheidend als diejenige unter Art. 7 Abs. 1 KG. Dies gilt umso mehr, wenn wie vorliegend eine Verhaltensweise *sowohl Aspekte einer Verweigerung als auch einer Diskriminierung* aufweist».[2519]

Bedenken erwecken ebenfalls die Überlegungen des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*:

> «Bei der Fallgruppe des Art. 7 Abs. 2 lit. f) können aufgrund ihrer sprachlichen Ausgestaltung die Varianten der Bündelung sowie des auf einer vertraglichen Kombination beruhenden Verbundgeschäfts jeweils der Nachfrage- und Angebotsseite zugeordnet werden. Für die Varianten des Anreizgeschäfts sowie des auf einer faktischen Kombination beruhenden Verbundgeschäfts ist es demgegenüber fraglich, ob sie mittels einer *extensiven Auslegung dieser Fallgruppe* oder der *Generalklausel* des Art. 7 Abs. 1 KG zuzuordnen sind. […]. Eine *abschliessende Zuordnung* kann auch vorliegend *noch offen gelassen* werden, weil allein die Variante der vertraglichen Kombination zu beurteilen ist und *keine Anhaltspunkte vorliegen, dass sich allein aufgrund der formalen Zuweisung zur Fallgruppe oder der Generalklausel eine notwendige unterschiedliche inhaltliche Behandlung ergibt*».[2520]

Unserer Ansicht nach ist diese Tendenz unzureichender Entscheidbegründungen unmittelbar auf den Umstand zurückzuführen, dass man unter Art. 7 dem in N 109 kritisch betrachteten Dogma des einheitlichen Missbrauchsstandards (noch) keine definitive Absage erteilt hat. Die Notwendigkeit einer Aufgabe dieses Dogmas scheint in der Schweizer Doktrin denn auch zunehmend Anerkennung zu finden:

> «Parmi les différents tests économiques développés et qui sont utilisés en pratique par les autorités de concurrence afin d'évaluer, à la lumière des circonstances du cas d'espèce, l'effet anticoncurrentiel potentiel d'un comportement, *aucun n'est adapté à tous les types d'abus de position dominante. La quête du test unique paraît vaine*».[2521]

Die Entwicklung von Missbrauchsstandards, die in besonderem Masse auf die Eigentümlichkeiten von spezifischen Verdrängungsverhaltensweisen gemünzt sind, ist fraglos das probateste Mittel, um bei der Anwendung von Art. 7 den sog. *«error cost approach»* (s. N 125) möglichst effektiv zu betreiben, d.h. die Wahrscheinlichkeit nach Möglichkeit zu reduzieren, dass es zu *false positives* und *false negatives* kommt.

629 Vor dem Hintergrund dieser Zusammenhänge wird die Funktion von Art. 7 Abs. 2 lit. e erschliessbar: Grundsätzlich haben bei der Beurteilung eines Verdrängungsmissbrauchs die Tatbestände von lit. a, b, d und f als *leges speciales* Vorrang vor lit. e, die eine *lex generalis* darstellt. Lässt sich also ein vor der WEKO, dem Sekretariat oder einem Gericht zur Entscheidung vorliegender Verdrängungsmissbrauchsfall nicht unter eine der spezialisierten Bestimmung von lit. a, b, d oder f unter Art. 7 subsumieren, muss im Sinne des **Subsidiaritätsgedankens** eine Beurteilung nach Massgabe des Missbrauchsstandards von lit. e vorgenommen werden, der zwar eine höhere Gefahr von Entscheidungsfehlern (s. N 123) aufweist, aber in der Lage ist, sämtliche Formen von unzulässigen Verdrängungsverhaltensweisen zu erfassen. Aus diesem Umstand wird auch alsbald ersichtlich, dass sich lit. e nicht als eine Auffang-, sondern als eine *subsidiär anwendbare* Bestimmung ausnimmt.[2522]

630 [Seite 1460] (2) Der zweite Grund für die Komplexität der Regel von Art. 7 Abs. 2 lit. e kann anhand eines Vergleichs mit Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV – das Pendant zur schweizerischen Regel – veranschaulicht werden. Zwischen den jeweiligen Textfassungen dieser zwei Bestimmungen, die eine gemeinsame Stossrichtung haben (s. N 633),[2523] besteht eine «grammatikalisch» auffallende Differenz. Während die Schweizer Norm lediglich von «Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung» spricht, wird im europäischen Recht dieser Formulierung ein *Zusatz* hinzugefügt: Die Rede ist von «Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung **zum Schaden der Verbraucher**». Die Frage ist entsprechend: Welchen Unterschied macht dieser Zusatz? Auch in dieser Hinsicht sind die Einsichten, die in der europäischen Diskussion über Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV gewonnen wurden, hilfreich und weiterführend.

631 Um die aufgeworfene Frage anzugehen, gilt es vorab hervorzuheben, dass ein beherrschendes Unternehmen, welches seine Konkurrenten durch *überlegene* Produkte oder Dienstleistungen aussticht, genau *dasselbe* Ergebnis hervorbringt, als würde es eine *wettbewerbswidrige* Marktverschliessung bewirken. In beiden Fällen kommt es zu einer *«Einschränkung der Erzeugung»* i.S.v. lit. e. Deshalb muss die Aussage von Art. 7 Abs. 2 lit. e dahingehend begrenzt werden, dass dieser ausschliesslich Verhaltensweisen erfasst, welche Substitutionsgüter der Erzeugnisse des Unternehmens in beherrschender Stellung, wie es die Botschaft 1994 ausdrückt,[2524] **«künstlich»** weniger attraktiv oder absetzbar machen. Verhaltensweisen, die die Produkte oder die Dienstleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens **«natürlich»** – d.h. durch «bessere» Leistungen – einfacher oder konsumentenfreundlicher verfügbar machen, dürfen demgegenüber nicht unter die Bestimmung fallen, auch wenn sie, zwangsläufig, eine «Einschränkung» im Sinne des gesetzlichen Wortlauts bewirken:

> «Only conduct which ‹limits› possibilities which would otherwise … [be] open to competitors is prohibited. Conduct which makes difficulties for them without limiting their possibilities of offering their products on the market, because it makes the products of the dominant entreprise cheaper or more attractive, is legal … and it does not ‹limit› the competitors' ability to improve their products or to offer them for sale to willing buyers who are free to buy».[2525]

[Seite 1461] Die Frage ist dann freilich was «künstlich»/«natürlich» konkret bedeutet. Als Metaphern leuchten diese Adjektive im Kontext ein. Sie enthalten aber den nötigen Gehalt nicht, um eine fundierte Missbrauchsanalyse durchzuführen (s. N 670 f.).

Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass im Wortlaut von lit. e ein **limitierendes Prinzip** fehlt. In dieser Hinsicht ist der Text von Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV im Vergleich zum Text der schweizerischen Bestimmung industrieökonomisch schlüssig und juristisch überhaupt erst sinnträchtig, da er Ausdruck der Einsicht ist, dass die Norm ohne ein solches Prinzip *zweckwidrig unvollständig* ist und namentlich eine bedrohliche Quelle von Entscheidungsfehlern 1. Ordnung (s. N 123) darstellt. Es ist nun in dieser Limitierung, dass die *Funktion* des erwähnten Zusatzes der europäischen Bestimmung (s. N 630) zu erblicken ist: Das in Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV stipulierte Kriterium des *«Schadens der Verbraucher»* ermöglicht die operative Unterscheidung zwischen (1) einer *wettbewerbsintensivierenden* (und mithin legitimen sowie zulässigen) und (2) einer *wettbewerbswidrigen* (und daher missbräuchlichen sowie untersagten) Verhaltensweise eines Unternehmens in beherrschender Stellung. Die Logik dieses Kriteriums besteht darin, dass ein Marktbeherrscher *stets* die Erzeugung einschränken und dadurch seine Konkurrenten benachteiligen *darf, sofern* sein Verhalten die Konsumenten *nicht* schädigt. Werden Rivalen des marktbeherrschenden Unternehmens im Wettbewerb behindert, weil dieses ein Gut auf den Markt bringt, das seinen Substituten überlegen ist, so werden die Konsumenten nicht im Geringsten geschädigt, sondern nur *begünstigt*. Denn nicht nur steht ihnen ein *besseres* Produkt oder eine *bessere* Dienstleistung als bisher zur Verfügung; darüber hinaus kommt ihnen noch zugute, dass die Konkurrenten des Marktbeherrschers in keinerlei Hinsicht in ihren *Handlungsmöglichkeiten eingeschränkt* werden; sie können somit weiterhin *ungehindert* danach streben, ihre Produkte oder Dienstleistungen zu verbessern oder auf der Basis besserer Preise bzw. Geschäftsbedingungen ihre Wettbewerbsfähigkeit zu steigern, um namentlich den Marktbeherrscher zu übertrumpfen. Demgegenüber bewirkt eine missbräuchliche Verdrängungspraktik des qualifiziert marktmächtigen Unternehmens in aller Regel eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung, die die Konsumenten ausnahmslos schlechterstellt. Denn diese Marktverschliessung verursacht unweigerlich eine Produktionslimitierung. Diese drückt sich in der Gestalt einer *Schmälerung* der Handlungsoptionen aus, die den Handelspartnern auf den dem beherrschten vor- oder nachgelagerten Märkten zur Verfügung stehen. Diese Form der Erzeugungseinschränkung reduziert das Marktangebot zum Nachteil der Konsumenten. Die Schlussfolgerung aus diesen Betrachtungen liegt auf der Hand: Die Frage, wann ein erzeugungs-, absatz- oder innovationseinschränkendes Verhalten missbräuchlich ist und wann nicht, muss auf Grund eines Kriteriums entschieden werden, das zwar im Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. e nicht erwähnt ist, aber aus den soeben dargelegten Gründen in die Norm hineinprojiziert werden muss, da dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden darf, er habe mit lit. e eine in der Wirtschaftswirklichkeit nicht umsetzbare Anordnung treffen wollen. Auf diesen Problemkreis wird in N 670 eingegangen. **632**

2. Entstehungsgeschichte

Art. 7 Abs. 2 lit. e KG wurde in der Revision von 1995 neu eingeführt und hatte daher in der Gesetzesnovelle von 1986 keine Basis. Im Vorentwurf war diese Norm in Art. 22 Abs. 2 lit. f VE enthalten, der von Art. 82 Abs. 2 lit. b EG (neu: Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV) inspiriert war.[2526] Allerdings wurde diese Bestimmung nicht vollumfänglich übernommen: **633**

[Seite 1462] «La condition supplémentaire posée par l'art. 102/b TFUE (ex-art. 82/b TCE), selon laquelle la limitation doit avoir lieu ‹au préjudice des consommateurs›, n'est pas expressément reprise en droit suisse».[2527]

Die schweizerische Lehre und Praxis hat sich mit diesem wichtigen Aspekt der Norm – abgesehen, soweit ersichtlich, von einer einzigen Ausnahme[2528] –, bislang nicht auseinandergesetzt, was eigenartig anmutet, da ohne das Kriterium des Konsumentenschadens das Konzept von Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV (als Vorlage von Art. 7 Abs. 2 lit. e KG) seines Sinnes beraubt wird (s. N 630 f.). Art. 7 Abs. 2 lit. e KG bleibt deshalb materiellrechtlich unterdeterminiert und in dem Ausmass *overinclusive*, als nicht bloss missbräuchliche Produktionseinschränkungen erfasst werden, sondern auch solche, die wettbewerbsintensivierend und mithin legitim sind. Die Materialien lassen jegliche Begründung für das Auslassen dieses Kriteriums bei der Übernahme von Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV vermissen. In der Botschaft 1994 wird lediglich bemerkt, dass die «*künstliche* Verknappung» missbräuchlich sei.[2529] Ob dieses Kriterium der «Künstlichkeit» das erforderliche Diskriminierungspotenzial hat, um legitime von illegitimer Produktionslimitierung zu unterscheiden, wird in N 670 behandelt.

3. Verhaltenstypologie

(1) Die in Art. 7 Abs. 2 lit. e benannten Einschränkungsverhalte sind, wie in N 635 ff. erwähnt, *sachlich* eng miteinander verschmolzen: Die Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung hat ultimativ immer eine *Produktionslimitierung* zur Folge, was umgekehrt nicht gilt. Deshalb muss die **Erzeugungseinschränkung** als **Oberkategorie** angeschaut werden, die die zwei anderen im Wortlaut von lit. e erwähnten Einschränkungsformen miterfasst. In den Materialien findet man die Bemerkung, dass sich «[d]ie Verknappung oder Einschränkung […] auf Produkte, Mengen, Gebiete oder Abnehmer beziehen [kann].»[2530] Die drei in lit. e erwähnten Sachverhalte können folglich einmal von ihrem **Gegenstand** her auseinandergehalten werden: **634**

(a) Die **«Einschränkung der Erzeugung»** bezieht sich unmittelbar auf die Produktionsinfrastruktur bzw. Produktionskapazität des Marktbeherrschers oder seiner Wettbewerber und betrifft die hergestellte *Menge* von Gütern (s. N 660). **635**

(b) Die **«Einschränkung des Absatzes»** (s. N 662 ff.) betrifft – streng genommen – nicht unmittelbar die eigenen Produktionsinfrastrukturen eines marktbeherrschenden Unternehmens oder diejenigen seiner Rivalen, sondern das *Marketing* von Gütern. Im Vergleich zur Verknappung der Erzeugung hat diejenige des Absatzes somit eine andere Zielrichtung: Eingeschränkt werden die Vertriebsmöglichkeiten, sei es, indem *territoriale* Vertriebsschranken geschaffen werden, sei es, dass der Zugang zu bestimmten *Kunden* oder zu einzelnen *Kundenkategorien* gesperrt wird.[2531] Indirekt verursacht freilich eine absatzeinschränkende Verhaltensweise *zwangsläufig* eine Produktionsverknappung, weil die Verschliessung von Vertriebskanälen die Wettbewerber dazu zwingen wird, die erzeugte Menge zu verringern. **636**

[Seite 1463] (c) Die **«Einschränkung der technischen Entwicklung»** (s. N 665 ff.) betrifft sämtliche Verhaltensweisen, die «innovationsbezogene» Ressourcen – d.h. entweder Ressourcen zur Ermöglichung von Forschung und Entwicklung (F&E, also Innovationsaktivitäten) oder deren Resultate (Produkte oder Dienstleistungen) – verknappen.[2532] Die fragliche Verhaltensweise kann insbesondere darin bestehen, dass die Voraussetzungen für die Fortsetzung eines Forschungs- und Entwicklungsprozesses vereitelt werden (indem z.B. die Nutzung komplementären technischen Wissens, das der Marktbeherrscher kontrolliert, verweigert wird).[2533] Letztlich wirkt sich dieser Sachverhalt freilich ebenfalls in der Form der Erzeugungseinschränkung aus. **637**

Verknappungswirkendes Verhalten kann sodann mit Hilfe des Kriteriums des **Ziels der Einschränkung** in verschiedenen Klassen unterteilt werden:[2534] **638**

(1) So kann einmal das marktbeherrschende Unternehmen seine **eigene** Produktion oder seinen eigenen Absatz einschränken oder seine **eigenen** technischen Entwicklungsressourcen verknappen, um in dieser Weise seine Konkurrenten auf dem beherrschten, einem vor- bzw. nachgelagerten oder einem benachbarten Markt zu verdrängen (s. N 659 sowie FN 2566).[2535] **639**

(2) Das marktbeherrschende Unternehmen kann sich sodann in einer Weise verhalten, die die Produktion, den Absatz oder die technische Entwicklung **anderer Unternehmen** einschränkt. **640**

(3) Für eine weitere Differenzierung kann auf die **Methode** abgestellt werden, mit welcher eine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung bewirkt wird: **641**

(a) Vorab sei allerdings nochmals folgende in N 537 ff., 296 ff. und 564 entwickelte Auslegeordnung in Erinnerung gerufen: **Preisbezogener Verdrängungsmissbrauch** *(exclusionary pricing abuse)*, sei es in Form einer Kosten-Preis-Schere (*margin squeeze* ; s. N 517), einer *primary-line discrimination* (s. N 294 und 296), oder sei es eines Rabattes (s. N 560), verwirklicht zwangsläufig den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. d nicht von lit. e. **642**

(b) **Verdrängungsverhalten nicht-preislichen Charakters** *(exclusionary non-price abuses)* umfassen namentlich (aber nicht ausschliesslich) die Ausschliesslichkeitsbindungen und den Vergeltungsmissbrauch (s. N 77, 80). Auch andere Praktiken gehören dazu, wie etwa die Durchsetzung eines (allenfalls immaterialgüterrechtlich geschützten) technischen Standards in der Absicht, vom Abnehmer in der Folge suprakompetitive Nutzungsgebühren zu verlangen, die Erzwingung des Rückzugs von Konkurrenzprodukten aus dem Angebot eines Abnehmers, die Veränderung von Produkteigenschaften mit dem Ziel, das Produkt inkompatibel für Komplementärgüter eines Konkurrenten zu machen, die trügerische Botschaft, dass ein Produkt auf bestimmten technischen Plattformen funktionieren werde, usw.[2536] **643**

[Seite 1464] *4. Fallgruppenrelationen*

Weil Art. 7 Abs. 2 lit. e als Grundregel für Verdrängungsmissbräuche konzipiert ist (s. N 625), betrifft diese Norm alle Verhaltensweisen, die eine Produktionseinschränkung zum Schaden der Konsumenten bewirken (s. N 625 i.V.m. 630 ff.).[2537] Weil auch andere Missbrauchsformen einen solchen Effekt erzeugen können, treten die unter der erwähnten Bestimmung entwickelten Praxen in **alternative Konkurrenz** zu entsprechenden Alternativtatbeständen des Katalogs von Art. 7 Abs. 2. *In nuce* nehmen sich diese folgendermassen aus: **644**

(1) Die Erzeugung, Absatz oder Technik limitierende **Geschäftsverweigerung** (Art. 7 Abs. 2 lit. e und a): s. N 204. **645**

(2) Die Erzeugung, Absatz oder Technik limitierende **Diskriminierung** (Art. 7 Abs. 2 lit. e und b): s. N 281. **646**

(3) Die Erzeugung, Absatz oder Technik limitierende **Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen** (Art. 7 Abs. 2 lit. e und c): s. N 336 **647**

(4) Das Erzeugung, Absatz oder Technik limitierende **Koppelungsgeschäft** (Art. 7 Abs. 2 lit. e und f) ist als Mittel der wettbewerbswidrigen Marktverschliessung (s. N 81) ein Sachverhalt, der auch unter Art. 7 Abs. 2 lit. e fallen kann. Der Umstand, dass die Handelspartner des Marktbeherrschers, die das *koppelnde* Gut erwerben wollen, zum Bezug des gekoppelten gezwungen werden, kann eine *horizontal foreclosure* erzeugen, die verdrängende Auswirkungen auf Konkurrenten zeitigt, die auf dem beherrschten Markt tätig sind.[2538] **648**

5. Industrieökonomik

Die Frage, die im Mittelpunkt von Art. 7 Abs. 2 lit. e steht – und die in N 631 f. in den Grundzügen geschildert wird –, ist die Unterscheidung zwischen (1) Verhalten mit Wettbewerbsbeschränkungseffekten, das Ausdruck «eines **normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs** auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger»[2539] darstellt und insofern als zulässig zu betrachten ist, und (2) Verhalten mit Verdrängungseffekten, das den **Wettbewerb schädigt** und insofern als unzulässig einzustufen ist.[2540] Problematisch an dieser Abgrenzung ist, wie in N 631 dargetan, dass beide Typen von Verhalten des Marktbeherrschers *gleichermassen* eine Limitierung der Erzeugung (bzw. des Absatzes oder der technischen Entwicklung; s. N 635 ff.) bewirken.[2541] Deshalb bedarf es eines *Kriteriums*, um die wettbewerbsförderlichen von den wettbewerbsschädlichen Produktionslimitierungen zu scheiden. Denn Art. 7 Abs. 2 lit. e bezweckt nicht den Schutz der Konkurrenz vor höherer Qualität bzw. vor höherwertigen Eigenschaften der Produkte und Dienstleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens, sondern die Unterbindung von wettbewerbswidrigen Marktverschliessungen durch sog. «künstliche» Produktionseinschränkungen (s. N 631).[2542] **649**

[Seite 1465] Wie in N 113 sowie 150 f. näher geschildert, steht die Industrieökonomik heute auf dem Standpunkt, dass das in der Sache richtige Kriterium, um diese Abgrenzung vorzunehmen, die **Schädigung der Konsumentenwohlfahrt** ist. Begründet wird diese Auffassung mit dem Argument, dass das Verbot von Verdrängungsmissbräuchen direkt auf die Funktionsfähigkeit des Marktes mittels Schutzes der *Selbstbestimmung* der Unternehmen bezüglich die hergestellten *Mengen* vor *Beeinflussungen durch qualifizierte Marktmacht* zielt.[2543] Verdrängendes Verhalten des Marktbeherrschers soll ferner auch deshalb bekämpft werden, weil es den Wettbewerbsdruck auf diesen relativiert oder ausschaltet, was in der Regel ebenfalls eine direkte oder indirekte Schädigung von Konsumenten zur Folge hat (s. N 84 ff.).[2544] Der Zusammenhang zwischen Verdrängungsverhalten und Konsumentenwohlfahrt besteht darin, dass einerseits ein solches Verhalten eine weitere Lösung des marktbeherrschenden Unternehmens von disziplinierendem Wettbewerb bewirkt und dass andererseits die Benachteiligung intermediärer Marktteilnehmer (Grossisten, Detaillisten usw.) immer auf eine Schädigung des Endkonsumenten hinausläuft.[2545] Insofern zielt die gegen Verdrängungsverhalten gerichtete Wettbewerbspolitik auf die Bekämpfung von *foreclosure effects*, die die Konsumentenrente verringern.[2546] Daraus geht hervor, dass der Nachweis von wettbewerbswidriger Marktverschliessung keineswegs bei der Berücksichtigung von «Natur» und Form einer gegebenen Verhaltensweise Halt machen darf (s. N 127). Der Nachweis muss auch deren Ausmass *(incidence)* in Betracht ziehen, d.h. namentlich: die Art und Weise, wie das marktbeherrschende Unternehmen ein Verdrängungsverhalten auf dem Markt entfaltet *(market coverage)*, der Modus, wie dieses Unternehmen die Rivalen als Zielobjekte seiner wettbewerbswidrigen Massnahmen auswählt, die Auswirkungen seines Verhaltens auf Neueintrittspläne von Drittunternehmen und auf residuale Wettbewerber (s. N 86) usw. Netzwerkeffekte, *economies of scale* bzw. *economies of scope* sowie der Marktbeherrschungsgrad können ebenfalls von Bedeutung sein.[2547] **650**

Die **Operationalisierung** des Kriteriums der Konsumentenwohlfahrt zu Zwecken der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. e ist, wie das die generellen Ausführungen in N 127 zeigen, eine in mehreren Hinsichten kontroverse Frage. Die hauptsächliche Ursache des über diesen Punkt geführten Lehrstreits ist (einmal mehr) der Stellenwert der Industrieökonomik in der Anwendung von Art. 7 (s. N 33).[2548] Verdrängungsverhalten verstösst – entsprechend der in dieser Kommentierung von Art. 7 eingenommenen Haltung (s. N 625) – dann gegen Art. 7 Abs. 2 lit. e, wenn dieses Verhalten «[…] results in the limitation of either the dominant firm's production or, more likely, that of competitors (either because rivals are forced to exit the market or remain in the market but face marginalisation due to increases in their costs caused by the dominat firm's strategic actions) […] and thereby] causing prejudice to consumers».[2549] Anders gewendet: Wenn eine Strategie des beherrschenden Unternehmens eine **651**

konsumentenwohlfahrtsschädigende Produktionslimitierung erzeugt, liegt unwiderleglich ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. e vor. Freilich ist damit nicht gesagt, *wie* die Analyse eines wettbewerbswidrigen Verdrängungs [Seite 1466] sachverhalts konkret auszuführen ist. Die relevantesten Faktoren sind dabei fraglos *Preis, Innovation* und *Produktion (output)*. Auch die *Qualität* der Produkte und Dienstleistungen spielt eine nicht zu unterschätzende Rolle. Unklar ist zurzeit, ob es hinreichend ist, wenn die positiven Ergebnisse die negativen überwiegen,[2550] oder ob zusätzlich noch eine *Verhältnismässigkeitsprüfung* durchzuführen ist, d.h. insbesondere, ob sich die unternehmerische Strategie als *unerlässlich* erweisen muss, um die positiven Ergebnisse zu erzielen. Richtiger Auffassung nach ist Zweiteres zu bejahen, weil dann auch die *langfristigen* Auswirkungen einer Verdrängungsstrategie auf den Wettbewerb beurteilt werden müssen. Dem entspricht die in N 177 dargestellte neue Praxis der WEKO, bei der Prüfung von Effizienzgründen (als *legitimate business reasons*) die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV zur Anwendung zu bringen.[2551]

6. Missbrauchsmerkmale

a) Allgemeines

652 Es wurde in N 625 dargetan, dass europäische Lehre und Praxis *aus guten Gründen* danach streben, einen allgemeinen, inhaltlich flexiblen und im Einzelfall anpassungsfähigen **dogmatischen Referenzrahmen** für die einschlägigen Standards (s. N 627) zu entwickeln, mittels welcher die verschiedenen Subtypen des Verdrängungsmissbrauchs unter Art. 7 Abs. 2 lit. e analysiert werden. In der Schweiz befinden sich diese Bemühungen bislang noch in den Kinderschuhen. Die Behördenpraxis zu Art. 7 Abs. 2 lit. e ist im Hinblick auf Versuche, die danach trachten, eine Kohärenz in die verschiedenen Standards einzubringen, mithilfe welcher Verdrängungsmissbräuche unter diese Bestimmung analysiert und beurteilt werden, noch nicht weit vorangeschritten.[2552] M.a.W. werden solche Missbrauchssachverhalte zurzeit von den Behörden und Gerichten nicht selten ohne dogmatische Stimmigkeit unter eine der Fallgruppen der lit. a, b, d und f subsumiert; ihrer Zuordnung zu diesen Fallgruppen eignet m.a.W. meist etwas Spekulatives an (s. N 628). Dieser Rechtszustand steht in einer spürbaren Spannungslage mit dem in N 626 identifizierten *Zweck* von Art. 7 Abs. 2 lit. e, der von der Spruchpraxis verlangt, einen allgemeinen Bezugsrahmen für die Analyse von Verdrängungsmissbräuchen zu entwickeln. Im Entscheid *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* hat die WEKO zum ersten Mal grundsätzliche Überlegungen zu dieser Frage angestellt und versucht, diese Ansätze zumal in den Verfügungen *Online-Buchungsplattformen für Hotels* und *Supermédia* weiterzuentwickeln.[2553] Auf diese Fälle wird in N 656 näher eingegangen. Die Lehre ihrerseits bemüht sich bisher damit, einzelne Missbrauchstypen, die dieser Bestimmung zuzuordnen sind, zu ergründen, ohne dass es ihr bislang gelungen wäre, sich von der [Seite 1467] allzu engen Perspektive der drei darin genannten Einschränkungsbeispiele zu lösen und Art. 7 Abs. 2 lit. e einen *generalisierten Ansatz für Verdrängungsmissbräuche* zu entnehmen (s. N 625).

653 Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. e setzt sich aus **vier Merkmalen** zusammen.[2554] Vorerst wird auf den *Begriff der Einschränkung* und deren diversen *Gegenstände* (Erzeugung, Absatz, technische Entwicklung) eingegangen (Merkmal I; N 654 ff.). Sodann wird das Merkmal der *Wettbewerbsbeeinträchtigung* behandelt, bei dem es in erster Linie darum geht, Verdrängungseffekte, die von höherwertigen Leistungen des beherrschenden Unternehmens herrühren, von solchen zu scheiden, die eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung erzeugen (Merkmal II; N 669 ff.). Weiteres Tatbestandselement stellt die *Kausalität* zwischen Verdrängungsmissbrauch und seinen Effekten dar (Merkmal III; s. N 672). Schliesslich wird die Frage einer allfälligen Rechtfertigung des Verdrängungsmissbrauchs durch *legitimate business reasons* kurz diskutiert (Merkmal IV; s. N 673).

b) Merkmal I: Produktionseinschränkung

aa) Begriff der «Einschränkung»

Der **Begriff** der *Einschränkung* i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. e wird von der WEKO in enger Anlehnung an die Formel verstanden, welche in der Botschaft 1994 benutzt wurde, um das Konzept des *Missbrauchs* nach Massgabe dieser Bestimmung zu umschreiben. Diese Formel lautet: **654**

> «Missbräuchlich [sc. i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. e] ist die *‹künstliche Verknappung›*. […]. *Künstlich* ist die Verknappung dann, wenn sie nicht durch *Marktveränderungen* ausgelöst wird, sondern durch das *Bestreben des Marktmächtigen*, die Preise in die *Höhe zu treiben* oder sie *hoch zu halten*».[2555]

Der Begriff bezeichnet nach Auffassung der WEKO ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, das die Produkte oder Dienstleistungen von dessen Konkurrenten *weniger attraktiv* oder *weniger absetzbar* macht[2556] und dadurch deren Marktzugang beschränkt, ohne dass diese Folge durch höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens verursacht wird.[2557] Demgegenüber, so meint die WEKO weiter, dürfen

> «[…] Verhaltensweisen, welche die Produkte oder Dienstleistungen des beherrschenden Unternehmens *zweckmässiger* oder *besser verfügbar* machen oder die Behinderung von Konkurrenten, die *auf höherwertige Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zurückzuführen* **[Seite 1468]** sind, […] nicht unter die Bestimmung fallen, selbst wenn dabei zwangsläufig eine Einschränkung im Sinne des Gesetzeswortlauts vorliegt».[2558]

Diese (konstante) Praxis der WEKO zum *Einschränkungsbegriff* ist sicherlich nicht abwegig. Sie bezieht sich in der Sache auf Fakten, von denen gewisse durchaus in die Untersuchung einzubeziehen sind. Trotzdem ist das verwendete Analyseraster nicht einwandfrei entworfen. Zunächst ist das Argumentarium, mit welchem die WEKO den Einschränkungsbegriff zu erschliessen sucht, *methodisch* ungenügend durchdacht (s. N 631). So vermengt die WEKO den **Einschränkungsbegriff** (Merkmal I; s. N 654 ff.) mit der **Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse** (Merkmal II; s. N 669 ff.). Augenscheinlich wird dieser Umstand, wenn man einerseits einschlägige *Entscheiderwägungen* der WEKO genau unter die Lupe nimmt und andererseits danach Ausschau hält, unter welchem *Tatbestandselement* (Merkmale I oder II) die Behörde die Frage prüft, ob der Sachverhalt das Merkmal der «Einschränkung» erfüllt. Um die Untersuchung dieser Punkte nachstehend vorzunehmen, ist vom Tatbestand des Art. 7 Abs. 2 lit. e auszugehen, so wie ihn die WEKO begreift: **655**

> «(1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führt; […] (2) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt; […] (3) die durch die Verhaltensweise bewirkte Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons)».[2559]

Die veröffentlichten Entscheide, in denen Art. 7 Abs. 2 lit. e zur Anwendung gebracht wird, zeigen unverhohlen, dass sich die WEKO an diesen von ihr selbst zugrundegelegten Tatbestand der lit. e nicht hält,[2560] was nicht bloss *unzureichende Entscheidbegründungen* zur Folge hat, sondern auch Zweifel schürt, ob der Entscheid *rechtstatsächlich* hinreichend *nachgewiesen* ist.

Die Gründe der hier geäusserten Kritik der **Vermischung zweier Tatbestandskriterien** (Merkmale I und II) werden offenbar, wenn man die relevanten Stellen in den lit. e betreffenden Entscheiden der Behörde durchforstet. In zwei Fällen dienen die in N 655 skizzierten Elemente des von der WEKO unterstellten Tatbestands von lit. e, um das Vorliegen eines *Einschränkungssachverhalts* (also nicht: einer Wettbewerbsbeeinträchtigung) zu prüfen. Im Fall *Online-Buchungsplattformen für Hotels* heisst es: **656**

> «Unter ‹Einschränkung des Absatzes› im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG fallen insbesondere Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens, welche darauf abzielen, das *Marketingspektrum* der Konkurrenz zu *verringern* und dadurch deren Marktzugang *künstlich* zu beschränken, ohne dass dies eine Folge der *normalen Marktentwicklung* bzw. des *normalen Leistungswettbewerbs* wäre. Der *Begriff der Einschränkung* erfasst dabei nur Verhaltensweisen, die Produkte oder Dienstleistungen von Konkurrenten des Marktbeherrschers entweder *weniger attraktiv* oder *weniger absetzbar* machen».[2561]

[Seite 1469] Im zweiten Fall, dem Entscheid *Supermédia*, wird der Einschränkungsbegriff mit den Worten umschrieben:

> «Le comportement d'une entreprise dominante est abusif s'il limite *artificiellement* l'accès au marché ou l'expansion de concurrents. Le caractère *artificiel* de la limitation découle du fait qu' elle ne résulte pas de *l'évolution du marché*, mais d'une *stratégie de l'entreprise dominante visant* à *s'octroyer* ou à *consolider* un *avantage concurrentiel*».[2562]

Demgegenüber werden die in N 655 wiedergegebenen Argumente in der Verfügung *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* nicht unter dem Zwischentitel «a) Einschränkung des *Absatzes*»[2563] (d.h. nicht im Abschnitt über das Vorliegen einer «Einschränkung»), sondern unter dem Titel «b) *Wettbewerbsbehinderung*»[2564] (also im Abschnitt über das von der WEKO angenommene *zweite* Merkmal des Tatbestandes von lit. e; s. N 669 ff.) verwendet:

> «Im Fokus von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG stehen Behinderungs- resp. Verdrängungspraktiken des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten. Erfasst werden Verhaltensweisen, die den *Marktzugang* von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten *beschränken*, ohne dass dies Folge der *normalen Marktentwicklung* bzw. des *normalen Leistungswettbewerbs* ist».[2565]

657 Auf der Basis dieser Entscheide lässt sich feststellen, dass sich der *Einschränkungsbegriff der WEKO* grundsätzlich aus *drei* Kriterien zusammensetzt, die (wohl) *kumulativ* erfüllt sein müssen: *«Einschränkung»* gemäss lit. e soll nach dieser Behörde bedeuten, dass (1) eine *künstliche Verknappung* der Produktion, (2) die *nicht* das *Resultat einer überlegenen Leistung* des Marktbeherrschers darstellt – also von diesem und nicht von Marktveränderungen *verursacht* wird – und (3) die die *Absetzung* der *Güter* von dessen Konkurrenten *erschwert*.[2566] Offensichtlich ist dieser Begriff nicht bloss auf die Frage ausgerichtet, ob das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung eine *Produktionslimitierung* bewirkt, sondern thematisiert auch *Wirkungsfragen*. Insbesondere scheint die WEKO mit diesem Begriff neben der «Einschränkung» zusätzlich die Frage analysieren zu wollen, ob die Verknappung *«künstlich»* verursacht wurde; und obendrein soll damit noch geprüft werden, ob die inkriminierte Verhaltensweise *wettbewerbsintensivierend* («normale Marktentwicklung») oder *wettbewerbsbeeinträchtigend* ist («strate [Seite 1470] gische Verminderung der Attraktivität bzw. Absetzbarkeit von Konkurrenzprodukten»). Dass auf diese Weise der Einschränkungsbegriff intensivstens beansprucht wird, ja sogar die Grenzen von dem überschreitet, was ein Begriff überhaupt leisten kann,[2567] ist offensichtlich; zu dieser Tatsache erübrigt sich jedwede Bemerkung. In dieser «Begriffsüberladung» liegt indessen nicht das eigentliche Problem. Vielmehr hängt dieses grundsätzlich damit zusammen, dass die von der WEKO dem Einschränkungsbegriff von lit. e unterstellten Kriterien (1)–(3) mit Beweisthemen gespickt sind, die richtigerweise unter dem Tatbestandselement «Wettbewerbsbeeinträchtigung» (Merkmal II; s. N 669 ff.) zu untersuchen sind. Diese Merkmalekonfusion liesse sich – so hat man auf den ersten Blick das Gefühl –, ohne Aufwand korrigieren, indem die wettbewerbsbeeinträchtigungsrelevanten Themen einfach in den Rahmen der Analyse von Merkmal II verschoben würden; das hat die WEKO im Fall *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* wohl auch versucht (s. N 656).[2568] Das Ganze gestaltet sich indes komplizierter. Zum Kernproblem dringt man erst vor, wenn gefragt wird, welche Aufgaben dem Ausdruck *«künstlich»* und der Differenz *«normale Marktentwicklung/strategische Verminderung der Attraktivität*

bzw. Absetzbarkeit von Konkurrenzprodukten» in der Argumentation der WEKO zugedacht sind. Dann wird erkennbar, dass diese Vokabeln **keine industrieökonomischen Tests** darstellen. Sie beschreiben lediglich, was es nachzuweisen gilt, um den Tatbestand von lit. e zu erfüllen. Sie sind blosse, wenn auch durchaus versinnbildlichende Metaphern, die einer *operablen Analyse* freilich nicht zugänglich sind. Was mit diesen Vokabeln angegeben wird, ist das *Beweisthema* der Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse (Merkmal II; s. N 669 ff.). M.a.W. geben diese Ausdrücke eine Problemstellung an (und noch keineswegs einen Standard; s. N 147 ff.). Dieser Fragenkomplex wird allerdings nicht hier, sondern in N 147 ff. angegangen. Vorliegend interessiert einzig, wie die *Definition* des Tatbestandsmerkmals «Einschränkung» lauten sollte.

658 Eine Antwort auf diese Frage setzt voraus, dass die **Funktion** identifiziert wird, die der Einschränkungsbegriff im *Tatbestand* von lit. e zu erfüllen hat. Formuliert man die Fragestellung auf diese Weise, so lässt sie sich *systematisch* angehen, da dergestalt der Begriff «Einschränkung» in konstruierter Manier in Zusammenhang zu den anderen Merkmalen dieses Tatbestands gebracht werden kann. Dann klären sich folgende tatbestandlichen Wechselbeziehungen: Mit Merkmal I (Einschränkung) soll die von lit. e anvisierte *Verhaltensweise* des beherrschenden Unternehmens untersucht werden; Merkmal II (Wettbewerbsbeeinträchtigung) verlangt die Analyse der *Auswirkungen* dieser Verhaltensweise auf dem Markt; Merkmal III (Kausalität) fordert den Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der tatbestandsmässigen Verhaltensweise und ihren Effekten auf den Wettbewerbsprozess; Merkmal IV *(legitimitate business reasons)* dient der Feststellung, ob die tatbestandsmässige Verhaltensweise trotz ihrer grundsätzlichen Schädlichkeit wohlfahrtstheoretisch nicht dennoch *bessere Ergebnisse* erzeugt, als würde man Wettbewerb spielen lassen. Sind diese tatbestandlichen Zusammenhänge einmal aufgedeckt, so lautet konsequenterweise die nächste Frage, wie der Begriff der Erzeugung i.S.v. lit. e genau zu definieren ist.

659 Als Erstes muss hervorgehoben werden, dass, wie in N 656 dargetan, das Merkmal der «Erzeugung» keine Bezeichnung für einen *Wettbewerbseffekt* ist. Es geht also bei diesem Merkmal um die Abklärung, ob die zu beurteilende Verhaltensweise des Marktbeherrschers das *Potenzial* hat, eine Verknappung «der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung» herbeizuführen. Sodann muss berücksichtigt werden, dass, wie in [Seite 1471] N 634 gezeigt, die Produktionslimitierung den Oberbegriff für die Absatz- und technische Entwicklungseinschränkung bildet, mithin diese zwei Sachverhalte miterfasst, da diese letztlich stets in eine Erzeugungseinschränkung münden. Aus diesen Einsichten ist zu folgern, dass der Erzeugungsbegriff vom Rechtsanwender eine Analyse der Frage verlangt, ob (1) die inkriminierte *Verhaltensweise* eine Praktik darstellt, (2) die die *Anlage* besitzt, (3) die *Produktionskapazitäten* auf dem Markt (4) zu *reduzieren*. Dieser Einschränkungssachverhalt kann in zwei Varianten zutage treten:[2569] Entweder schränkt das Unternehmen in beherrschender Stellung seinen *eigenen output* ein (z.B. im Fall des *margin squeeze*; s. N 517 ff.)[2570] oder die missbräuchliche Verhaltensweise des Marktbeherrschers drosselt die Produktion seiner Konkurrenten,[2571] indem er diese (oder einen Teil davon) vom Markt treibt (z.B. durch Ausschliesslichkeitsbindungen)[2572] oder auf dem Markt Konkurrenten dadurch marginalisiert, dass es deren Kosten ansteigen lässt (z.B. durch *primary-line discrimination*; s. N 294).[2573] Im Resümee kann festgehalten werden, dass der Einschränkungsbegriff von Art. 7 Abs. 2 lit. e dem Rechtsanwender ein *Prüfungsprogramm* vorgibt, das die soeben ausgemachten Punkte (1)–(4) umfasst. Oder in definitorischer Umschreibung: Eine «Einschränkung» i.S.v. lit. e bezeichnet *«eine Praktik mit der Anlage, die Produktion auf dem Markt zu limitieren»*. Dieser Begriff hat **Screening-Funktion**: Er dient als «Filter», um Verhaltensweisen vom Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 2 lit. e auszusondern, die unter andere Fallgruppen als jene dieser Bestimmung fallen (oder unter gar keinen der von Art. 7 geregelten Tatbestände) fallen.

bb) Merkmalvariante 1: Erzeugung

660 Unter der Einschränkung der Erzeugung versteht man die künstliche Begrenzung der **Produktionskapazitäten** (s. N 635). Diese Verhaltensweise bewirkt nahezu immer eine Einschränkung des Angebots und lässt entsprechend die Preise ansteigen.[2574] Eine Einschränkung der Erzeugung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen liegt z.B. vor, wenn dieses ein *ausschliessliches Recht* für bestimmte Produktbestandteile besitzt und sich dafür entscheidet, *keine Ersatzteile* für das entsprechende Produkt mehr herzustellen, obwohl noch viele Exemplare dieses Produktes im Umlauf sind.[2575] Die Erzeugungs [Seite 1472] einschränkung von Konkurrenten manifestiert sich oft in der Form von *Wettbewerbsverboten*, *Spezialisierungsabkommen* oder *Verwendungsbeschränkungen*.[2576] Auch kann eine derartige Einschränkung gegeben sein, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ein *ausschliessliches Recht an einem industriellen Verfahren* von einem Konkurrenten erwirbt und dieses so nutzt, dass der Markteintritt von Dritten verunmöglicht wird.[2577] Ein anderes Mittel, die Erzeugung der Konkurrenten zu beschränken, besteht darin, sie aufzukaufen und dann deren *Produktionsstätten zu schliessen*.[2578] Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Produktionshemmung durch missbräuchliche *Prozesse (vexatious litigation)*,[2579] durch missbräuchliche Beeinflussung von *Normierungen* oder *regulatorische Instanzen*,[2580] durch technologisch unnötige *Spezifikations-* (z.B. überflüssige Schnittstellen) oder *Designänderungen*, um die Lancierung neuer Produkte oder Dienstleistungen der Konkurrenz zu behindern,[2581] sowie durch missbräuchliche FRAND-Konditionen.[2582]

661 Zuweilen wird ein Verhalten nach Art. 7 Abs. 2 lit. e mit einem solchen nach Art. 7 Abs. 2 lit. c **(Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen)** kombiniert, wodurch sich diese Strategien gegenseitig unterstützen (s. N 361).[2583] Allerdings setzt ein preislicher Verdrängungsmissbrauch nie voraus, dass eine Preiserhöhung das Niveau der Unangemessenheit i.S.v. lit. c erreicht.[2584]

cc) Merkmalvariante 2: Absatz

662 Unter Einschränkung des Absatzes versteht die WEKO die «künstliche» **Beschränkung des Marktzugangs** für aktuelle oder potenzielle Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens, ohne dass dies eine Folge der «normalen» Marktentwicklung bzw. des «Leistungswettbewerbs» wäre (was, wie in N 649 dargetan, kartellrechtlich fragwürdig ist).[2585] Als verbreitete Absatzeinschränkungen können *ausschliessliche Lieferverpflichtungen* oder *in gleicher Weise wirkende Anreiztechniken* erwähnt werden, mit welchen das qualifiziert nachfragemächtige Unternehmen versucht, seine Konkurrenten vom beherrschten Markt zu verdrängen, indem es sie daran hindert, ihren Bedarf bei den vertraglich gebundenen Anbietern zu decken; verfügt das beherrschende Unternehmen über An [Seite 1473] gebotsmacht, kann es dasselbe Schema in spiegelbildlich verdrehter Disposition nutzen, um seine Wettbewerber daran zu hindern, ihren Output an Abnehmern zu veräussern, die auf dem nachgelagerten Markt tätig sind.[2586] Unter die Fallgruppe der Absatzlimitierung fallen im Grunde sämtliche Verhaltensweisen des Marktbeherrschers, welche darauf abzielen, die Vertriebsmöglichkeiten (Marketingspektrum) der Konkurrenz durch wettbewerbswidrige horizontale Marktverschliessung zu verringern (s. N 636).[2587]

663 Was die *Struktur* missbräuchlicher Verhaltensweise anlangt, können folgende Absatzeinschränkungen hervorgehoben werden:[2588] Zunächst kann die Einschränkung des Absatzes **unilateralen Handlungen** des marktbeherrschenden Unternehmens entspringen, indem dieses seine Geschäftspartner mittels Ausübung faktischer Macht zu einer Beschränkung ihres geographischen Aktionsradius oder des Kundenkreises zwingt.[2589] Eine Illustrierung solcher Strategien findet man im Sachverhalt des *Tomra*-Urteils des EuGH, wo es unter anderem um die Beurteilung des Sachverhalts ging,

> «[…] dass Nachlässe [des marktbeherrschenden Unternehmens] für individuell angepasste Abnahmemengen, die dem gesamten oder annähernd dem gesamten Bedarf des jeweiligen Kunden […entsprachen], die gleiche Wirkung wie ausdrückliche Ausschließlichkeitsbestimmungen in dem Sinne […hatten], dass sie den Kunden veranlassten, seinen Bedarf vollständig oder annähernd bei einem beherrschenden Lieferanten zu decken».[2590]

Als weiteres Beispiel ist der Fall eines marktbeherrschenden Unternehmens zu nennen, das seine Abnehmer durch faktische Abhängigkeiten dazu bringt, die für die Wartung oder Reparatur der von ihm hergestellten Geräte benötigten Ersatzteile ausschliesslich bei ihm zu beziehen, um so den Marktzutritt von Herstellern kompatibler Komponenten zu verhindern.[2591]

664 Das zweite strukturelle Mittel für ein marktbeherrschendes Unternehmen, den Absatz einzuschränken, sind **bilaterale Handlungen**, die sich oft als Verträge mit *Handelspartnern* ausnehmen. Als praktisch wichtigste Beispiele für derartige Verhaltensweisen sind vertragliche *Ausschliesslichkeitsbindungen* zu nennen,[2592] die meist als *Alleinbezugsbindungen* oder als *Rabatte* ausgestaltet sind.[2593] Als weiteres Beispiel ist der Erwerb einer Gesellschaft samt ihrer ausschliesslichen Lizenz für eine konkurrierende Technologie zu erwähnen, welche den einzigen Schlüssel für den Eintritt in den beherrschten Markt bildet.[2594] Als veranschaulichender Fall sei hier schliesslich noch auf den Entscheid *Decca Navigator* der Europäischen Kommission hingewiesen.[2595]

[Seite 1474] dd) Merkmalvariante 3: Technische Entwicklung

665 Unter Einschränkung der technischen Entwicklung versteht man die **Hemmung von Innovation** (s. N 637).[2596] In den Materialien wird diese Fallkonstellation anhand folgender Beispiele versinnbildlicht: «So fällt bspw. der Erwerb oder auch das blosse Halten von Patenten dann unter den Missbrauchstatbestand, wenn das Vorgehen des marktbeherrschenden Unternehmens lediglich dazu dient, anderen Unternehmen neue technische Entwicklungen zu sperren (sog. Sperrpatente). Missbräuchlich sind ferner Verträge zur Errichtung eines *Patent-Pools* oder *Cross-licensing-Verträge*, wenn sie nur dazu benutzt werden, *Markteintrittsbarrieren* aufzubauen oder Verdrängungsstrategien umzusetzen. Eine missbräuchliche Behinderung der Innovation, welche nicht in einem direkten Zusammenhang mit einem Immaterialgüterrecht steht, stellt etwa die Weigerung eines Herstellers hochspezialisierter Güter dar, ausreichende technische Daten bekannt zu geben, um zu verhindern, dass andere Unternehmen Produkte entwickeln, welche diese Güter ergänzen».[2597] Wie bei den anderen Dimensionen des Einschränkungstatbestandes (s. N 660 f., 662 ff.) kann hier ebenfalls danach differenziert werden, ob das marktbeherrschende Unternehmen die *eigenen* oder *fremde* technische Entwicklungen durch unilaterales Verhalten einschränkt:[2598]

666 Empirisch gesehen lässt sich nur in Ausnahmefällen beweisen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig **auf eine eigene technische Entwicklung verzichtet** hat.[2599] Diese Schwierigkeiten stehen im Zusammenhang mit dem Umstand, dass Art. 7 Abs. 2 lit. e nicht zum Ergebnis führen darf, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen (quantitativ oder qualitativ) zur Innovation verpflichtet wird, was entsprechend hohe Anforderungen an den Nachweis eines solchen Gesetzesverstosses stellt.[2600] Kartellrechtlich bedeutungslos ist ferner eine Vertragsklausel des Inhalts, dass der Marktbeherrscher zur *«zumutbaren»* technischen Entwicklung verpflichtet ist, weil die Zumutbarkeit (als zukunftsgerichtetes Kriterium) kaum je schlüssig geprüft werden kann.[2601] Einem Unternehmen muss selbst in beherrschender Stellung frei stehen, aus Gründen der Rentabilität oder der Rationalisierung auf technische Neuerungen zu verzichten.

667 Deshalb ist in aller Regel der Fall, wo ein marktbeherrschendes Unternehmen die technische Entwicklung von **Drittunternehmen** einschränkt, praktisch wichtiger.[2602] Vielfach wird dieser Tatbestand in der Form einer technischen Behinderung erfüllt,

sei es, dass notwendige technische Daten (z.B. Schnittstellen; s. N 197, 222, 261) vorenthalten werden, um wettbewerbswilligen Dritten die Teilnahme am relevanten Markt zu verunmög [Seite 1475] lichen oder zumindest erheblich zu erschweren,[2603] sei es, dass eine Kompatibilität ihrer Anlagen mit denjenigen des Marktbeherrschers durch Geheimhaltung der technischen Standards verunmöglicht wird.[2604] Im Allgemeinen ist freilich in solchen Fällen der Missbrauchsstandard von Art. 7 Abs. 2 lit. a angemessener, sodass dieser Vorrang als *lex specialis* geniesst (s. N 182).[2605] Dem Handlungsmuster von lit. e zuzuschlagen sind demgegenüber das Streben eines Unternehmens in beherrschender Stellung danach, sein Know-how geheim zu halten, damit andere Unternehmen keine Produkte zu entwickeln vermögen, welche mit den eigenen Produkten des Know-how-Inhabers komplementär sind.[2606] In anderen Fällen von Einschränkung der technischen Entwicklung Dritter wird auf das Mittel der immaterialgüterrechtlich untermauerten Limitierung innovatorischer Vorhaben von Rivalen auf dem beherrschten Markt zurückgegriffen.[2607] So fällt der Erwerb (oder das blosse Halten) von Patenten unter Art. 7 Abs. 2 lit. e, wenn das Vorgehen des marktbeherrschenden Unternehmens ausschliesslich dazu dient, anderen Unternehmen die Einführung und den Vertrieb technisch innovativer Produkte oder Dienstleistungen auf dem relevanten Markt zu versperren (sog. *Sperrpatente*).[2608] Das marktbeherrschende Unternehmen geht dabei meist so vor, dass es eine erhebliche Anzahl von Patenten begründet und registriert, die sich überschneiden und für eine gerichtliche Anfechtung zu kostspielig sind, weil jedes in Frage stehende Patente einen eigenen Entscheid erfordert. Es kann auch eine neue Technologie patentieren lassen, ohne seine Handelspartner (*idealiter* ein Verband, der branchenweit Standards setzt) darüber zu informieren, in der Hoffnung, dereinst hohe Lizenzgebühren verlangen zu können, wenn die patentierte Technologie als Standard etabliert ist.[2609]

668 Das Unternehmen in beherrschender Stellung kann die Einschränkung der technischen Entwicklung anderer Unternehmen auch über das Mittel von Vertragsklauseln oder sogar von Vertragsverhandlungen als Verschleppungstaktik erreichen.[2610] In diesem Zusammenhang ist vor allem die vertragliche Errichtung eines **Patent-Pools** oder eines **Cross-licensing** zu erwähnen.[2611] In Betracht kommt sodann die dem Lizenznehmer oktroyierte Verpflichtung, das lizenzierte Gut nicht weiterzuentwickeln. Weitere Beispiele sind der Erwerb einer ausschliesslichen Lizenz für eine konkurrierende Technologie, welche den [Seite 1476] Schlüssel für den Eintritt in den beherrschten Markt darstellt,[2612] die übermässige Verzögerung von Vertragsverhandlungen über eine Lizenzvergabe oder die Stellung übertriebener Forderungen im Rahmen solcher Verhandlungen.[2613] Die Auflage der Cablecom GmbH an die Teleclub AG, digitale Programme von Teleclub ausschliesslich über die Digitalplattform von Cablecom zu übertragen, wurde in diesem Sinne als Einschränkung der technischen Entwicklung gewertet.[2614] Schliesslich kann auch die Übernahme von Konkurrenzunternehmen missbräuchlich sein, die Immaterialgüterrechte halten, welche komplementär zu denjenigen des Marktbeherrschers sind, um bedeutsame Pools solcher Rechte zu bilden.[2615]

c) Merkmal II: Wettbewerbsbeeinträchtigung

aa) Allgemeines

669 Nach Art. 7 Abs. 2 lit. e verlangt die Behördenpraxis eine Wettbewerbsbehinderung, die die Gestalt einer **Marktzugangsbeschränkung** von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten annimmt, ohne dass dies Folge einer «*normalen* Marktentwicklung» ist.[2616] Ein Teil der Lehre ist jedoch der Auffassung, dass die Einschränkung von Erzeugung, Absatz und/oder technischer Entwicklung schon dann missbräuchlich ist, wenn die Wettbewerbsfähigkeit der Mitbewerber betroffen ist, ohne darüber hinaus eine Schädigung des wirksamen Wettbewerbs als Koordinationssystem der Wirtschaft zu verlangen.[2617] Gewisse Autoren scheinen – zumindest implizit – ganz auf das Erfordernis einer wettbewerbsschädlichen Wirkung zu verzichten.[2618] Die

Schädigung der Konsumentenwohlfahrt im Zusammenhang mit einer Erzeugungseinschränkung i.S.v. lit. e wird in Lehre und Praxis eher selten thematisiert. Insofern kann gesagt werden, dass das Spektrum der Auffassungen in Bezug auf das Merkmal II von lit. e verhältnismässig breit ausgezogen ist.

bb) Wettbewerbsschädigung

670 Es wurde in N 631 ausgeführt, dass lit. e Verhaltensweisen untersagt, die «künstlich» Möglichkeiten von Rivalen beschneiden, die diesen ansonsten offenständen.[2619] Wird [Seite 1477] freilich bloss das Werben dieser Rivalen auf dem Markt erschwert, ohne dieses «künstlich» zu beschränken, ist dagegen kartellrechtlich nichts einzuwenden. Was in diesem Adjektiv «künstlich» genau enthalten ist, muss nun aber näher erläutert werde. Wird darunter lediglich eine verhaltensbedingte Behinderung von Konkurrenten begriffen, so bedeutet das nicht, dass wirksamer Wettbewerb geschädigt wird. Denn, wie schon wiederholt in dieser Kommentierung von Art. 7 erwähnt wurde (s. N 230), ist aus industrieökonomischer Warte der Schluss von einer Wettbewer*ber*-Behinderung auf eine Wettbewer*bs*-Schädigung unstatthaft. Dass ein von lit. e erfasstes Verhalten eine Wettbewerbsschädigung erzeugt, muss nebst der Rivalenbehinderung *gesondert* dargetan werden. Ohne diesen Nachweis liefe die Entscheidung auf einen Schutz der *Konkurrenten* und nicht der Konkurrenz hinaus (s. N 150). Das entspricht dem im EuGH-Urteil *Hoffmann-La Roche* aufgestellten Prinzip, dass «[…] Artikel 86 [heute: Art. 102 AEUV …] auf Verhaltensweisen [zielt …, die] einen Zustand wirksamen Wettbewerbs […] beeinträchtigen».[2620] Einen allgemeinen Test hierfür besteht bekanntlich nicht; deshalb muss die Untersuchung nach Schweizer Spruchpraxis *einzelfallweise* durchgeführt werden (s. N 113, 120).[2621]

cc) Konsumentenwohlfahrtsschädigung

671 In N 633 wurde dargelegt, dass Art. 7 Abs. 2 lit. e ohne ein Kriterium, das angibt, wann ein Behinderungsverhalten wettbewerbsschädlich ist, **unvollständig** bleibt. Deshalb muss der hinter dieser Bestimmung stehende «Plan» über den Wortlaut hinaus ergänzt werden. Der wettbewerbspolitische Standard (s. N 111, 114 ff.), die Industrieökonomik (s. N 650) und die europarechtliche Herkunft von Art. 7 Abs. 2 lit. e (s. N 633) legen nahe, die Ergänzung mit dem Kriterium der *Konsumentenwohlfahrt* vorzunehmen. Insofern ist es erforderlich, dass die Prüfung der Frage, ob ein Verdrängungsverhalten nach lit. e zulässig oder unzulässig ist, anhand der Evaluation vorgenommen wird, ob die Effekte eines solchen Verhaltens die *Verbraucher* schädigen oder nicht.[2622] Diese Untersuchung ist, wie schon erwähnt (s. N 150 f.), in der Regel mit Hilfe folgender Faktoren, die der Prioritätenmitteilung entnommen sind, durchzuführen: die Stellung des marktbeherrschenden Unternehmens, die Bedingungen auf dem relevanten Markt, die Stellung des Wettbewerbers des marktbeherrschenden Unternehmens, die Stellung der Abnehmer bzw. der Anbieter von Inputs, das Ausmass des mutmasslich missbräuchlichen Verhaltens, die möglichen Beweise für eine tatsächliche Marktverschliessung und die unmittelbaren Beweise einer Behinderungsstrategie.[2623] Für Einzelheiten sei in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen in N 147 ff. verwiesen.

d) Merkmal III: Kausalität

672 Vgl. N 152 ff.

[Seite 1478] *e) Merkmal IV: Legitimate business reasons*

673 Wie bei den anderen Fallbeispielen von Art. 7 Abs. 2 kann auch die missbräuchliche Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung gerechtfertigt werden.[2624] Die inkriminierte Praktik kann ein objektiv notwendiges

Verhalten[2625] oder ein Verhalten, das Effizienzvorteile realisiert, welche die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen **zulasten des Verbrauchers aufwiegen**, darstellen.[2626] Für Einzelheiten sei auf die Ausführungen in N 170 ff. hingewiesen.

7. Rechtsfolgen

674 Die generelle Frage der *behavioural remedies* wurde in N 263 behandelt. Das dort Gesagte hat auch vorliegend Gültigkeit.[2627]

VII. Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG)

1. Allgemeines

675 Art. 7 Abs. 2 lit. f erwähnt (als letzte Fallgruppe des Katalogs von Abs. 2) die Unzulässigkeit einer an den Abschluss von Verträgen gekoppelten Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen. Diese Verhaltensweise wird in Doktrin und Praxis regelmässig unter der Bezeichnung des **«Koppelungsgeschäftes»** oder einer *«Koppelungspraktik» («affaires liées», «ventes liées», «jumelage»; «tying, bundling»)* angesprochen. Nach den Materialien liegt ein solcher Sachverhalt vor, wenn – auf Angebot- oder Nachfrageseite – der Abschluss eines Geschäfts von Zugeständnissen im Hinblick auf ein zusätzlich zu erwerbendes Gut *(gekoppeltes Gut, zuweilen auch «Wettbewerbsgut»)* abhängig gemacht wird, das keinen funktionalen oder von den Handelsbräuchen bedingten Bezug zum Grundgeschäft *(koppelndes Gut, zuweilen auch «Marktbeherrschungsgut»)* hat.[2628] Freilich gibt es im Koppelungskartellrecht keine feste Terminologie. Wir folgen hier dem Vorschlag von BELLAMY/CHILD, der den Vorzug hat, auf Anhieb begriffliche Klarheit zu schaffen:

> «There are no universally accepted definitions of *tying* and *bundling*. The two terms themselves are often used without distinction, although in the strict sense *tying* may be thought of as arising when an undertaking *sells the tied product separately but will not sell the tying product separately*, whereas […] *bundling* arises when an undertaking *will not sell either product separately but only the two together as a package*».[2629]

In den nachstehenden Ausführungen werden wir die verschiedenen Begriffe, die unter Art. 7 Abs. 2 lit. f zu entwickeln erforderlich sind, auf dieser Basis gründen lassen (s. N 679 ff.).

676 [Seite 1479] Industrieökonomisch wirkt sich ein Koppelungsgeschäft *prima facie* weder positiv noch negativ auf den Wettbewerbsprozess aus, sondern bedarf zu seiner Beurteilung stets der Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles. Dieses Geschäft kann zu **verschiedenartigen geschäftsstrategischen Zielen** eingesetzt werden.[2630] Zu nennen sind zur Veranschaulichung etwa (1) die Qualitätssicherung, (2) die Erlangung von Kostenvorteilen, (3) die Preisdiskriminierung, (4) die Verlagerung gewisser Risiken auf den Geschäftspartner, (5) die Absatzförderung des koppelnden Gutes (a) durch Neutralisierung der Wettbewerbswirkungen, die von anderen Märkten als demjenigen des soeben erwähnten Gutes ausgehen, (b) durch Verhindern einer *double marginalisation*, (c) durch die Steigerung von Marketingmassnahmen zur Promotion des koppelnden Gutes, (d) durch gewinnbringende oder sonst sachlich wünschenswerte Kombination von Rohstoffen, oder (e) durch die Nutzung von *economies of scales* oder *scopes* auf dem Markt des gekoppelten Gutes.[2631] Zwischen den unternehmerischen Zielen einer Koppelungsstrategie und deren Wettbewerbseffekten bestehen nicht zwangsläufig eine sachliche Beziehungen.[2632] Und zwar deshalb nicht, weil die antikompetitiven Wirkungen des *tying/bundling* – was, wie in N 74 ff. nachgewiesen, für sämtliche Formen des Missbrauches gilt – nicht von den Absichten des koppelnden Unternehmens abhängen, das mit seinem Verhalten im Übrigen oft auch mehrere Ziele zugleich verfolgt. Worauf es allein ankommt, ist der Nachweis eines objektiv strategischen Planes (s. N 76).

2. Entstehungsgeschichte

Art. 7 Abs. 2 lit. f basiert auf **Art. 6 Abs. 3 KG 85**, welcher Koppelungsgeschäfte als Behinderungsfolgen der Vorkehr eines Kartells oder einer sog. ähnlichen Organisation untersagte.[2633] **677**

3. Verhaltenstypologie

Ein Koppelungsgeschäft kann sich sowohl auf *Produkte* als auch auf *Dienstleistungen* beziehen. Im Kontext von Art. 7 Abs. 2 lit. f werden diese Begriffe zusammen mit dem Ausdruck *«Gut»* bezeichnet. Art. 7 Abs. 2 lit. f erfasst Koppelungen sowohl auf der Angebotsseite als auch auf der Nachfrageseite.[2634] In diesem Kommentar von Art. 7 wird nachfolgend die (gewöhnliche) Situation anvisiert, in welcher das marktbeherrschende Unternehmen die gekoppelten Güter anbietet (und nicht diejenige, in der es der Nachfrager ist). Die Parteien eines Koppelungsgeschäftes werden somit ihrerseits als *«Anbieter»* und *«Abnehmer»* bezeichnet. Der Anbieter stellt die Partei dar, welche der anderen Partei die gekoppelten Güter offeriert. Der Abnehmer bildet die Partei, welche das Koppelungsangebot akzeptiert. In *nichtjuristischer* Diktion ist das «koppelnde» Gut dasjenige, welches der Abnehmer *erwerben möchte*, das «gekoppelte» Gut dasjenige, welches er ohne [Seite 1480] entsprechende Bedingung des Anbieters *nicht erwerben würde*. In *kartellrechtlicher* Terminologie bezeichnen wir als **koppelndes Gut** dasjenige, welches das qualifiziert marktmächtige Unternehmen auf dem *beherrschten* Markt anbietet, als **gekoppeltes Gut** dasjenige, das es auf einem Markt offeriert, den es *nicht beherrscht*.[2635] Ein Koppelungsgeschäft kann *mehrere* koppelnde/gekoppelte Güter zum Gegenstand haben. Die Verwendung der Begriffe «koppelndes» und «gekoppeltes Gut» in der *Einzahl* erfolgt im Wissen darum, dass ein Koppelungsgeschäft **mehrere Güter in beiden Begriffskategorien** umfassen kann. **678**

Nach Massgabe des Kriteriums der **Parteipflichten**, die am Koppelungsgeschäft beteiligt sind, können folgende Vereinbarungen unterschieden werden: **679**

(1) Beim **Koppelungsgeschäft** werden zwei Leistungen verknüpft, die durch dieselbe Vertragspartei oder unter Mitwirkung eines von dieser gewählten Dritten zu erfüllen sind.[2636] Als Beispiel sei die Miete einer Wohnung erwähnt, die mit dem Kauf des sich darin befindlichen Mobiliars kombiniert wird. Den Vermieter/Verkäufer treffen sowohl in miet- als auch kaufrechtlicher Hinsicht die typischen vertragsrechtlichen Pflichten, also einerseits die *Übergabe* des Mietobjektes zum Gebrauch und andererseits die *Übertragung* des Mobiliars zu Eigentum. Der Anbieter des koppelnden Gutes braucht nicht auch Anbieter des gekoppelten zu sein[2637]. Im Lichte von lit. f ist es hinreichend, dass der Abnehmer der Pflicht zustimmt, zwei Leistungen entgegenzunehmen. Solches wäre der Fall, wenn der Vermieter einer Veranstaltungsstätte (z.B. für ein Konzert, eine Theateraufführung und dergleichen mehr) den Abschluss des Mietvertrages davon abhängig macht, dass der Mieter einen Ticketingvertrag mit einem Kooperationspartner des beherrschenden Unternehmens (d.h. des Vermieters) eingeht. **680**

(2) Beim **Reziprozitätsgeschäft** wird von der einen Partei eine Leistung angeboten, die nur unter der Bedingung der Erfüllung einer Gegenleistung der anderen Vertragspartei zustande kommt (in diesem Sinne werden die gekoppelten Leistungen nicht durch dieselbe Vertragspartei erfüllt).[2638] Ein Beispiel für diese Art von Geschäft ist der Fall, wo der Kauf eines Gutes durch den Händler an die Bedingung gekoppelt wird, dass der Hersteller desselben an dessen Marketingprogramm teilnimmt. M.a. W.: Der Hersteller erfüllt die Marketingleistung (gekoppeltes Gut), während der Händler das Entgelt für das koppelnde Gut leistet. **681**

Hinsichtlich der **Koppelungstechnik**, also der Art und Weise, wie Güter miteinander gekoppelt werden, unterscheidet man herkömmlicherweise folgende Fachbegriffe:[2639] **682**

(1) Das sog. ***tying* (Verbundgeschäft)** bezeichnet den Sachverhalt, bei dem ein Gut immer nur in *Kombination* mit einem *zweiten* Gut verkauft wird, was allerdings nicht umgekehrt gilt; das zweite Gut wird auch *ungekoppelt* angeboten (*konkret*: Verkauf in **683**

der [Seite 1481] Kombination *xy* oder *y* allein, aber nie *x* allein). Die beiden Güter können in physisch oder technologisch *fixer* Relation zueinander stehen (*static tying*; z.B. *Windows* kombiniert mit *Media Player*) oder in einem physisch oder technologisch *losen* Verhältnis aufeinander bezogen sein (*dynamic tying*; z.B. Fotokopierer kombiniert mit Papier).[2640] Ein *tying* lag gemäss WEKO im Entscheid *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* vor, in dem es um den Fall ging, dass die SDA das Angebot des News-Basisdienstes vom gleichzeitigen Bezug eines Regionaldienstes und/oder eines anderen Zusatzdienstes abhängig machte.[2641]

(2) Ein sog. ***pure bundling*** (**Bündelgeschäft** oder **Bündelung**) liegt vor, wenn ein Gut nur unter der Voraussetzung veräussert wird, dass auch gleichzeitig ein anderes Gut übernommen wird (*konkret*: Güter *x* und *y* werden nur in Kombination *xy* angeboten). Ein allseits bekanntes Beispiel hierfür ist der Fall, da ein Shampoo nur zusammen mit einem Hair Conditioner veräussert wird.[2642] Im Fall *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* bestand gemäss WEKO ein *pure bundling*, da die SDA eine gemeinsame Vermarktung des News-Basisdienstes und des Sport-Basisdienstes praktizierte.[2643] Ebenso verhielt es sich im Fall *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, wo die Veranstaltungsstätte nur zusammen mit der Ticketingklausel gemietet werden konnte.[2644] **684**

(3) Beim sog. ***mixed bundling*** **(Anreizgeschäft)** ist der Anbieter grundsätzlich bereit, die Güter auch separat anzubieten, dies freilich nur zu schlechteren Konditionen (*konkret*: Verkauf entweder in der Kombination *xy* oder *x* allein bzw. *y* allein, dann allerdings bloss zu ungünstigerem Preis oder zu unvorteilhafteren Geschäftsbedingungen).[2645] Zur Illustration sei der Verkauf eines Saisonabonnements oder eines Hin- und Rückflugtickets erwähnt.[2646] Diese Geschäfte stellen Beispiele von sog. *Sortimentsrabatte* dar, die wie in N 737 erläutert, eine Begriffsvariante des *mixed bundling* bilden. Der marktbeherrschende Anbieter sucht in dieser Fallkonstellation den Abnehmer dazu zu motivieren, sich bei ihm mit Gütern einzudecken, indem er mit Rabatten *incentives* schafft, die den Preis bzw. allfällige preiswürdige Konditionen, welche meist am Kriterium der bezogenen Menge gemessen werden, progressiv-sinkend abstufen. Wie in N 678 näher dargestellt, erreicht der Anbieter auf diese Weise, dass der Abnehmer nicht nur Güter auf dem beherrschten Markt, sondern auch Güter, die von Konkurrenten auf anderen Märkten angeboten werden, bei ihm bezieht.[2647] Ein *mixed bundling* nahm die WEKO im Fall *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA* an, wo die SDA einen Rabatt beim Bezug des News-Basisdienstes zusammen mit dem Sport-Basisdienst bzw. mit einem anderen SDA-Dienst gewährte.[2648] In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich das *mixed bundling* faktisch dem *pure bundling* annähert, wenn der ursprünglich feste Preis der unabhängig voneinander angebotenen Güter bei gleichzeitigem Vorliegen eines preisgünstigen Kombinationsangebots erhöht wird. **685**

Während die **anwendbaren Regeln des Kartellgesetzes** für das *pure bundling* wie für das *tying* sehr ähnlich ausgestaltet sind, gilt dies nicht durchweg für das *mixed bundling*. [Seite 1482] Die zwei ersten Kategorien bezeichnen wir nachstehend als «Koppelungsgeschäft im *engeren* Sinne», die letzte Kategorie als «Koppelungsgeschäft im *weiteren* Sinne».[2649] **686**

Im Hinblick auf die **Struktur der Koppelung** wird zwischen zwei Kategorien von Praktiken unterschieden,[2650] wobei jede Kategorie für jede Koppelungstechnik (s. N 682 ff.) anwendbar ist[2651]: **687**

(1) Koppelungsgeschäfte können einmal auf **Verträgen** *(contractual tying)* gründen. Die Kombination der Güter ergibt sich in diesem Fall aus einem *rechtsgeschäftlichen Konsens*. **688**

(2) Koppelungsgeschäfte können sodann auch auf einer *unilateral-strategischen* Entscheidung des (beherrschenden) Anbieters beruhen, und zwar insofern, als die betreffenden Güter **technologisch/faktisch** miteinander so verbunden werden, dass das eine Gut den Abnehmern nicht ohne das andere zur Verfügung gestellt wird **689**

(technical/technological tying).[2652] Die Kombination dieser Güter ist somit letztlich das Resultat der *Ausgestaltung* der betroffenen Produkte/Dienstleistungen.[2653] Wettbewerbsrechtlich wirft dieser Fall vielerlei Fragen auf, die in der Spruchpraxis nicht restlos geklärt sind.[2654] Zu bedenken gilt es in diesem Zusammenhang namentlich, dass eine *technologisch/faktisch* ausgerichtete Koppelungspraktik für den Marktbeherrscher solange durchsetzbar ist, als es den Konkurrenten nicht gelingt, kompatible Güter herzustellen und ihren Rückstand aufzuholen. Wie die Verhaltensweise des Unternehmens in beherrschender Position zu beurteilen ist, während die technologische *Adaptationsperiode* seiner Rivalen auf dem beherrschten Markt andauert, ist eine Frage, die in N 222 diskutiert wird.

690 Um diese Differenz an der vorliegenden Stelle anschaulich zu illustrieren, greifen wir kurz auf die Effekte der Koppelungsgeschäfte vor, die grundsätzlich bei den Missbrauchsmerkmalen (s. N 746 ff.) behandelt werden. Die beiden Kategorien von Koppelungspraktiken *(contractual tying – technical/technological tying)* können vergleichbare **wettbewerbsschädliche Auswirkungen** haben.[2655] Allerdings scheint ein Teil der Doktrin den *vertraglichen* Koppelungspraktiken gegenüber *strenger* eingestellt zu sein.[2656] [Seite 1483] Demgegenüber ist die Europäische Kommission der Meinung, die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung sei grösser, wenn eine technische Koppelung, die nur mit hohen Kosten rückgängig gemacht werden kann, praktiziert wird.[2657] Industrieökonomisch ist diese Auffassung fragwürdig. Beide Praktiken – also vertragliches und faktisches Koppelungsgeschäft – können je nach Ausrichtung der Geschäftspolitik des Unternehmens in beherrschender Stellung in bestimmten – wenn auch gewiss nicht in allen – Fällen *positive* Wohlfahrtseffekte generieren. Das Bundesverwaltungsgericht liess unlängst in einem Entscheid zurecht verlauten, dass kein sachlich ausreichender Grund für eine unterschiedliche Behandlung von vertraglichen und faktischen Koppelungen vorliege.[2658] In diesem Zusammenhang gilt es O'DONOGHUE/PADILLAs ausgewogene Sicht der Dinge stets im Hinterkopf zu behalten: «[T]he circumstances in which tying would lead to anticompetitive effects are restricted and hard to verify. The models that have been put forward for the purpose of identifying such effects rely on highly specific market structures, and the results are very sensitive to changes in the underlying assumptions».[2659]

691 Das Koppelungsgeschäft ist im vorliegenden Abschnitt von der **Mindestkaufmenge** und vom **Exklusivbezug** abzugrenzen. Von Mindestkaufmenge spricht man dann, wenn der Abnehmer verpflichtet ist, ein Minimum an Gütern vom Anbieter zu beziehen.[2660] Demgegenüber ist von *Exklusivbezug* die Rede, wenn den Abnehmer die Pflicht trifft, vom Erwerb von Konkurrenzprodukten abzusehen.[2661] Die Ausschliesslichkeit kann sich auf die ganze Palette der durch den Erwerber bezogenen Güter beziehen oder nur auf einen einzigen Gutstyp. Im Allgemeinen ist die Exklusivität vertraglich immer mit der Vereinbarung einer gewissen Dauer verbunden, was bei einem Koppelungsgeschäft nicht zwangsläufig der Fall ist. Zur Illustration kann das Beispiel des Barinhabers dienen, der sich bei einem Lieferanten verpflichtet, nur dessen kohlensäurehaltige Getränke zu beziehen, dies unter Ausschluss von Konkurrenzprodukten (Exklusivbezug). Wenn er sich verpflichtet, eine Mindestmenge an Getränken zu bestellen, hat man es hingegen mit einer Mindestkaufmenge zu tun. Wie die Koppelungspraktiken binden Exklusivbezug und Mindestkaufmengen den Abnehmer an den Anbieter und halten im Ergebnis die Konkurrenz des Anbieters fern. Allerdings unterscheiden sich die beiden Verhaltensweisen voneinander im Hinblick auf die Zahl der von der Verpflichtung betroffenen Güter: Das Koppelungsgeschäft betrifft im Minimum zwei Güter (das koppelnde und das gekoppelte Gut), während der Exklusivbezug und die Mindestkaufmengen auch nur ein Gut umfassen können. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die in Frage stehenden Verhaltensweisen unterschiedliche geschäftsstrategische Ziele (s. N 676) erfüllen.[2662]

4. Fallgruppenrelationen

Ohne auf die Analyse der Auswirkungen von Koppelungsgeschäften vorzugreifen, die im Zusammenhang mit dem Merkmal III (s. N 746 ff.) vertieft behandelt wird, gilt es schon [Seite 1484] hier hervorzuheben, dass die Abgrenzung der in den vorausgehenden Ausführungen definierten Koppelungspraktiken (s. N 678 ff.) von **anderen Formen der wettbewerbswidrigen vertikalen Marktverschliessung** (s. N 83) insofern anspruchsvoll ist, als sie identische Auswirkungen auf den Wettbewerb zeitigen können.[2663] Dennoch soll versucht werden, die Koppelungsgeschäfte von den anderen in Art. 7 Abs. 2 erwähnten Verhaltensweisen abzugrenzen: **692**

(1) Das **geschäftsverweigernde Koppelungsgeschäft** (Art. 7 Abs. 2 lit. f und a) ist grundsätzlich nach den in N 205 dargelegten Kriterien zu qualifizieren. Im Sinne einer Präzisierung sei angefügt: Sofern die Geschäftsverweigerung dazu benutzt wird, den Abnehmer dazu zu zwingen, die Koppelung von Gütern zu akzeptieren, hat sie den gleichen Effekt wie eine Koppelungsbedingung *in forma specifica*.[2664] Als Beispiel wäre z.B. ein Rundfunkunternehmen zu nennen, das sich weigert, Sendezeit an Telefonmarketingunternehmen zu veräussern, sofern diese andere Telefonnummern verwenden als die vom Rundfunkunternehmen vorgeschlagenen.[2665] Im Fall *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* hat die WEKO die Tatsache, dass ein Händler, welcher mit Multipay einen Acquiring-Vertrag (Akzeptanzdienstleistungen) abgeschlossen hatte, wonach DCC-Dienstleistung bei Multipay nur über ein Terminal der Tochtergesellschaft Card Solutions beziehen durfte, als «geschäftsverweigernde technologische Koppelung» qualifiziert.[2666] Die beiden Praktiken unterscheiden sich jedoch in ihrer Form: Das Koppelungsgeschäft strebt den Austausch der Güter an, während die Geschäftsverweigerung einen solchen Austausch eben gerade verhindern will.[2667] Darüber hinaus vermag die Geschäftsverweigerung gewisse geschäftsstrategische Ziele (s. N 676) des Koppelungsgeschäftes nicht zu erfüllen.[2668] **693**

(2) Das **unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingende Koppelungsgeschäft** (Art. 7 Abs. 2 lit. f und c): s. N 367.[2669] **694**

(3) Das **Koppelungsgeschäft als Grundlage für eine prädatorische Strategie** (Art. 7 Abs. 2 lit. f und d).[2670] **695**

(4) Das **Erzeugung und andere Marktprozesse limitierende Koppelungsgeschäft** (Art. 7 Abs. 2 lit. f und e): s. N 648. **696**

[Seite 1485] *5. Industrieökonomik*

a) Allgemeines

Das **industrieökonomische Verständnis** des Koppelungsgeschäfts hat sich in den letzten Jahrzehnten radikal gewandelt: Während in der ersten Hälfte des 20. Jh. dem Koppelungsgeschäft noch ein systematisches Misstrauen entgegengebracht wurde, schlug diese Haltung mit dem Aufblühen der *Chicago School* in den 1970er Jahren in ein zum Teil fast tendenziös anmutendes Vertrauen um. In den 1990er Jahren kam es alsdann mit der *Post Chicago Economics* zu einer Relativierung dieser zwei extremen Ansichten, indem das Koppelungsgeschäft zwar als potenziell wettbewerbsschädlich eingestuft wurde, aber nur unter restriktiven Voraussetzungen.[2671] Die ökonomische Literatur lehrt, dass *tying* und *bundling* oft zu Effizienzgewinnen führen (Reduktion von Produktions-, Informations- und Transaktionskosten),[2672] aber auch zu wettbewerbsbeschränkenden Zwecken verwendet werden können (Verdrängung von Wettbewerbern, unangemessene Preise usw.)[2673] und dass der Anbieter manchmal auf diese beiden Praktiken zurückgreift, um die Marktgegenseite preislich zu diskriminieren, dies mit ambivalenter Wirkung. Es handelt sich mithin um Verhaltensweisen mit mehrdeutigen wettbewerblichen Konsequenzen. Deshalb ist davon auszugehen, dass es in der Regel eine vertiefte Untersuchung der genauen Umstände des Einzelfalles und zumal der betroffenen Märkte braucht, bevor ein **697**

Urteil darüber getroffen werden kann, ob ein Koppelungsgeschäft wettbewerbsintensivierende (s. N 698 ff.) oder wettbewerbsschädliche Effekte (s. N 704 ff.) erzeugt.[2674]

b) Wettbewerbsintensivierungseffekte

698 Koppelungspraktiken können die Ursache gewichtiger **Effizienzgewinne** sein, die sich folgendermassen kategorisieren lassen:[2675]

699 (1) Vorab können sie **Grössen**- und **Verbundvorteile** in Produktion oder Verteilung schaffen (zur Kosteneffizienz, s. N 115).[2676] *In nuce*: Die Senkung der durchschnittlichen Produktions- oder Vertriebskosten eines Gutes bei gleichzeitiger Steigerung der Menge dieses Gutes erzeugt Grössenvorteile oder *economies of scale*.[2677] Die Kostensenkungen, die ein Unternehmen durch Produktion und Vertrieb unterschiedlicher Produkte in Nutzung einheitlicher Produktions- oder Vertriebsfaktoren erzielt, werden als Verbundvorteile oder *economies of scope* bezeichnet.[2678] Zur Verdeutlichung sei ein Beispiel aus der Automobilbranche angeführt: Die Automobilhersteller bieten seit geraumer Zeit Fahr [Seite 1486] zeugserien an, die jeweils über mehrere spezifische Zusatzeinrichtungen verfügen, welche auf den statistisch häufigst anzutreffenden Wünschen einer Kundengruppe basieren. Auf diese Weise können sie eine entsprechende Montagekette einrichten, mit der notwendigen Infrastruktur zur Ausstattung der Serie. Die Skalen- und Verbundvorteile, die durch die Fliessbandproduktion und durch die Senkung der administrativen Kosten erzielt werden, führen zu einem Preis des Serienfahrzeugs, der verglichen mit dem Preis für ein Fahrzeug, das für jeden Kunden entsprechend seinen spezifischen Wünschen einzeln angefertigt wird, geringer ist.[2679] Der Hersteller spart so die sog. Komplexitätskosten *(complexity costs)* und kann diese Ersparnis dem Käufer zugutekommen lassen.[2680]

700 (2) Effizienzgewinne können auch auf die **Senkung der Suchkosten** der Abnehmer zurückzuführen sein. Ein Koppelungsgeschäft erlaubt eine Reduktion der Suchkosten, die den Nachfragern bei der Ermittlung nach der idealen Kombination von Gütern für die Befriedigung eines komplexen Bedürfnisses anfallen.[2681] Illustrativ sind die einzelnen Bestandteile eines Textverarbeitungsprogramms (automatische Rechtschreibprüfung, Synonymglossar etc.), die früher unabhängig von der Basis-Software auf den Markt kamen.[2682] Heute werden sie integriert angeboten: Diese Kombination rührt einerseits von technologischen Entwicklungen (schnellere Rechner und grössere Speicherkapazitäten) her, aber vor allem vom Bedürfnis des Anwenders, der nach einer Zeitersparnis verlangt, die durch die Vorauswahl der besten Programmkombination, die Installation dieser Programme und deren benutzerfreundliche Verwendung erreicht werden kann.[2683]

701 (3) Auch die **Verbesserung des Gutes** kann effizienztheoretisch von Relevanz sein (zur *dynamischen Effizienz*, s. N 115). Wenn Güter gekoppelt werden, können die Gewinne aus dieser Koppelung durch deren synergetische Wirkung grösser sein als die Gewinne, die der Summe der einzelnen ungekoppelten Güter entsprechen.[2684] Man kann das soeben angeführte Beispiel nochmals aufnehmen: Ein integriertes Textverarbeitungsprogramm ist nicht nur ein Zeitgewinn für den Anwender, sondern vor allem auch ein besseres Produkt, weil die gemeinsame Programmierung der Software mit einer automatischen Rechtschreibeprüfung eine optimale Kompatibilität der beiden Bestandteile und eine Verminderung des verwendeten Speicherplatzes auf dem Computer ermöglicht.

702 (4) Weitere Effizienzgewinne können durch **Qualitätssicherung** erzielt werden: Ein Koppelungsgeschäft vermag zuweilen sowohl für den Anbieter als auch für den Abnehmer eine bessere Qualität garantieren.[2685] Tatsächlich müssen die Bestandteile einer funktionellen Einheit gewissen Qualitätsanforderungen genügen, um deren einwandfreie Funktion zu garantieren. Der Anbieter muss darum befürchten, dass das Versagen eines komplementären Teils zu einem Defekt der ganzen Einheit führt und den Ruf des Anbieters schädigt.[2686] Ebenso kann der Abnehmer geschädigt

werden, wenn eine fehlerhafte Zusammensetzung die Qualität des Endproduktes verschlechtert. Zum Beispiel bekräftigte das amerikanische Unternehmen IBM in den 1960er Jahren, dass sein Rechner nur dann funktioniert, wenn ausreichend dicke und widerstandsfähige Lochkarten verwendet werden.[2687] IBM unterstrich sein Interesse daran, direkt die Qualität der für die Anwen [Seite 1487] dung des Computers unabdingbaren zusätzlichen Güter überprüfen zu können. Insbesondere fürchtete IBM, dass die durch die mangelhaften Lochkarten verursachten Pannen ihrem eigenen Produkt, dem Computer, zugeschrieben würden. Generell haben die Miniaturisierung und der Rückgriff auf immer komplexere Elektronik die Hersteller dazu bewogen, technologische Koppelungspraktiken (s. N 689) anzuwenden, damit die Abnehmer ihnen nicht eine mangelhafte Funktionsweise des Produktes vorwerfen können, wenn der Fehler eigentlich auf einer schlechten Montage der Abnehmer basiert.[2688]

(5) Im vorliegenden Kontext ist schliesslich noch die Neutralisierung der **doppelten Marginalisierung** *(double marginalisation)* zu erwähnen (s. N 676). Die ökonomische Theorie hat nachgewiesen, dass ein Monopolist auf zwei gänzlich komplementären Märkten tiefere Preise ansetzen wird als dies zwei voneinander unabhängige Monopolisten tun würden, weil er den positiven Effekt auf die Nachfrage des ersten Gutes berücksichtigen wird, wenn der Preis des zweiten Gutes sinkt.[2689] In Anwendung dieser Logik ist (als Faustregel) feststellbar, dass Komplementärgüter zu einem besseren Preis verkauft werden, wenn sie durch das gleiche Unternehmen gekoppelt angeboten werden. **703**

c) Wettbewerbsschädigungseffekte

aa) Allgemeines

Um die von der modernen Industrieökonomik anerkannten, potenziell wettbewerbsschädlichen Auswirkungen von Koppelungsgeschäften verstehen zu können, muss zuerst die *tying*-Theorie der *Chicago School* – besser bekannt unter dem Namen des *single monopoly profit theorem* (s. N 705 f.) – einer *kritischen* Betrachtung unterstellt werden. Anschliessend werden Schritt für Schritt die verschiedenen wettbewerbsschädigenden Effekte eines Koppelungsgeschäftes thematisiert, welche die **Post-Chicago-Exponenten** untersucht haben (s. N 707 ff.).[2690] **704**

bb) Single monopoly profit theorem

Das Credo der *Chicago School* kann dahingehend zusammengefasst werden, dass die Märkte von einem *selbstregulatorischen* Potenzial profitieren, welches das Gleichgewicht des Wettbewerbs auf lange Dauer aufrechtzuerhalten vermag.[2691] Nach diesem Credo empfiehlt sich in aller Regel eine Wettbewerbspolitik, die ausschliesslich gegen unbestritten wettbewerbsfeindliche Praktiken vorgeht.[2692] Die *Chicago School* hält die meisten Koppelungsformen für unbedenklich und postuliert daher im Grundsatz eine « **per se legality of tying arrangements**»[2693] oder verlangt zumindest die **durchgängige Anwendung** der *rule of reason*. Eine Wettbewerbswidrigkeit kann ihrer Ansicht nach nur dann gegeben sein, wenn der Anbieter sowohl auf dem Markt des koppelnden Gutes als auch auf demjenigen des gekoppelten beherrschend ist.[2694] Die Analyse der *Chicago School* beschränkt sich deshalb auf die Frage, ob ein Monopolist ein Koppelungsgeschäft einsetzen kann, um sein Monopol auf einen Markt, auf welchem (vollkommener) Wettbewerb herrscht, auszudehnen (*leverage*; Hebelwirkung), und ferner auf das Problem, [Seite 1488] ob die Koppelung zweier schon monopolisierter Güter den Abnehmern schaden kann.[2695] Diesbezüglich kommen die *Chicago Boys* zum Schluss: Es ist für einen Monopolisten ineffizient und folglich irrational, seine Marktmacht zu verwenden, um zwei unterschiedliche Güter miteinander zu koppeln.[2696] Anders gesagt: ein Monopolbesitzer verfügt möglicherweise über die Fähigkeit, seine Vorherrschaft im Markt des koppelnden Gutes in demjenigen des gekoppelten Gutes zu nutzen, es fehlt ihm aber am Anreiz, dies zu tun, da dieses Handeln für ihn irrational wäre.[2697] **705**

Tatsächlich kann der Anbieter nicht zwei unabhängige Monopolrenten erreichen *(single monopoly profit theorem)*:[2698] Um ein *tying* auf Dauer zu praktizieren und gleichzeitig seinen Profit maximieren zu können, muss der Monopolist einen Preis für das koppelnde Gut festlegen, der tiefer ist als der unabhängige Monopolpreis für dieses Gut.[2699] Wenn die Güter unabhängig voneinander sind, d.h. wenn die Nachfrage nach dem ersten Gut nicht vom Preis des zweiten abhängt, kommt die Koppelung eines monopolisierten Gutes an ein anderes Gut, das auf einem wettbewerblichen Markt vertrieben wird, einer Gebühr auf dem monopolisierten Gut gleich.[2700] Wenn die Güter vollkommen komplementär sind, besteht für den Monopolisten kein rationaler Grund, auf das Koppelungsgeschäft zurückzugreifen; das gilt insbesondere für den Fall, in welchem ein anderes Unternehmen das gekoppelte Gut zu besseren Konditionen herstellen kann, weil der Monopolist jedenfalls sein Monopol auf dem Markt des koppelnden Gutes voll ausschöpfen kann.[2701]

Die soeben skizzierte Lehre hat in verschiedenen Hinsichten **Kritik** erfahren:[2702] Die verwendeten Modelle seien rein theoretischer Natur und berücksichtigten die Gegebenheiten der Wirtschaftsrealität in unzureichendem Ausmasse. Wenn die *Chicago Boys* behaupten, dass die wettbewerbsschädlichen Koppelungspraktiken wider die ökonomische Logik gingen, da ein Anbieter irrational gehen, wenn er sich des Koppelungsgeschäftes zu wettbewerbswidrigen Zwecken bediene, lassen sie in unbefriedigender Weise die Frage unbeantwortet, warum denn solche Praktiken in der Praxis existieren.[2703] Aus Sicht der Chicago School ist der Markt des gekoppelten Gutes ein vollkommener Wettbewerbsmarkt, was jedoch in Realität selten der Fall ist. Entfernt man sich von dieser Vorstellung und fügt oligopolistischen Wettbewerb in den gekoppelten Markt ein, so ist es möglich, dass *bundling* den Wettbewerb beeinflusst.[2704] Des Weiteren geht die *Chicago School* davon aus, dass der koppelnde Markt monopolisiert ist, obschon ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung halten kann, ohne im Besitz eines Monopols zu sein; wenn man also davon ausgeht, dass auf dem Markt des koppelnden Gutes noch Mitwettbewerber tätig sind, so kann das Koppelungsgeschäft eine wettbewerbsschädigende Wirkung haben. Kritisch wurde ebenfalls hervorgehoben, dass der von der *Chicago* [Seite 1489] *School* verwendete analytische Rahmen statisch und nicht genügend differenziert ist. M.a.W. sei er mit Blick auf die strategischen Ziele des Anbieters in *repeated games* nicht aussagekräftig.[2705] **706**

cc) Leverage theory

Die von gewissen *Post-Chicago*-Kontrahenten vorgelegten Studien über Koppelungsgeschäfte sind als Reaktion auf die Thesen der *Chicago School* zu verstehen, die als **allzu reduktionistisch** empfunden worden sind.[2706] Die wichtigsten Einsichten, die in diesem Zusammenhang vorgetragen wurden, seien kurz resümiert: **707**

Unter der Prämisse, dass der Markt des gekoppelten Gutes nicht wirksamem Wettbewerb unterliegt, haben die Arbeiten von *Post Chicago* zu zeigen erlaubt, dass ein Koppelungsgeschäft eine rationale Strategie für den Anbieter sein kann, um Verdrängungseffekte auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeizuführen ***(leverage theory)***.[2707] Als Pionierarbeit in diesem Zusammenhang ist WHINSTONs *foreclosure*-Modell zu betrachten.[2708] Dieses geht – grob skizziert – davon aus, dass ein Unternehmen zwei Güter *x* und *y* vertreibt, über ein Monopol auf dem Markt *x* verfügt und mit (aktueller oder potenzieller) Konkurrenz auf dem Markt *y* konfrontiert ist. Es unterstellt auch, dass die Nachfrage nach den zwei fraglichen Gütern unabhängig ist, d.h., dass die abgesetzte Menge von *x* für den Preis von *y* unerheblich ist und *vice versa*. Um das Monopol *x* auszuschöpfen, kann das Unternehmen *x* entweder eigenständig oder mittels eines Koppelungsgeschäftes, das *y* einbindet, absetzen. Weil es im Fall der Koppelung immer auch *x* absetzen muss, um *y* zu veräussern, ist sein Anreiz, den Preis für *y* aggressiv zu setzen, deutlich erhöht, um seinen Konkurrenten die Nachfrage abzunehmen. Dadurch opfert es zugleich **708**

einen Teil der Monopolrente *x*, da es den Preis für *y* senken muss (was eine Quersubvention darstellt). Die Gewinne des Unternehmens und seiner Konkurrenten auf dem Markt *y* sinken zwar, allerdings sind die Konsequenzen für die Konkurrenten wesentlich einschneidender als für den Marktbeherrscher. WHINSTON s Haupterkenntnis liegt darin, dass *bundling* den Preiswettbewerb im auf dem Markt des gekoppelten Gutes *y* intensiviert, wenn verglichen mit einem nicht gekoppelten Angebot, wodurch der zu erwartende Gewinn eines Neuzugängers vermindert wird. Dadurch ist es möglich, dass *bundling* Neuzugänge in den Markt *y* hintertreibt und unterbindet. Die somit erlangten Umsätze des Monopolbesitzers auf dem Markt *y* beeinträchtigen die Wettbewerbsfähigkeit der Mitbewerber, insbesondere auf Märkten, bei denen die Kostendegression *(economies of scales)* eine Rolle spielt. Dies kann zur Ausschaltung der Konkurrenz oder zum Verzicht potenzieller Konkurrenten auf Eintritt in den Markt *y* führen, und zwar dann, wenn die Fixkosten für den Markteintritt ins Gewicht fallen. Wie das Beispiel zeigt, kann das Koppelungsgeschäft auf einen Schlag den Gewinn des Monopolisten steigern und den Konsumenten Schaden zufügen. Das muss allerdings nicht notwendigerweise der Fall sein. Die Auswirkungen auf die Konsumentenrente sind nicht eindeutig, und dies noch weniger im Kontext der globalen Wirtschaft.[2709] Wie alle spieltheoretischen Analysen weist das Modell WHINSTONs die Schwäche auf, dass das gesuchte Ergebnis nur unter einer Vielzahl restriktiver Annahmen erzielt werden kann.[2710] Lässt [Seite 1490] man auch nur eine Annahme aus, besteht das Risiko, eine zweideutige Lösung zu erhalten; ändert man eine Annahme, kann es gar zu einem völlig anderen Bild der analysierten Problematik kommen.[2711]

709 Viele Autoren haben in der Folge Modelle entwickelt, die das Ziel haben, die strengen Voraussetzungen des WHINSTONschen Modells wettbewerbsschädlicher Effekte von Koppelungsgeschäften zu lockern. Namentlich NALEBUFF hat ein Modell vorgelegt, das robustere Annahmen trifft, unter welchen der Anbieter ein Interesse daran hat, Güter zu koppeln, um den Marktzugang zu erschweren.[2712] Im Gegensatz zu WHINSTONs Modell ist der Anbieter hier nicht darauf angewiesen, einen dauernden Preiskrieg zu führen, um Zugangsbarrieren zu errichten. Das Koppelungsgeschäft erscheint bei NALEBUFF vielmehr als ein Mittel, um die Güter des Anbieters von Preiskonkurrenz abzuschotten, d.h. als ein Mittel zur **Errichtung von Eintrittsbarrieren auf dem Markt des gekoppelten Gutes** *(entry deterrence)*.[2713] In grober Skizzierung geht dieses Modell von einem Unternehmen aus, das zwei Güter *x* und *y* verkauft, auf dem Markt *x* über ein Monopol verfügt und auf dem Markt *y* mit (aktueller oder potenzieller) Konkurrenz konfrontiert ist. Der Monopolist verkauft die Güter *x* und *y* gekoppelt, während der Neueintreter nur *y* verkaufen kann. Der Monopolist zieht die Konsumenten an, die das Gut *x* erwerben möchten und kann auf Grund der Koppelung für *y* einen erhöhten Preis verlangen; der Markt-Neueintreter dagegen ist nur für Abnehmer von Interesse, die *y* zu einem reduzierten Preis erwerben möchten und ist dadurch nicht in der Lage, für *y* ebenfalls einen erhöhten Preis zu verlangen. In diesem Sinne wirkt das Koppelungsgeschäft als Schutzschild gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten auf dem Markt des gekoppelten Gutes. Der Wert dieses Schutzes vergrössert sich, je attraktiver das Gut *x* ist, und je komplementärer die beiden Güter sind.[2714]

710 CARLTON/WALDMAN haben sodann ein Modell entworfen, im Rahmen dessen eine über das gekoppelte Gut herbeigeführte **Hebelwirkung** auf dem entsprechenden Markt nicht auf Profitsteigerung ausgerichtet ist, sondern vielmehr darauf hinzielt, Barrieren für den Einstieg in den Markt des koppelnden Gutes zu errichten.[2715] Ihre Theorie beruht auf der Annahme, dass ein Konkurrent zögern wird, den monopolisierten Markt anzugreifen, wenn er weiss, dass der Monopolist als einziger noch das gekoppelte Gut herstellt. Infolgedessen ist es für den Monopolisten rational, auch den Markt des gekoppelten Gutes zu monopolisieren, um eben sein Monopol auf dem Markt des koppelnden zu schützen. Die Gültigkeit des Modells von CARLTON /WALDMAN beruht ebenfalls auf restriktiven Annahmen.[2716]

711

HURKENS/MENICUCCI/JEON heben hervor, dass eine Koppelung die Kundschaft homogener macht: die Verteilung der Preise bewegt sich näher am Mittelwert im Vergleich zu separaten Artikeln, was bedeutet, dass die Werteinschätzung des *bundle* von mehr Konsumenten näher am Mittelwert liegt und weniger Kunden ein extremes Preisverhältnis feststellen.[2717] Aus dieser Angleichung der Konsumenten resultiert eine erhöhte Nachfrage bei der marktbeherrschenden Firma (bekannt als der *demand size effect* [Nachfra [Seite 1491] gengrössen-Wirkung]) und verändert die Nachfrageelastizität und somit den Gleichgewichtspreis (sog. Elastizitäts-Effekt). Die Autoren zeigen auf, dass der Elastizitäts-Effekt vom Ausmass der Dominanz abhängt, wobei sie zwischen drei Stufen der derselben unterscheiden. (1) Wenn die Marktbeherrschung *begrenzt* ist, gelten die gleichen Folgerungen wie in WHINSTONs Modell: da die Koppelung den erwarteten Wettbewerb verschärft, schreckt sie Neuzugänger ab; damit sich dieser Umstand zur Eintrittsschwelle verdichten kann, muss die Koppelung unumkehrbar sein. (2) Wenn die Marktbeherrschung *sehr ausgeprägt* ist, resultiert die Wettbewerbsschädigung nicht aus der abschreckenden Wirkung der Koppelung, sondern aufgrund deren wettbewerbsschwächenden Wirkung auf die aktiven Unternehmen. (3) Ist die Marktherrschaft von *mässiger Intensität*, schreckt Koppelung Neuzugänger ab, doch muss sie nicht unumkehrbar sein, um eine wettbewerbsschwächende Wirkung zu entfalten. Letztere Stufe ist eine wichtige Lockerung der Annahmen im WHINSTONs Modell.

712 Weitere Autoren sind über die Preisgebung hinaus gegangen und konnten nachweisen, dass eine Koppelung einem Monopolbesitzer die Möglichkeit gibt, eine **aggressive Forschungs- und Entwicklungsstrategie umzusetzen, wodurch die Entwicklungsbemühungen der Konkurrenz geschwächt werden**, was dem Monopolbesitzer wiederum die Möglichkeit gibt, seine beherrschende Stellung auf andere Märkte auszudehnen. CHOI untersucht diesen Effekt in zwei Artikeln. Das Modell im ersten Beitrag[2718] geht davon aus, dass die Konkurrenten im gekoppelten Markt Forschungs- und Entwicklungsvorhaben zwecks Preissenkung anstreben können. Durch Koppelung erzielt das marktbeherrschende Unternehmen grössere Vorteile als durch den separaten Verkauf der Güter, da sich die Ersparnisse auf eine grössere Produktemenge verteilt. Dies wird das marktbeherrschende Unternehmen dazu bewegen, mehr in die Forschungs- und Entwicklungsarbeit zu investieren. Dadurch werden Neuzugänger davon abgehalten, Investitionen zu tätigen oder Innovationen anzustreben, da die voraussichtlichen Verkaufszahlen tief liegen. Somit führt eine Koppelung zu geringerem Wohlstand, dies freilich nur unter der Voraussetzung, dass die engen Bedingungen des Modells gegeben sind. In einem zweiten Artikel[2719] beweist CHOI, dass das Rennen in Sachen Forschung und Entwicklung zweier gekoppelten Produkte sich verschiebt hin zu dem kombinierten Produkt. Sollte das marktbeherrschende Unternehmen (dies als Annahme) effizienter sein als die Konkurrenz im Hinblick auf das Kombinieren von Produkten, dann besteht dort ein Anreiz, höhere Investitionen in Entwicklung und Forschung der Produkte *x* und *y* zu tätigen, als dies für den Konkurrent der Fall ist, was die *incentives* steigert, eine Monopolstellung für beide Produkte zu erlangen. Das Zusammenlegen der beiden Märkte über die Koppelung erlaubt es dem marktbeherrschenden Unternehmen, die Leerläufe im Entwicklungs- und Forschungsmarkt in den anderen Markt zu verschieben, was den Konkurrenten ausschliesst – ganz im Gegensatz zu zwei separaten Produkten, mit Blick auf welche das marktbeherrschende Unternehmen zwar den Innovationsmarkt für das Produkt *x* gewinnt, der Konkurrent aber die Monopolstellung im Markt *y* für sich sichert.

713 CHOI/STEFANADIS haben ein **chilling-innovation-Modell** ins Feld geführt, das zeigen soll, dass Koppelungsgeschäfte den gleichzeitigen Eintritt in den Markt für das koppelnde Gut und in denjenigen für das gekoppelte als sehr riskant erscheinen lassen können.[2720] Soll eine Koppelungspraktik angegriffen werden, kann es in der Tat notwendig sein, in beide Märkte gleichzeitig einzutreten, weil der Eintritt in den ersten Markt nur dann profitabel ist, wenn man es schafft, auch im zweiten Markt Fuss zu fassen. Nun ist [Seite 1492] aber die Wahrscheinlichkeit, in zwei Märkten

erfolgreich zu sein, geringer als in einem Markt allein. Infolgedessen sind die Anreize für die an sich erforderliche Investition in die Forschung und Entwicklung reduziert, was sich wiederum negativ auf die Bereitschaft auswirkt, den Kampf für den «Koppelungsmarkt» aufzunehmen.[2721]

714 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO haben dargelegt, dass es (entgegen der Chicagoer Annahme, dass sich der Monopolbesitzer im Markt *x* die zusätzlichen Überschüsse *[additional surplus]*, die ein effizienterer Hersteller im komplementären Produktemarkt *y* erzielt, aneignen kann) Situationen gibt, in denen der Monopolist nicht in der Lage ist, alle Überschüsse und Renten der beiden Märkte *x* und *y* vom Konsumenten einzuheimsen. Aus diesem Grunde (d.h. *imperfect rent extraction* [die unperfekte Extraktion der Renten]) kann es sein, dass eine Koppelung für den Monopolisten ertragreicher ist, als separate Verkäufe.[2722]

(i) Erstens kann eine *imperfect rent extraction* im Zusammenhang *mit komplementären Produkten* auftreten, wenn der Monopolist im Markt *x* bei separaten Verkäufen die gesamten Überschüsse, die ein Konsument in der Kombination vom Produkt *x* mit dem Produkt *y* der Konkurrenten erfährt, nicht erlangen kann, zum Beispiel wenn der Verkauf des Produktes *x* reguliert ist (etwa durch das Gesundheitsministerium bei Arzneimitteln). Daraus kann es sich ergeben, dass es für den Monopolisten profitabler ist, die beiden Produkte zu koppeln, wodurch as efficient competitors (AEC; s. N 476 f.) verdrängt werden und die Gesamtwohlfahrt reduziert wird.

(ii) Zweitens, wenn es sich um *nicht komplementäre Produkte* handelt, können Situationen entstehen, in denen die Koppelung dem Monopolisten erlaubt, die Monopolerträge der Produkte *x* und *y* (und nicht nur des Produkts *x*) zu erlangen. Auch hier sieht sich die Gesamtwohlfahrt verringert, da die Koppelung einen Wohlfahrtsverlust *(deadweight loss)* beim Verkauf des Produktes *y* hervorruft.

(iii) Drittens haben CARLTON/WALDMAN einen weiteren Fall beschrieben, in dem eine *imperfect rent extraction hinsichtlich zukünftiger Investitionen* die Entscheidung des Monopolisten motivieren kann, eine Koppelung vorzunehmen. Durch das Kombinieren der beiden Produkte kann der Monopolbesitzer effizientere Konkurrenten davon abbringen, Investitionen zu tätigen, um ein sekundäres Produkt zu verbessern, was den Nutzen für den Konsumenten erhöht hätte, und dazu geführt hätte, dass der Verkäufer des verbesserten Produktes höhere Erträge erzielt hätte.[2723]

dd) Preisdiskriminierung

715 Die *Chicago School*, deren statische Theorie keine anderen Erklärungen zulässt, konzentriert sich hauptsächlich auf die Funktion von *tying* und *bundling* als Preisdiskriminierungsinstrumente.[2724] **Preisdiskriminierung** kann einmal dadurch realisiert werden, dass das *gekoppelte* Gut als Bemessungsinstrument eingesetzt wird (z.B. der Fotokopierer [als koppelndes Gut], dessen Nutzungswert von der Menge des abgesetzten Papiers **[Seite 1493]** [als gekoppeltes Gut], das zum Selbstkostenpreis geliefert wird, abhängt)[2725] oder als Rechnungsstellungsmittel (z.B. der Preis für die Miete eines Fotokopierers [als koppelndes Gut] ist im Preis des gekoppelten Papiers enthalten).[2726] Das Koppelungsgeschäft erlaubt sodann, eine Preisdiskriminierung, die sich auf das *koppelnde* Gut bezieht, zu dissimulieren.[2727] Das geschieht dadurch, dass das Koppelungsgeschäft als Mittel verwendet wird, um die Preisdiskriminierung über den Transmissionsriemen des Preises des *gekoppelten* Gutes zu realisieren.[2728] Ein Koppelungsgeschäft kann auch eine Preisdiskriminierung simulieren.[2729] Der Anbieter bietet das *koppelnde* Gut *x* kombiniert mit dem *gekoppelten* Gut *y* dergestalt an, dass der Gesamtpreis des Paketes *xy* für jeden Abnehmer der Summe entspricht, die sich aus der Aufrechnung der *Reservationspreise* (s. N 273) für das Gut *x* und das Gut *y* ergibt.[2730] Ohne an sich *diskriminatorisch* zu sein, entfaltet das Koppelungsgeschäft mithin dieselben Effekte wie eine Diskriminierung, d.h. namentlich eine Erhöhung der Einkünfte des Anbieters, gegebenenfalls begleitet von einer Erhöhung der allgemeinen Nachfrage.[2731] GENAKOS/KÜHN/REENEN haben aufgezeigt, unter welchen Umständen ein Monopolist einen Anreiz hat, seine

Marktmacht durch Einschränkung der Interoperabilität auf einen benachbarten Markt mit komplementären Gütern zu übertragen. Die durch die eingeschränkte Interoperabilität verringerte Wettbewerbsintensität auf dem benachbarten Markt erlaubt es dem Monopolisten, auf dem beherrschten Markt für Konsumenten mit unterschiedlichen Nachfrageelastizitäten unterschiedliche Preise zu verlangen, d.h. Preisdiskriminierung zu betreiben. Auf diese Weise kann der Monopolist auf dem beherrschten Markt höhere Renten abschöpfen. Die wohlfahrtstheoretischen Wirkungen einer Preisdiskriminierung sind ambivalent;[2732] deren Besprechung ist in N 284 ff. erfolgt, worauf an dieser Stelle verwiesen sei.

ee) Empirie

716 Auch wenn die moderne Industrieökonomik die möglichen Effizienzgewinne, die sich aus einem Koppelungsgeschäft ergeben können, theoretisch relativ präzise identifiziert hat, existieren nur wenige empirische Studien, welche die Ursachen und das Ausmass dieser Gewinne nachweisen.[2733] Ebenso wenig gibt es Studien, die sich dem Nachweis wettbewerbsfördernder oder wettbewerbsschädlicher Motive im Zusammenhang mit der Anwendung von *tying* oder *bundling* widmen. Eine im Jahre 2005 von EVANS/SALINGER veröffentlichte Studie bildet eine bemerkenswerte Ausnahme.[2734] Diese Autoren sind der Frage nachgegangen, unter welchen Bedingungen ein Anbieter zweier Produkte *x* und *y* versucht, diese Produkte individuell, in *mixed bundling*, *pure bundling* oder *tying* (s. N 682) zu verkaufen. EVANS/SALINGER gründeten ihre Ergebnisse auf der Basis von Erhebungen auf den Märkten für Erkältungsmedikamente, Elektroadapter und Automobilausstattungen. In knapper Zusammenfassung kamen sie zu folgenden Ergebnissen:[2735] (1) Das *mixed bundling* kommt unter Bedingungen wirksamen Wettbewerbs vor, wenn die Koppelung Grenzkostenreduktionen ermöglicht, die höher sind als die Grenzkosten [Seite 1494] reduktionen bei individueller Vermarktung der Güter. Das gilt auch in Situationen, da die Fixkosten, die jedes einzelne Gut verursacht, nicht allzu hoch sind, sodass der Anbieter sowohl bei individueller Vermarktung als auch bei Koppelung Gewinne erzielt. Erforderlich ist in dieser Hinsicht, dass in beiden Konstellationen eine signifikante Nachfrage besteht.[2736] (2) Das *pure bundling* kommt unter Bedingungen wirksamen Wettbewerbs vor, wenn (a) die Skalenvorteile sehr hoch sind (selbst wenn die Konsumenten die Koppelung nicht bevorzugen) oder (b) die Skalenvorteile sich in Grenzen halten, sofern die Nachfrage für die Koppelung hoch und zugleich für mindestens eines der Güter im Falle individueller Vermarktung tief ist.[2737] In diesem Fall wird der Anbieter versuchen, ausschliesslich das Paket *xy* anzubieten. Im Allgemeinen ist kein Wille zur Verdrängung von aktuellen oder potenziellen Konkurrenten auszumachen; die Entscheidung, nur die Koppelung anzubieten, ist durch den Willen bedingt, im Markt zu überleben, indem die Kosten mittels Koppelungsgeschäft optimiert werden.[2738]

ff) *Rule of reason* als Vorrangsregel

717 Derzeit stimmen die meisten Ökonomen bei der Beurteilung der Wettbewerbseffekte von *tying* und *bundling* in **drei Punkten** überein:[2739] (1) Das *tying* ist eine verbreitete Verhaltensweise, die es erlaubt, spürbare Effizienzgewinne zu erzielen.[2740] Skalenvorteile (wie die Reduktion der Grenzkosten) spielen darüber hinaus eine wichtige Rolle für die Entscheidung eines Unternehmens, eine Koppelung der Güter anstatt eines Einzelabsatzes vorzunehmen. *Mixed bundling* und *tying* erlauben oft signifikante Kosteneinsparungen. (2) Die Umstände, unter denen das *tying* wettbewerbsschädigende Auswirkungen verursachen, sind eher selten gegeben und in der Praxis schwierig auszumachen.[2741] Die theoretischen Modelle, die zur Identifikation solcher Auswirkungen entwickelt wurden, beruhen auf eher strengen Annahmen und die Ergebnisse variieren stark, wenn die Ausgangshypothesen dahinfallen oder geringfügig verändert werden. (3) Das Anliegen, die verschiedenen potenziellen wettbewerbsfördernden und -schädigenden Auswirkungen eines Koppelungsgeschäfts miteinander zu vergleichen, erweist sich in aller Regel als

komplex, was ein Vorgehen nach dem wirkungsbasierten Ansatz nahelegt (s. N 128) [2742] und die Anwendung einer *«rule of reason»* rechtfertigt.[2743] Diese Analyse erfordert allemal, dass sowohl die prokompetitiven als auch die antikompetitiven Effekte untersucht werden und anschliessend in einer Gesamtbetrachtung gegenübergestellt werden.[2744]

[Seite 1495] *6. Missbrauchsmerkmale*

a) Allgemeines

718 Entgegen einer weit verbreiteten Auffassung in der Schweiz[2745] ist die Koppelungspraktik in erster Linie ein **Verdrängungsmissbrauch**. In diese Richtung gehen auch einige behördliche Entscheidungen.[2746] Allerdings sind die potenziellen wettbewerbsschädigenden Effekte dieser Praktik derart breit, dass sie (s. N 513 ff.) zuweilen auch Ausbeutungswirkungen zeitigen können (s. N 46).[2747] Die Praxis der schweizerischen Behörden hat kürzlich im Bereich des *tying* und *bundling* einige Entwicklung erfahren,[2748] so dass erhöhte Aufmerksamkeit auf die einschlägigen kommenden Arbeiten der Doktrin angezeigt ist.[2749] Zumal sollten die in der Schweiz angewandten Missbrauchsmerkmale zur Beurteilung von Koppelungsgeschäften – auch unter dem Gesichtspunkt der Eurokompatibilität – nicht massgeblich von denjenigen abweichen, die im Rahmen der Anwendung von Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV beigezogen werden.[2750]

719 Neben der beherrschenden Stellung des Anbieters auf dem Markt des koppelnden Produkts ist eine Beherrschung auf dem Markt des gekoppelten Produkts nicht erforderlich.[2751] Bei einem *pure bundling* (N 684) kann auch eine marktbeherrschende Stellung auf einem der beiden relevanten Märkte bestehen, unabhängig davon, ob es sich dabei um den Markt des koppelnden oder des gekoppelten Produkts handelt.[2752] Soweit einem Unternehmen für mehrere Produkte eine marktbeherrschende Stellung zukommt, ist die Prüfung eines Koppelungsgeschäfts grundsätzlich in Bezug auf alle möglichen Varianten einer Kombination von koppelnden und gekoppelten Gütern vorzunehmen.[2753] Im Fall *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* hat das Bundesverwaltungs [Seite 1496] gericht, sich auf das Urteil *Tetra Pak II* des EuGH berufend, insofern einen Sonderfall der Koppelung angenommen, als die Richter annahmen , dass dem in Frage stehenden Unternehmen hinsichtlich der Märkte, auf denen die koppelnden und gekoppelten Produkte gehandelt wurden, zwar keine marktbeherrschende Stellung zukam, aber einer dieser Märkte immerhin aufgrund besonderer Umstände in einer ausserordentlichen Beziehung zu einem andern, dritten Markt stand, auf dem das jeweilige Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügte.[2754] Diese Entwicklung werden wir zu einem späteren Zeitpunkt behandeln (s. N 742 ff.).

720 Art. 7 Abs. 2 lit. f setzt die kumulative Erfüllung von **fünf Merkmalen** voraus:[2755] (1) Das koppelnde und das gekoppelte Gut müssen getrennte Güter darstellen (N 721 ff.). (2) Es muss eine Koppelung vorliegen (N 732 ff.). (3) Die Koppelungspraktik muss für eine Wettbewerbsbeeinträchtigung (N 746 ff.) (4) kausal sein (N 774). (5) Schliesslich darf die Koppelung von keiner *legitimate business reason* gerechtfertigt sein (N 775 ff.).

b) Merkmal I: Getrennte Güter

aa) Allgemeines

721 Ein Koppelungsgeschäft ist nur unzulässig, wenn es mindestens zwei **getrennte Güter** kombiniert.[2756] Da bei einem einheitlichen Gut der Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 2 lit. f nicht tangiert wird, bestreiten viele betroffene Unternehmen den Bestand einer Kombination zweier Produkte . Das Trennungsmerkmal ist deshalb Gegenstand von Kontroversen, die oft im Rahmen der Rechtfertigungsthematik (N 775) aufkommen (s. N 724 ff.).[2757] Auch führt das Merkmal zuweilen zu

schwerwiegenden praktischen Bestimmungsschwierigkeiten,[2758] was vor allem darin seinen Niederschlag findet, dass aufwendige behördliche oder gerichtliche Untersuchungshandlungen vorzunehmen sind.[2759] Das Ziel letzterer liegt im Auseinanderhalten der Bestandteile von Warengesamtheiten (z.B. Kaffeeservice), zusammengesetzten Produkten (z.B. Pkw) und Produktsystemen (z.B. Kopierer-Fax-Drucker) sowie Produkten in Kombination mit Serviceleistungen (z.B. Miete eines Flugzeugs mit der Besatzung). Das Prüfungsthema liegt m.a.W. in der [Seite 1497] Frage, ob eine hinreichende Differenzierbarkeit der Komponenten bzw. der einzelnen Leistungen besteht, so dass sich eine Qualifizierung als eigenständige Produkte aufdrängt.[2760] Der Test der getrennten Güter dient grundsätzlich des Screenings: Es sollen falsche Positive identifiziert werden, also rechtmässig aus dem Verbund erlangte Effizienzgewinne in der Produktion oder dem Angebot.[2761]

Aus theoretischer Sicht ist es jedoch schwierig, einen Test zu entwickeln, der eine *prima-facie*-Unterscheidung zwischen einem einheitlichen Gut und zwei getrennten Produkten bzw. Dienstleistungen ermöglicht.[2762] Stellt z.B. ein Paar Handschuhe eine Koppelung eines linken mit einem rechten Handschuh dar? Koppelt ein Anzug eine Hose mit einem Kittel? Versteckt sich hinter dem Menü nicht die Koppelung von Vorspeise, Hauptgang, Käseplatte und Dessert? In diesen Situationen würde ein Alltagsverständnis auf das Vorliegen eines einzigen Gutes hinauslaufen und die Qualifikation als Koppelungspraktik zurückweisen. Hingegen verleitet dasselbe Verständnis zur Annahme, dass das Vorgehen des Vermieters, der seinen Vertragspartner dazu zwingt, eine Lebensversicherung abzuschliessen, um eine Liegenschaft mieten zu können, als Koppelungsgeschäft zu qualifizieren ist. Gleiches gilt für ein Kinderfahrrad, das nur mit Erwerb eines Haushaltgerätes gekauft werden kann.[2763] **722**

Zur Erinnerung: die getrennten Güter müssen nicht beide vom marktbeherrschenden Unternehmen angeboten werden; dieses kann den Vertragsabschluss in Bezug auf das koppelnde Gut auch von der Leistung eines Dritten abhängig machen (N 680). **723**

bb) Trennungskriterien

Das Vorliegen zweier getrennter Güter kann auf **verschiedene Arten** festgestellt werden:[2764] **724**

(1) Der Nachweis kann einmal als **direkter Beweis** erfolgen, dies unter Berufung auf das Verhalten der Nachfrager.[2765] In der Prioritätenmitteilung wird der Standpunkt eingenommen, dass die in Frage stehenden Güter als «separat» angeschaut werden, wenn sich die Verbrauchernachfrage entsprechend ausnimmt: «Zwei separate Produkte liegen dann vor, wenn ohne die Koppelung bzw. Bündelung eine große Anzahl von Kunden das Koppelungsprodukt kaufen würden bzw. gekauft hätten, ohne auch das gekoppelte Produkt beim selben Anbieter zu erwerben, so dass jedes der beiden Produkte unabhängig vom anderen hergestellt werden kann».[2766] Da das Vorliegen zweier unterschiedlicher Güter von der Möglichkeit des Anbieters abhängt, die gekoppelten Leistungen auch unabhängig voneinander anzubieten, muss nachgewiesen werden, dass eine autonome Nachfrage für eine der Leistungen besteht.[2767] Die Beurteilung im Einzelfall erfolgt gestützt auf eine marktorientierte Betrachtung, bei der eine individuell-typisierte Abgrenzung vorzuneh [Seite 1498] men ist;[2768] soweit die Beurteilung weitgehend auf Prognosen beruht, kann ausnahmsweise auch eine auswirkungsbasierte Beurteilung sachgerecht sein; für die entsprechende Beurteilung ist allein auf die objektive Sichtweise der Marktgegenseite (Durchschnittskunde) in Bezug auf die übliche Verwendung der jeweiligen Produkte abzustellen.[2769] Dafür kann man sich auf die aktuelle Nachfrage berufen, einschliesslich auf andere geographisch relevante Märkte; ebenfalls besteht die Möglichkeit, sich auf vergangene Verhaltensweisen zu beziehen, wobei es allerdings angebracht ist zu berücksichtigen, dass der technologische Fortschritt es ermöglicht, früher getrennte Produkte nun als einzelnes Produkt aufzufassen (s. N 73).[2770] Die gegenteilige Annahme ist grundsätzlich nicht zulässig: sollten die Nachfrager eine **725**

Kombination von zwei Produkten als ein einziges Produkt ansehen, kann aus einer neu entstehenden Marktbeherrschung im Zusammenhang mit dieser Kombination nicht gefolgert werden, dass es sich um zwei separate Produkte handelt.

726 Zu präzisieren ist allerdings, dass der Nachweis einer unabhängigen Nachfrage nicht nur für das mutmasslich gekoppelte Gut, sondern auch für das mutmasslich koppelnde Gut erbracht werden muss.[2771] Die Annahme, nur der Nachweis der Nachfrage für das gekoppelte Gut würde das Vorliegen zweier unterschiedlicher Güter hinreichend begründen, läuft darauf hinaus, dass der Schuh und seine Schnürsenkel, das Flugzeug und dessen Motor kein einheitliches Gut darstellten, was genau betrachtet nicht plausibel ist. Diese nicht überzeugende Meinung findet man zum Beispiel in der Entscheidung *Hilti*, in welcher der EuGH sich damit zufriedengegeben hat, die Existenz einer separaten Nachfrage auf dem Markt des gekoppelten Gutes (Bolzen) festzustellen, um in der Folge von zwei unterschiedlichen Gütern (Kartuschenstreifen und Bolzen) auszugehen.[2772] Demgegenüber ist der geeignete Test der folgende: Zwei Güter sind unterschiedlich, wenn sie ökonomisch auseinandergehalten werden können. Das ist der Fall, wenn eine nicht vernachlässigbare, eigenständige Nachfrage entweder nur nach dem mutmasslich koppelnden Gut oder nur nach dem mutmasslich gekoppelten Gut vorliegt.[2773] In den anderen Fällen handelt es sich um ein einheitliches Gut, was zum Schluss führen muss, dass kein unerlaubtes Koppelungsgeschäft vorliegt.[2774]

727 Um das Vorliegen von zwei separaten Gütern aufgrund der Nachfrage zu bejahen, ist es nicht ausreichend, dass gewisse Personen an einem getrennten Kauf Interesse bekunden; es muss eine **erhebliche Nachfrage** *(significant demand)* dahingehend nachgewiesen werden.[2775] Es handelt sich hierbei um eine Regel *de minimis*, die verhindern soll, dass eine vernachlässigbare Anzahl an Nachfragern ein marktbeherrschendes Unternehmen [Seite 1499] davon abhalten kann, mit einem kombinierten Angebot auf die Nachfrage einer Mehrheit von Abnehmern zu antworten und somit Wettbewerbsförderungseffekte der Koppelung zu generieren (s. N 698 ff.).

728 (2) Die Feststellung der Trennung der Güter kann auch durch **indirekten Beweis** geschehen.[2776] Der Nachweis zweier verschiedener Güter kann zuerst auf der Basis der Marktpräsenz von Unternehmen erbracht werden, die auf die Fertigung oder den Verkauf des gekoppelten Gutes (ohne das koppelnde) bzw. jedes einzelnen der vom Marktbeherrscher gebündelten Produkte spezialisiert sind.[2777] Ein weiterer indirekter Beweis kann das Verhalten von Anbietern betreffen, die über keine marktbeherrschende Stellung verfügen und unter Bedingungen wirksamen Wettbewerbs tätig sind: Tendieren diese dazu, die beiden Güter nicht zu kombinieren, kann davon ausgegangen werden, dass ihr Angebot der Kundennachfrage am besten entspricht und dass folglich zwei getrennte Güter vorliegen.[2778] In Fällen dynamischer Märkte leidet der indirekte Beweis an der Schwäche, dass er die hinreichende Würdigung eines einheitlich-komplexen Gutes, welches ein innovatives Unternehmen neu auf den Markt gebracht hat und das die Koppelung zweier überkommener Güter obsolet werden lässt, nicht oder nur mit Mühe zulässt (s. N 731).

729 Als nicht stichhaltig haben sich folgende Kriterien erwiesen:[2779] (1) Würde man auf die Wahrnehmung einzelner Nachfrager des marktbeherrschenden Unternehmens oder seiner Konkurrenten abstellen, würde die Frage, ob zwei getrennte Güter oder ein einheitliches Gut vorliegen, allein von **subjektiven Faktoren** abhängen. Das ist unhaltbar: Die Wettbewerbsbehörden würden riskieren, ihre eigene Wahrnehmung – als Gegenargument – in die Bewertung einzubringen. Was die involvierten Unternehmen angeht, so würden diese die fraglichen Güter entsprechend ihrem Interesse an der Koppelung qualifizieren. Es wäre grob vereinfachend, eine Untersuchung gestützt auf derartige Bewertungen zu führen.[2780] (2) Auch die **Terminologie** oder die **Geschichte** der in Frage stehenden Güter sind untaugliche Kriterien. Die Trennung zweier Güter würde in diesem Fall allein durch

terminologische oder historische Gepflogenheiten bestimmt. Diese Kriterien sind der wettbewerbstheoretischen Analyse fremd und könnten diese verfälschen.[2781] Das Faktum z.B., dass man von einer *«Verpackungsanlage»* spricht – der terminologischen Sichtweise zufolge ein einheitliches Gut – schliesst das Vorliegen eines Koppelungsgeschäfts nicht aus, das Maschinen und Verpackungen miteinander verknüpft. (3) Gewisse Entscheide gehen von getrennten Gütern aus, «wenn die zusätzliche Leistung in **keinem sachlichen Zusammenhang zur Hauptleistung** steht».[2782] Dieses Kriterium ist aus unserer Sicht nicht weiterführend. Regelmässig verhält es sich so, dass koppelndes und gekoppeltes Gut durch einen sachlichen Zusammenhang verbunden sind. So besteht ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Vermietung von Veranstaltungslokalitäten für Musikgrossanlässe einerseits und der Ticketinglösung für den Verkauf der Plätze für ein [Seite 1500] Konzert in jener Veranstaltungslokalität andererseits, was jedoch kein Hindernis ist, diese beiden Elemente richtigerweise als getrennte Güter zu begreifen.

730 Die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden ist insofern **ökonomisch kohärent** und **in der Sache zutreffend**, als diese regelmässig eine vertiefte Marktanalyse – die oft schon (zumindest für einen der zwei relevanten Märkte) anlässlich der Überprüfung einer marktbeherrschenden Stellung stattfindet – vornehmen, anhand welcher das Vorliegen zweier getrennter Güter überprüft wird.[2783] Im Fall *Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit* hielt z.B. die WEKO fest, dass die teilweise sehr verschiedenartigen Therapieformen, die durch die Spitäler und die dort arbeitenden Ärzte erbracht werden, eine einheitliche Leistung darstellen – dies nachdem diese Behörde die einschlägigen Märkte *eingrenzte* und *feststellte*, dass keine Nachfrage für nur eine der Leistungen bestand.[2784] Diese Vorgehensweise beruht nicht auf einem *subjektiven* Urteil der WEKO, wie dies gelegentlich im U.S.-amerikanischen Recht der Fall ist.[2785] Hingegen muss festgehalten werden, dass der Test im Falle *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, in der Erwägung 6.2.2 in seiner Theorie zu Bedenken Anlass gibt, denn das Bundesgericht fragte, «ob für die gekoppelte Leistung [i.e. das Ticketing] eigene Märkte bestehen».[2786] Die richtige Vorgehensweise wäre zu erörtern gewesen, ob für das koppelnde Gut (Vermietung von Veranstaltungslokalität für Musikgrossanlässe) ein separater Markt für das Ticketing besteht. Daraufhin kann festgestellt werden, dass das Bundesgericht anschliessend bei der Anwendung des Tests in der Subsumtion (E 6.2.3) eine weitläufigere und überzeugendere Formulierung verwendet hat, indem es feststellte, dass «der Geschäftsgegenstand der Veranstaltungslokalität *und derjenige des Ticketings* offensichtlich unterschiedliche Produkte [sind], welche für einen unterschiedlichen Bedarf konzipiert sind und für welche eigene Märkte mit einer Nachfrage bestehen.»[2787] Das Bundesgericht erörtert somit zu recht die Nachfrage hinsichtlich des Marktes des gekoppelten wie auch des koppelnden Gutes (s. N 726).

cc) Sonderfrage: Nachfragewandel

731 Ein Sonderproblem liegt vor, wenn ein neues Produkt oder eine neue Dienstleistung zwei Güter zusammenfasst, die bis anhin getrennt vermarktet wurden, und diese neue Koppelung ihren Grund darin hat, dass auf eine **neue Nachfrage** reagiert wird.[2788] Ob es sich *in casu* um ein komplexes Produkt oder um zwei unterschiedliche Produkte handelt, kann theoretisch nur durch die Evaluation der Frage beantwortet werden, ob sich die Nachfrage in dem Sinne entwickeln wird, dass es in Zukunft keine unabhängige Nachfrage mehr für das koppelnde Produkt geben wird.[2789] Angesichts der Tatsache, dass sich die Mehrzahl der Güter als Verbindung ihrer Bestandteile definieren lässt, für die fast immer eine eigenständige Restnachfrage bestehen wird,[2790] erscheint wahrscheinlich, dass man [Seite 1501] öfters das Vorliegen zweier getrennter Güter annehmen wird als umgekehrt.[2791] Eine solche Einschätzung nimmt indessen in keiner Weise die Unzulässigkeit des betreffenden Koppelungsgeschäftes vorweg. Wenn die Koppelung der zwei Güter auf eine bestehende Nachfrage reagiert, erscheint die Annahme gerechtfertigt, dass diese

Verquickung die Konsumentenwohlfahrt fördert und dass unter diesem Titel das Koppelungsgeschäft keine Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hat (s. N 746 ff.).

c) Merkmal II: Koppelung

aa) Koppelungsformen

732 Die Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. f setzt voraus, dass der Anbieter die Lieferung des koppelnden Gutes von der Übernahme eines anderen Gutes abhängig macht (sog. **Koppelung**).[2792] Das Bundesgericht spricht von einer «Koppelung», welche aus dem Koppelungsgeschäft resultieren muss. Das Bundesverwaltungsgericht verwendet seinerseits den Begriff «Verknüpfung».[2793] Der Handelspartner, der das koppelnde Gut erwerben möchte, hat keine andere Wahl, als auch das gekoppelte Gut zu erwerben.[2794] In die umgekehrte Richtung besteht – je nach konkreter Ausgestaltung des Koppelungsgeschäfts (s. N 733) – diese Kausalität nicht zwangsläufig.

733 Die Koppelung kann grundsätzlich *direkt* (s. N 734 ff.) oder *indirekt* (s. N 738) ausgestaltet sein. Wird gesagt, sie sei **direkt**, so bezeichnet dieser Ausdruck den Umstand, dass die Kombination zweier Güter vom Anbieter dem Abnehmer gegenüber explizit gemacht wird. Die direkte Koppelung kann folgende Gestalten annehmen:[2795]

734 (1) Sie kann einmal auf einer **Vertragsklausel** beruhen, welche den Handelspartner des marktbeherrschenden Unternehmens *de iure* verpflichtet, beide Güter zu erwerben (s. N 688).[2796] Diese Kombination umfasst folgende Varianten:[2797] (a) Ein *singulärer* Vertragsabschluss liegt vor, wenn der Abschluss des Vertrags unmittelbar auf Haupt- und Zusatzprodukt ausgerichtet ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn die SBB gewisse Serviceleistungen nur im Gesamtpaket mit Rangierleistungen anbietet.[2798] Gleich verhält es [Seite 1502] sich mit einem Veranstaltungsvertrag, der zum einen die Miete einer Veranstaltungslokalität vorsieht, und zum anderen die Pflicht, ein Kontingent von mindestens 50% der Tickets in Konsignation zu übernehmen, damit der Vermieter diese Tickets über eigene Vertriebskanäle und -partner vertreibt.[2799] (b) Ein *pluraler* Vertragsabschluss liegt vor, wenn gleichzeitig sowohl über das Hauptprodukt als auch über das Zusatzprodukt ein Vertrag abgeschlossen werden muss. Dies trifft z.B. zu, wenn sich ein marktbeherrschendes Unternehmen weigert, ein Kommunikationssystem zu liefern, weil die Installation teilweise von Dritten (und nicht ausschliesslich vom Lieferanten) besorgt werden soll.[2800] Eine Gemeinde erfüllt ebenfalls das Koppelungsmerkmal des pluralen Abschlusses, wenn sie eine Baubewilligung von der Bedingung abhängig macht, dass das zu erstellende Gebäude an das von der Gemeinde betriebene Erdgasnetz angeschlossen wird.[2801] (c) Ein *verpflichtender* Vertragsabschluss liegt vor, wenn der Vertrag über das Hauptprodukt eine Verpflichtung zum späteren Abschluss eines Vertrags über das Zusatzprodukt stipuliert. Dies ist der Fall, wenn ein Veranstaltungsvertrag eine Ticketingklausel enthält, welche vorsieht, dass der Veranstalter einen zusätzlichen Vertrag mit einem Ticketing-Kooperationspartner des marktbeherrschenden Unternehmens abzuschliessen hat.[2802] Damit verknüpft der Marktbeherrscher durch die Verwendung einer Ticketingklausel die Miete mit der Pflicht, 50% aller Tickets über ihren Kooperationspartner zu vertreiben. Dasselbe trifft zu, wenn der Erwerber eines Grundstückes sich gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, für den Fall, dass auf dem Grundstück gebaut wird, eine bestimmte Person für die Architektenarbeiten beizuziehen (sog. Architektenklausel).[2803]

735 Wie bereits gesehen, liegt eine Koppelung vor, wenn das Rechtsgeschäft über das koppelnde Gut zu einem Vertrag über Letzteres verpflichtet, auch wenn der Vertragsabschluss erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfolgen hat. Das Bundesgericht hat demgegenüber die Frage offen gelassen, ob der im Schrifttum vertretenen Auffassung, dass ein **tatsächlicher Abschluss** im Zusammenhang mit dem koppelnden Gut nicht notwendig ist, gefolgt werden soll.[2804] Richtiger Auffassung nach ist ein gültiger Vertragsabschluss hinsichtlich des gekoppelten Gutes

nicht notwendig; der Beweis, dass das marktbeherrschende Unternehmen den Erwerb des koppelnden Gutes vom Erwerb des gekoppelten abhängig macht und der Vertragspartner das koppelnde Gut tatsächlich erwerben möchte, ist ausreichend. Dieser Standpunkt deckt sich mit dem Test hinsichtlich der Wettbewerbsbeeinträchtigung (Merkmal III, s. N 746 ff.). Letztere bedarf einer zukunftsorientierten Analyse der Wirkungen des Koppelungsvertrages auf die Marktverhältnisse (s. N 755).

(2) Die Koppelung kann sodann auf *faktischer*, darunter **technologischer** oder **technischer** (s. N 689), **Grundlage** beruhen.[2805] Sie ist dann die Folge der faktischen Ausgestaltung der betreffenden Güter.[2806] Als Beispiel kann der Fall erwähnt werden, in dem sich ein Unternehmen weigert, die zentralen Bestandteile eines Computers ohne die [Seite 1503] Hauptspeicherkapazität und die Basis-Software zu liefern.[2807] Eine technische Koppelung liegt ferner vor, wenn mehrere Bergbahnunternehmen beschliessen, nur noch ein einziges Jahresabonnement auszustellen, das für alle drei betreffenden Gebiete gilt.[2808] Ferner kann zur Veranschaulichung der technologischen Koppelung auf den Sachverhalt der Entscheidung *Microsoft* hingewiesen werden, der die Integration der Multimedia-Abspiel-Software *Windows Media Player* in das Betriebssystem *Windows* betraf.[2809] **736**

(3) Schliesslich kann eine direkte Koppelung auch durch **ökonomische Anreize** geschaffen werden.[2810] Das Paradebeispiel für diesen Koppelungstypus ist der *Sortimentsrabatt* (s. N 685), der *industrieökonomisch* als eine Sonderart des *mixed bundling* qualifiziert werden kann.[2811] Der Unterschied zur *indirekten* Koppelung (N 738) besteht darin, dass der Anbieter bei der Festlegung seiner Konditionen die Beziehung zwischen den zwei in Frage stehenden Gütern offenlegt, wodurch der Abnehmer sich bewusst wird, dass diese Güter nur *«im Paket»* zu haben sind. **737**

Die Koppelung kann, wie gesagt, auch **indirekt** erzielt werden. Das Grundschema besteht hier darin, dass der Koppelungseffekt über einen Faktor gezeitigt wird, der in der Transaktion eine ganz andere Funktion besitzt. Insofern kann auch gesagt werden, dass die indirekte Koppelung nicht offengelegt wird (auch wenn sie nicht notwendigerweise versteckt werden muss). Eine indirekte Koppelung liegt z.B. vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die Garantie für alle seine Güter ausschliesst, die nicht von Mitgliedern des offiziellen Vertriebsnetzes oder nicht mit genehmigten Ersatzteilen repariert werden.[2812] **738**

Die **jüngste Rechtsprechung** hat dieses weite Verständnis der Koppelung bestätigt. Das Bundesverwaltungsgericht präzisiert, dass vom Tatbestandsmarkmal der Koppelung «alle möglichen Varianten einer rechtlichen oder tatsächlichen Verbindung vom Haupt- und Zusatzprodukt erfasst» werden.[2813] Des Weiteren und in Verbindung mit dem Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 lit. f, hat das Bundesverwaltungsgericht zum einen den Begriff der «Bedingung» in lit. f in dem Sinne präzisiert, dass dieser nicht nur eine Bedingung im Rechtssinne (Art. 151 f. OR), sondern auch eine faktische Voraussetzung aufgrund einer konkreten Ausgestaltung der tatsächlichen Verhältnisse darstellt; er umfasst demzufolge «alle Verbindungen von Produkten, unabhängig davon, ob sie auf vertraglichen Vereinbarungen oder bestimmten tatsächlichen Umständen beruhen».[2814] Zweitens, dies im Zusammenhang mit dem Ausdruck «Abschluss von Verträgen», hat diese Instanz unterstrichen, dass sich entgegen dem Wortlaut der Vorschrift sowie aufgrund einer systematischen Betrachtung und ferner auf der Basis von deren Sinn und Zweck keine Notwendigkeit für eine Abgrenzung von verschiedenen Verknüpfungsvarianten aufdrängt. Viel eher [Seite 1504] erscheine eine einheitliche Anwendung der Vorschrift für alle Varianten einer Koppelung als sachlich angemessen, seien es nun vertragliche oder faktische Koppelungen.[2815] **739**

Das **simultane Angebot** von zwei Gütern ist solange zulässig, als keine Koppelung im soeben geschilderten Sinne besteht. M.a.W. liegt keine Koppelung im Sinne von lit. f vor, wenn die feilgebotenen kombinierten Güter oder wenn die Elemente, die im Rahmen eines integrierten Produktes offeriert werden, auch einzeln bezogen werden **740**

können.[2816] Denn der Käufer behält sich in dieser Hypothese die freie Auswahl vor und ist weder verpflichtet noch gezwungen, das gekoppelte Gut zu akzeptieren.[2817]

741 Abschliessend sei festgehalten, dass folgende Umstände für die Ergründung, ob eine Koppelung vorliegt, **unerheblich** sind: (1) es ist nicht erforderlich, dass der marktbeherrschende Anbieter *Zwang* (Androhung von wirtschaftlichen Nachteilen, Retortionsmassnahmen) gegenüber der Marktgegenseite ausübt. Bei einem vertraglichen Koppelungsgeschäft genügt, dass die Marktgegenseite nicht frei über die Wahl des gekoppelten Gutes entscheiden kann. Bei einer technischen Verknüpfung ergibt sich die Notwendigkeit zur Abnahme des gekoppelten Gutes bereits aus den jeweiligen Umständen; (2) es ist unbeachtlich, ob die Koppelung gegenüber der Marktgegenseite *offengelegt* wird (z.B. im Rahmen eines vertraglichen Koppelungsgeschäfts, (s. N 688) oder ob sie erst zu einem späteren Zeitpunkt von der Koppelung erfährt (z.B. bei einem technologischen Koppelungsgeschäft, s. N 689); (3) die *Werthaltigkeit* des koppelnden oder des gekoppelten Gutes ist ebenfalls unbeachtlich; (4) ein *Missverhältnis* zwischen der Gegenleistung, die für das gekoppelte Gut erbracht wird, stellt keinen relevanten Aspekt der Koppelung dar;[2818] (5) es ist alsdann keine Voraussetzung für einen Verstoss gegen lit. f, dass der Abnehmer dazu *gezwungen* wird, das gekoppelte Produkt *tatsächlich zu nutzen* oder davon *abgehalten* wird, *ein Ersatzprodukt zu nutzen*, das von einem Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens geliefert wird.[2819]

bb) Sonderfrage: Koppelung auf verbundenen Märkten

742 Im Fall *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dies unter Berufung auf das Urteil *Tetra Pak II* des EuGH,[2820] dass Wettbewerbsverfälschungseffekte, die von einer Koppelung auf einem nicht beherrschten Markt erzeugt werden, missbräuchlich sein können, wenn zwischen diesem Markt und einem beherrschten Markt eine besondere Verbindung besteht.[2821]

743 Um dies zu begründen hat das Bundesverwaltungsgericht in einem ersten Schritt eine konstruierte Sachverhaltskonstellation mit fünf einschlägigen Merkmalen als Veranschaulichungsbeispiel benutzt, welche im Urteil *Tetra Pak II* vorgeblich zur Erweiterung des Begriffs der Koppelung geführt haben soll: (1) das inkriminierte Unternehmen weist zwar eine marktbeherrschende Stellung auf dem Hauptmarkt, nicht aber auf einem Ne [Seite 1505] benmarkt auf; (2) es besteht eine besondere Verbindung zwischen Haupt- und Nebenmarkt; (3) das fragliche Unternehmen nimmt eine Koppelung von Produkten des Neben- und eines Folgemarkts vor; (4) eine Verbindung zwischen einem (Haupt-)Produkt des Hauptmarkts und zumindest einem Zusatzprodukt des Neben- oder des Folgemarkts ist nicht vorhanden; (5) die Produkte auf dem Hauptmarkt sind unabhängig von den verknüpften Produkten auf dem Neben- und dem Folgemarkt erhältlich. Anschliessend hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass sich, im Sinne eines *a majore ad minus*-Schlusses, weitere verwandte Varianten einer Koppelung aus der soeben dargelegten Sachverhaltskonstellation ableiten lassen, da angesichts einer doppelten Konnexität zwischen den verschiedenen Märkten und den verschiedenen Produkten die Anforderungen an die Ausgestaltung der besonderen Verbindung der jeweiligen Märkte auch geringer angesetzt werden als in der ursprünglichen Sachverhaltskonstellation.

744 Diese richterliche Konstruktion ist aus zwei Gründen fragwürdig: (1) Die Erwägungen des Urteils *Tetra Pak II* sind bisher in der europäischen Spruchpraxis nicht wiederholt worden; des Weiteren beruhen die Erwägungen im Fall *Tetra Pak II* nicht auf der Anwendung von *abstrakten* Merkmalen, sondern auf den *konkreten* und spezifischen Fakten des Falles (Tetra Pak verfügte über 90% der Marktanteile im aseptischen Bereich, über eine führende Stellung im nicht-aseptischen Bereich wie auch über 78% der Anteile am gesamten Markt für aseptische und nicht-aseptische Kartonverpackungen, und schloss ihre Mitbewerber über eine ganze Batterie an

Klauseln vom Markt aus[2822]); ausserdem haben die Europäischen Behörden die Erwägungen aus besagter Leitentscheidungen auf andere Situationen ausgeweitet, im Gegensatz zur Ausdehnung der Konstruktion durch das Bundesverwaltungsgericht über das *a majore ad minus Argument*. (2) Das Bundesverwaltungsgericht geht überdies in Wirklichkeit auch nicht nach diesem Argumentationsschema vor – dies würde nämlich darin bestehen, eine Auswirkung auch unter strengeren Bedingungen zuzulassen –, sondern verzichtet im Gegenteil auf ein bedeutendes Element aus dem Urteil *Tetra Pak II*: die Europäischen Richter stützten sich nämlich hauptsächlich auf «die Quasimonopolstellung von Tetra Pak auf den aseptischen Märkten [...], die dieses Unternehmen in eine Lage versetzten, die einer beherrschenden Stellung auf der Gesamtheit der relevanten Märkte gleichkam».[2823] Das Bundesverwaltungsgericht hingegen erkennt seinerseits, dass die SIX-Gruppe «nicht über eine monopolartige Stellung im relevanten Zeitraum verfügte».[2824]

745 Entsprechend erachten wir es für wenig überzeugend, *in casu* einen Sonderfall der Koppelung zu anzunehmen, den man aus den fünf abstrakten Merkmalen (s. N 743) ableitet, wie sie angeblich im Urteil *Tetra Pak II* vorhanden sein sollen – was tatsächlich nicht der Fall ist, wie eine sorgfältige Lektüre der Rz 24 f., 27 f. und 30 dieses Urteils zeigt –, und noch weniger halten wir mangels erfüllter Analogievoraussetzungen die Argumentation *a majore ad minus* für überzeugend, die in kaum überprüfbare Weise die Anwendung dieses Sonderfalls in der Spruchpraxis sehr vermutlich auf weitere Fälle ausweiten wird.

[Seite 1506] *d) Merkmal III: Wettbewerbsbeeinträchtigung*

aa) Allgemeines

746 Die Koppelungspraktik muss nach herrschender Lehre und Praxis eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge haben.[2825] Das Bundesgericht spricht von einer «Wettbewerbsbeschränkung», welche kausal aus dem Koppelungsgeschäft resultieren muss, das Bundesverwaltungsgericht von einem «nachteiligen Effekt auf dem Wettbewerb».[2826] Mit dieser Aussage ist zwar eine grundsätzliche Frage geklärt, die in der Schweiz lange offengeblieben ist;[2827] allerdings wird damit in keiner Art und Weise gesagt, was man *in casu* unter einer «Wettbewerbsbeeinträchtigung» zu verstehen hat und wie vorzugehen ist, um eine solche *in praxi* zu ermitteln. Dem vorliegend generell verfolgten Ansatz entsprechend (s. N 111, 114 ff.) ist davon auszugehen, dass eine Koppelungspraktik dann wettbewerbsbeeinträchtigende Effekte zeitigt, wenn sie den *Wettbewerb* beeinträchtigt (s. N 747 ff.) sowie die *Konsumentenwohlfahrt* (s. N 770) reduziert. Wie immer setzt die Prüfung dieses Merkmals eine komplexe Analyse voraus. In diesem Zusammenhang sind in erster Linie Verdrängungs- (s. N 747 ff.) sowie allenfalls Ausbeutungseffekte (s. N 764 ff.) zu untersuchen.[2828] Das Problem der sog. Sekundärmärkte *(aftermarkets)* wirft im Zusammenhang mit dem Merkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung spezifische Fragen auf, die an anderer Stelle gesondert behandelt werden (s. N 771 ff.).

bb) Wettbewerbsschädigung

aaa) Verdrängungsformen

747 Die Koppelungspraktik ist in erster Linie ein **Verdrängungsmissbrauch** (s, N 79 ff.), der sich sowohl auf dem Markt für das gekoppelte Gut (s. N 748) als auch auf demjenigen für das koppelnde (s. N 749 f.) oder dann auf beiden zugleich auswirken kann.[2829]

748 [Seite 1507] Festzuhalten ist vorab, dass die Verdrängungswirkungen einer Koppelungspraktik dem Marktbeherrscher grundsätzlich erlauben, seinen Anteile auf dem **Markt für das gekoppelte Gut** zu vergrössern (sog. *Hebelwirkung*).[2830] Skalen- und Netzwerkeffekte sowie hohe Marktzutrittsschranken auf diesem Markt

tragen zum wettbewerbsfeindlichen Erfolg der Koppelungsstrategie bei. Im Einzelnen erlaubt eine Koppelungsstrategie dem beherrschenden Unternehmen, die Anzahl von Handelspartnern, die mit Konkurrenten kontrahieren könnten, zu reduzieren.[2831] Dadurch kann eine Marginalisierung oder sogar ein Ausschluss der aktuellen Rivalen auf dem gekoppelten Markt erwirkt werden. Ferner ermöglicht diese Strategie zuweilen die Errichtung von Marktzutrittsschranken gegen potentielle Konkurrenten auf dem gekoppelten Markt, die weniger Abnehmer zu erwarten haben und somit auf einen Markteintritt verzichten.

749 Eine Koppelungspraktik kann zugleich eine Strategie der Bewahrung oder der Verstärkung einer beherrschenden Stellung auf dem **Markt für das koppelnde Gut** darstellen. Indem das Koppelungsgeschäft für eine Verminderung der Konkurrenz auf dem Markt des gekoppelten Gutes sorgt, reduziert es *de facto* die Anzahl der potenziellen Partner, mit denen *die aktuellen Konkurrenten auf dem Markt des koppelnden Gutes* zusammenarbeiten könnten. Dadurch sehen sich Letztere geschwächt und das marktbeherrschende Unternehmen, das die Koppelungsgeschäfte anbietet, kann sich im Markt tiefer verankern, was auf eine Verschliessung desselben hinausläuft *(horizontal foreclosure)*.[2832] Dank dem Koppelungsgeschäft ist es dem marktbeherrschenden Unternehmen auch möglich, gezielt gegen Konkurrenten auf dem Markt des gekoppelten Gutes vorzugehen, die auf dem Markt für das koppelnde Gut eingetreten sind oder erfolgreich eintreten könnten.[2833] In der Verdrängung von Konkurrenten auf dem Markt für das gekoppelte Gut kann somit auch ein Mechanismus der Errichtung von Marktzutrittsschranken auf dem Markt für das koppelnde Gut liegen.[2834] Denn wenn das gekoppelte Gut für die Nachfrager nach dem koppelnden von Bedeutung ist (z.B. weil die Nachfragen nach den beiden Gütern in hohem Masse interdependent sind; s. N 750 und 753), so führt die Verminderung der Anzahl von Konkurrenten auf dem Markt für das gekoppelte Gut zu einem schwierigeren und teureren Eintritt auf den Markt des koppelnden Gutes durch einen potenziellen Wettbewerber, bis hin zur Notwendigkeit, aufgrund der durch das Koppelungsgeschäft gezeitigten Verdrängung beide Märkte gleichzeitig zu betreten.

Hat man es mit einer starken Interdependenz der Nachfragen für die gekoppelten Güter zu tun (was bedeutet, dass die Nachfrager an die Koppelung dermassen gewöhnt sind, dass sie ihre Gewohnheiten kaum aufgeben werden), so hat ein *potenzieller Konkurrent auf dem Markt für das koppelnde Gut* zwei Möglichkeiten:[2835] (1) Er kann versuchen, die Gewohnheiten der Nachfrager zu ändern, was hohe Investitionen (z.B. in Marketingmassnahmen) erfordert; diese Investitionen stellen faktisch *Eintrittsbarrieren* dar. (2) Er kann sodann versuchen, ein Koppelungsgeschäft anzubieten, was konkret verlangt, dass er sowohl in den Markt für das koppelnde Gut als auch in denjenigen des gekoppelten eintritt. Der Umstand, dass das marktbeherrschende Unternehmen einen hohen Anteil am Markt für das koppelnde Gut besitzt und seine Wettbewerber auf dem Markt für das [Seite 1508] gekoppelte verdrängt hat, stellt *de facto* eine hohe Marktzutrittsschranke für den potenziellen Rivalen dar.[2836] Aus dieser Betrachtung geht hervor, weshalb ein Marktbeherrscher ein Interesse daran haben kann, seine Konkurrenten auf dem Markt für das gekoppelte Gut zu verdrängen.[2837] Ein Beispiel für einen solchen Sachverhalt ist – soweit aus dem publizierten Entscheid ersichtlich – die Weigerung der Swisscom, das Kommunikationssystem «Centrex» zu installieren, solange der Kunde andere als «Centrex»-Bestandteile in dieses System integrieren will. Diese Weigerung kann den Ausschluss von Lieferanten oder Installateuren vom Markt für andere als «Centrex»-Bestandteile bewirken.[2838] Genauso kann die Zusammenlegung mehrerer Leistungen in Form eines Leistungspaketes zur Verdrängung der aktuellen Konkurrenz und zur Errichtung von Marktzutrittsschranken gegen potenzielle Konkurrenten führen.[2839]

750 Falls nebst dem beherrschenden Unternehmen Rivalen ohne qualifizierte Macht auf dem Markt des koppelnden Gutes ebenfalls auf eine Koppelungspraktik zurückgreifen, werden Markteintritte noch zusätzlich erschwert.[2840] Eine derartige Marktlage kann im Übrigen auch zur Folge haben, dass die von der Koppelungsstrategie erzeugten Verdrängungswirkungen auf dem Markt des

Wettbewerbsgutes (1) durch *Skaleneffekte*, (2) durch sog. *learning-curve-Effekte* (d.h. Effekte, die auf angelernte Problembewältigungsfähigkeit von Unternehmen zurückzuführen sind, z.B. durch Erfahrung ermöglichte Kostenreduktionen) oder (3) durch *Netzwerkeffekte*[2841] zusätzlich gesteigert werden. Solches geschieht allerdings nur, sofern das beherrschende Unternehmen von seinem eigenen Koppelungsgeschäft *proportional mehr* profitiert als seine Konkurrenten von den jeweils ihrigen.[2842] Darüber hinaus wird dieses Unternehmen durch Netzwerkeffekte allenfalls dazu angespornt, den Markt endgültig seiner Kontrolle zu unterwerfen. Denn damit wird es in die Lage versetzt, seine Mitbewerber daran hindern zu können, ebenfalls aus besagten Netzwerkeffekten Profit zu schlagen.[2843] Zu einer *umgekehrten Konstellation* kann es dann kommen, wenn auf dem Markt für das gekoppelte Gut eine hohe Produktedifferenzierung herrscht, weil diese naturgemäss die Verdrängungswirkungen eines Koppelungsgeschäfts abdämpft und vermindert.[2844] Die Nachfrager, die eine starke Präferenz für ein Konkurrenzprodukt des gekoppelten Gutes haben, können sich alsdann mit dem Ziel, ihr bevorzugtes Produkt weiterhin zu beziehen, dazu entschliessen, sich mit koppelnden Gütern der Rivalen des beherrschenden Unternehmens einzudecken.

751 Die Tatsache, dass andere, **höchstens einfach marktmächtige Rivalen** auf dem Markt für das koppelnde Gut **ebenfalls auf Kombinationspraktiken zurückgreifen**, kann den Verdrängungseffekt der Güterverbindung noch *zusätzlich verstärken*, da hierdurch zumal Markteintritte erschwert werden können.[2845] Eine derartige Marktlage kann im Übrigen [Seite 1509] auch zur Folge haben, dass die von der Koppelungsstrategie erzeugten Verdrängungswirkungen auf dem Markt des Wettbewerbsgutes (1) durch *Skaleneffekte*, (2) durch sog. *learning-curve-Effekte* – d.h. die Folgewirkungen vom Erwerb vermittels Erfahrung von betrieblichen Problembewältigungsfähigkeiten, die es Marktteilnehmern erlauben, im Unternehmen die Betriebsprozesse zu optimieren, wie z.B. die Kompetenz, kostenreduzierende Logistiklösungen und dergleichen mehr zu entwickeln – oder (3) durch *Netzwerkeffekte*[2846] weiters gesteigert werden. Die soeben charakterisierten drei Effektentypen potenzieren insofern die Risiken einer *Marginalisierung* oder gar einer *Beseitigung* von Mitbewerbern, als der Marktbeherrscher von der Stabilisierung der Marktverhältnisse, die Koppelungsgeschäfte zuweilen herbeiführen, *proportional mehr als andere Marktteilnehmer* zu profitieren weiss.[2847] Ebenso können Netzwerkeffekte das beherrschende Unternehmen motivieren, den Markt ein für alle Mal seiner Kontrolle zu unterwerfen, indem dieses seine Rivalen *auf Dauer* daran hindert, ihrerseits aus besagten Effekten (in irgendeiner Form) Nutzen zu ziehen.[2848] Umgekehrt vermindert eine *hochgradige Produktedifferenzierung* auf dem Markt des gekoppelten Gutes die Verdrängungswirkungen von Koppelungsgeschäften.[2849] Die Nachfrager, die eine starke Präferenz für ein Konkurrenzprodukt des gekoppelten Gutes haben, können sich mit dem Ziel, ihr bevorzugtes Produkt weiterhin zu beziehen, dazu entschliessen, sich mit koppelnden Gütern von Konkurrenten des Marktbeherrschers einzudecken.

bbb) Verdrängungsanalyse

752 Sind die gebundenen Abnehmer und die Dauer der Gebundenheit einmal identifiziert, müssen die Behörden in einem **zweiten Schritt** feststellen, ob diese Abnehmer einen *erheblichen Teil* der Nachfrage nach dem gekoppelten Gut auf sich *vereinigen*, was zu einer **spürbaren und dauerhaften Schädigung** des gekoppelten Marktes führen muss.[2850] Im Allgemeinen ist der Verdrängungseffekt auf dem Markt für das gekoppelte Gut direkt proportional (1) zum Prozentsatz der Absätze auf diesem Markt, die durch die Koppelung angebahnt werden (quantitative Wirkung, s. N 753), und ebenso proportional (2) zur Dauer dieser Absatztätigkeit (zeitliche Ebene, s. N 754).[2851]

753 Im Hinblick auf die **quantitative Wirkung** muss die Verdrängung spürbar sein, wobei dies von folgenden drei Faktoren abhängt:[2852] (1) Die Verdrängungswirkung

verhält sich [Seite 1510] proportional zur Interdependenz der Nachfrage nach dem gekoppelten Gut, d.h. proportional zum Anteil des Umsatzes, den die Nachfrager nach dem koppelnden auf dem Markt für das gekoppelte Gut ausmachen. Denn besteht weiterhin ein Teil unabhängiger Nachfrager nach dem gekoppelten Gut, also eine Nachfrage unabhängig von dem Koppelungsgeschäft, so ist die Verdrängungswirkung auf dem Markt für das gekoppelte Gut begrenzt.[2853] Ferner kann die Tatsache, dass gewisse strategische Kunden, die an sich für ein Drittangebot empfänglich wären, aber durch ein Koppelungsgeschäft gebunden sind, eine Eintrittsschranke vermittels wettbewerbswidriger Marktverschliessung darstellen, selbst wenn dies nur einen kleinen Teil des Koppelungsmarktes ausmacht.[2854] Schliesslich dürfen diejenigen Abnehmer nicht mit einbezogen werden, die, ohne dazu gezwungen zu sein, das gekoppelte Gut beim marktbeherrschenden Unternehmen trotzdem gekauft hätten. Analog verhält es sich bei jenen, die das gekoppelte Gut gar nicht gekauft hätten. Die Tatsache, dass diese Abnehmer das gekoppelte Gut beim Marktbeherrscher kaufen müssen, läuft keineswegs auf eine Verdrängungswirkung auf dem Markt des gekoppelten Gutes hinaus, weil sie dieses Gut sowieso nicht bei einem verdrängten Konkurrenten gekauft hätten.[2855] (2) Die Bedeutung der Verdrängungswirkung hängt von dem zusätzlichen Nutzen ab, den die Koppelung der beiden Produkte schafft. (3) Der Grad der Beherrschung der Märkte für das koppelnde und das gekoppelte Gut ist in diesem Zusammenhang ausschlaggebend: je bedeutender die Machtstellung des Unternehmens, das das Koppelungsgeschäft anbietet, auf einem der beiden Märkte oder auf beiden Märkten zugleich ist, desto grösser ist auch die Verdrängungswirkung.[2856]

754 Auf einer **zeitlichen** Ebene ist die Verdrängungswirkung der Konkurrenz von der Dauer abhängig, über welche es den Mitbewerbern nicht möglich ist, einen Umsatz mit den gebundenen Abnehmern zu erzielen. Für die technologischen Koppelungsgeschäfte (s. N 689) ist die Dauer potenziell unbegrenzt und währt mindestens so lange wie der Lebenszyklus des Produktes, es sei denn die Bindung wäre ohne Schwierigkeiten zu umgehen. Bei vertraglichen Koppelungen (s.N 688) determinieren entweder die vertraglichen Bestimmungen betreffend die Versorgung oder der Lebenszyklus der Produkte die Dauer der Verdrängung.[2857]

755 AHLBORN/EVANS/PADILLA haben versucht, die soeben dargestellten Elemente in ein **strukturiertes Prüfungsschema** einzubringen, das die wettbewerbsschädlichen Wirkungen in zwei Etappen analysiert und in einem dritten Schritt allfällige Effizienzgewinne ausmacht (zu diesem dritten Schritt, s. N 778):[2858] (1) Die erste Untersuchungsstufe ist der Frage gewidmet, ob angesichts der Eigenheiten des Marktes, auf dem eine Koppelung praktiziert wird, eine verdrängende Wirkung denkbar ist. Zurzeit stellt die Industrieökonomik eine Reihe von notwendigen, aber nicht hinreichenden Bedingungen auf, unter denen ein Koppelungsgeschäft wettbewerbsschädliche Auswirkungen haben kann: (a) Marktbeherrschung des koppelnden Unternehmens; (b) der Wettbewerb auf dem Markt des gekoppelten Gutes ist unvollkommen *(imperfectly competitive)*; (c) das marktbeherrschende Unternehmen hegt eine eindringliche Absicht, eine Koppelungsstrategie zu fahren (diese Bedingung ist jedoch dann obsolet, wenn die Kunden das koppelnde [Seite 1511] Gut als heterogen einschätzen); (d) die Unfähigkeit der Wettbewerber, die Koppelungsstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens zu reproduzieren; (e) die Wahrscheinlichkeit des Ausschlusses der Konkurrenz; (f) die Eintrittsschranken auf dem Markt des gekoppelten Gutes; (g) die fehlende Marktmacht der Handelspartner *(countervailing buyer power)*.[2859] (2) Wenn einmal die theoretische Möglichkeit einer wettbewerbsschädigenden Wirkung festgestellt ist, muss in einem zweiten Schritt festgelegt werden, ob die gewonnenen Erkenntnisse im konkreten Fall bestätigt werden können. Zu diesem Zweck ist es erforderlich, eine Hypothese aufzustellen, die beschreibt, wie das Koppelungsgeschäft wettbewerbsbeeinträchtigende Effekte zeitigt und inwieweit diese Hypothese anhand

der konkreten Fakten des untersuchten Marktes bestätigt werden kann. Diese Analysestufe verlangt nach einem empirisch komplexen Vorgehen, das auf den Besonderheiten des einzelnen Falles beruhen muss.[2860]

756 Das soeben dargestellte Schema der Analyse von Verdrängungswirkungen der Koppelung, die auf dem *«effects-based» approach* (s. N 128) fusst, nimmt die **Entwicklung der jüngeren Spruchpraxis in der Union** auf (s. N 757 f.). Diese hat sich in Bezug auf die Untersuchungsmethodik der Wirkungen von *tying* und *pure bundling* allmählich vom «formbasierten» Ansatz (s. N 127) gelöst, der noch die Rechtsprechung i.S. *Hilti*[2861] und *Tetra Pak II*[2862] prägte. Zumal in den 1990er Jahren hatte sich im europäischen Wettbewerbsrecht die Regel verankert, wonach die Verbindung eines Marktbeherrschungs- mit einem Wettbewerbsgut durch ein beherrschendes Unternehmen schlechtweg einen zugleich *notwendigen* und *hinreichenden Nachweis* für eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung (s. N 81 ff.) bildet.[2863] *Re vera* bedeutete diese Rechtsprechung aus materiellrechtlicher Perspektive, dass die Analyse von Effekten einer Koppelung (d.h. im Rahmen von Merkmal III) einer *per se*-Regel im eigentlichen Sinne unterstellt wurde.[2864] Nach Art. 102 AEUV (wie übrigens auch nach Art. 7) stellt dieser *per se*-Standard im Grunde genommen eine *Anomalie* dar, nämlich eine Abweichung von der Maxime, wonach das Missbrauchsverbot dieser Art von Regel – mit äusserst raren, eigentlich erst seit dem höchstinstanzlichen *Intel*-Urteil[2865] unter dem Titel *«naked restraints»* diskutierten und bislang kaum geklärten Ausnahmen (s. N 139) – entzogen ist (s. N 127).[2866]

757 Die Entscheidung der europäischen Kommission im Fall *Microsoft* vom 24.5.2004,[2867] die vom EuG am 17.9.2007 bestätigt wurde,[2868] ist am Ursprung eines Wandels des soeben geschilderten, streng formalen Untersuchungsstandards (s. N 112, 119 ff.) von Koppelungsgeschäften. Darin wurde die Anbindung des Windows-Betriebssystems für Client-PCs an den «Windows Media Player 9 Series» («WMP 9») mithilfe einer *«full-fledged»*-Effektenanalyse untersucht, also einer mithilfe des *Massstabes des «wirkungsbasierten» Ansatzes* vollzogenen Prüfung, die sich über vierundvierzig Seiten des Entscheids erstreckt (nämlich von Rz 835 bis Rz 954).[2869] Die Tragweite dieser Abwendung [Seite 1512] von der überkommenen *Hilti*- und *Tetra Pak II*-Praxis blieb freilich vorerst einmal unsicher und in der Doktrin umstritten.[2870] Das EuG hat sich zwar in seinem den Kommissionsentscheid billigenden Urteil zu dieser Frage mit klaren Worten geäussert: «Dass die Kommission die konkreten Auswirkungen, die durch das fragliche Koppelungsgeschäft auf dem Markt […] entstanden […] sind,] untersuchte, statt sich – wie sonst normalerweise in den Fällen missbräuchlicher Koppelungsgeschäfte – auf die Erwägung zu beschränken, dass das genannte Koppelungsgeschäft per se eine Ausschlusswirkung auf dem Markt entfaltete, bedeutet […] nicht, dass die Kommission eine neue Rechtstheorie angewandt hat».[2871] M.a.W. hat das Gericht in dieser Passage hervorgehoben, dass eine vertiefte Untersuchung nach dem Typus der *rule of reason* lediglich in *Ausnahmefällen* von marktschädlichen Koppelungsgeschäften anwendbar ist, ohne freilich die Kriterien dafür zu definieren, was einen Ausnahmefall ausmacht. Allerdings hat es im europäischen Wettbewerbsrecht mit der hier fraglichen richterlichen Bemerkung keineswegs sein Bewenden gehabt. Die spätere Fortentwicklung der Spruchpraxis nach dem *Microsoft*-Entscheid hat letztlich diese Bemerkung *obsolet* werden lassen.[2872] Diese Praxisentwicklung im Resümee: Am 20.12.2012 fuhr die Kommission den mit dem *Microsoft*-Entscheid eingeschlagenen Kurs in der Rechtssache *Rio Tinto Alcan*[2873] dezidiert weiter.[2874] Der zu beurteilende Sachverhalt bestand darin, dass Rio Tinto Alcan die Erteilung von Lizenzen für seine führende Aluminiumschmelztechnologie vom Erwerb von Aluminiumhütten («PTA»), welche dieses Unternehmen ebenfalls herstellte, vertraglich abhängig machte. Auch in diesem Fall (wie im Entscheid *Microsoft*) nahm die Kommission eine Wirkungsanalyse nach dem *«effects-based» approach* vor. Nicht weniger als sieben *in casu* relevante Marktfaktoren wurden von der Kommission vollständig untersucht.[2875] Die Behörde kam auf dieser Basis zum Schluss, dass «[…] the customers' choice of PTA suppliers has been directly and

substantially limited by Rio Tinto Alcan's tying practice, with likely negative implications on innovation and, potentially, prices, in the relevant PTA and smelting technology markets. This would amount to anticompetitive foreclosure of the relevant PTA market by Rio Tinto Alcan».[2876] Im Unterschied zum *Microsoft*-Urteil des EuG, wo ausgeführt wurde, dass die Vorinstanz «[…] der Auffassung [war], dass sie sich angesichts der spezifischen Umstände des vorliegenden Falls nicht […] auf die Erwägung beschränken dürfe, dass der gekoppelte Verkauf eines bestimmten Produkts und eines beherrschenden Produkts *per se* eine Ausschlusswirkung auf dem Markt habe […, und deshalb] die konkreten Auswirkungen, die durch das fragliche Kopplungsgeschäft […] auf dem beherrschten] Markt entstanden waren, […] einer näheren Prüfung [unterzog]»,[2877] also m.a.W. einen der detaillierten Beurteilung bedürfenden *Ausnahmefall* erkannt habe, kam es in der Rechtssache *Rio Tinto Alcan* zu *keinem entsprechenden Vorbehalt* mehr. Man muss diese Tatsache dahingehend deuten, dass die Kommission mit *Rio Tinto Alcan* klar beabsichtigte, sich von der überholten, den derzeitigen Marktverhältnissen nicht mehr angemessenen *per-se*-Regel von *Hilti* sowie *Tetra Pak II* zu verabschieden und die Untersuchung der Frage, ob ein Koppelungsgeschäft eine Wettbewerbsbeeinträchtigung verursacht, von nun an einem *umfassenden standard of proof* (s. N 112, [Seite 1513] 119 ff.) zu unterstellen.[2878] Dass die Kommission eine Praxisänderung von einer derartigen Tragweite auch tatsächlich beschlossen hatte, hat der Entscheid *Google Android* vom 18.7.2018 definitiv gezeigt.[2879] *In casu* ging es um die Frage, ob die Marktauswirkungen von Googles Geschäftsstrategie, seinen App-Store *(«Play Store»)* an Herstellern von Mobilgeräten nur unter der Bedingung zu lizenzieren, dass diese die Google-eigene Browser-App *(«Chrome»)* auf ihren Geräten vorinstallieren, mithilfe einer **detaillierten Analyse der relevanten Wettbewerbsfaktoren** (und nicht mehr mit einer *per se*-Regel) zu prüfen sind. In ihrem Entscheid hat die Kommission eine Effektenanalyse nach der Art eines *full-blown standard of review* mit besonderer, in der europäischen Spruchpraxis gerade ausserordentlich tiefschürfende Akribie[2880] vorgenommen. Von kaum zu unterschätzender Bedeutung sind in diesem Zusammenhang ihre Ausführungen in Rz 749, die eine klare Sprache sprechen:

> «[…] Article 102 TFEU does not require demonstration of actual or potential anti-competitive effects in […] tying cases. Indeed, in Hilti and Tetra Pak II, it was sufficient to assume that the tying of a specific product has by its very nature a foreclosure effect. In Microsoft, however, *the General Court explained that* while it is true that Article 102 TFEU as a whole does not contain any reference to the anti-competitive effect of bundling, *the fact remains that, in principle, conduct will be regarded as abusive only if it is capable of restricting competition*».[2881]

Ebenso klar nimmt sich die weitere in diesem Fall gemachte, aus Eurokompatibilitätsperspektive (s. N 40 ff.) bedeutsame Aussage der Kommission aus, die den für das hier diskutierte Merkmal III der Fallgruppe von lit. f relevanten Rahmen des *standard of proof* (s. N 112, 119 ff.) mit den Worten festlegt:

> «When conducting such an examination, it is relevant to consider whether, inter alia, the tying: (i) reduces the incentives of users to choose a product from among those of other suppliers than the dominant undertaking; (ii) creates disincentives for customers of the dominant undertaking to offer the products of other suppliers of the product that is tied; or (iii) encourages third parties to develop products that implement only the underlying technology on which is based the product that is tied».[2882]

Dieser Passus lässt keinen ernsthaften Zweifel offen, dass sich die Kommission von der Rechtsprechung i.S. *Hilti* und *Tetra Pak II* abgewendet hat und fortan ihre einschlägige Praxis definitiv[2883] an einem *«wirkungsbasierten» Untersuchungsstandard* ausrichten wird.[2884] Ferner fasst diese Behörde in ihrem Entscheid die Bemerkung des EuG in Rz 867 von dessen *Microsoft*-Urteil dahingehend auf, dass diese Instanz mit Blick auf die vorliegende Frage *auf demselben Boden* steht *wie sie selber*.[2885] Entsprechend darf [Seite 1514] mit einer gewissen Zuversicht erwartet werden, dass das EuG der Kommissionspraxis in den Fällen

Rio Tinto Alcan und *Google Android* folgen wird.[2886] Wie aber, so ist jetzt die Frage, positioniert sich der Gerichtshof heute in der Untersuchungsstandardsfrage von Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV, dem Pendant von lit. f?

758 Seit der Praxisänderung der unteren Instanzen (s. N 757) hat der EuGH noch keine Gelegenheit gehabt, sich zu dieser Frage zu äussern. Indes bedeutet dieser Umstand nicht unbedingt, dass der Gerichtshof an seiner *Hilti*- und *Tetra Pak II*-Judikatur unbesehen festhalten wird (s. N 756 f.). Die Zeichen stehen auf Änderung der oberstinstanzlichen Rechtsprechung: Es gilt nämlich zu bedenken, dass sich seit der Fällung besagter Urteile der EuGH die **allgemeinen Prinzipien von Art. 102 AEUV dogmatisch teils in durchgreifender Reform** fortgebildet hat (s. N 66, 75, 84, 112 ff.).[2887] Und zwar auch in Punkten, die für den in Koppelungsfällen einschlägigen Untersuchungsstandards von Bedeutung sind.[2888] Wie in N 84 dargetan, hat der EuGH in einer Reihe jüngerer Urteile statuiert, dass *nicht* die *Art* oder die *Struktur* – also die *Form* – eines inkriminierten Verdrängungsverhaltens dessen Missbräuchlichkeit i.S.v. Art. 102 AEUV begründet (s. N 112, 119 ff.); vielmehr, so der Gerichtshof, hängt die Unzulässigkeit eines derartigen Verhaltens davon ab, *in welcher Manier* es sich auf den Wettbewerbsprozess *auswirkt*. Entscheidend für die Beurteilung dieser Unzulässigkeitsfrage sind m.a.W. die von einer bestimmten Verhaltensweise eines Marktbeherrschers erzeugten *Effekte* auf die sich im Wettbewerb abspielenden Rivalitätsprozesse (s. N 6, 82 ff., 119 ff.).[2889] Das Konzept des Verdrängungsmissbrauchs (s. N 79 ff.) ist nun aus naheliegenden Gründen für die Ausgestaltung des einschlägigen Untersuchungsstandards *bestimmend*. Denn dieser Standard muss so ausgestaltet sein, dass er die genuinen Züge von verdrängendem Verhalten und namentlich deren Auswirkungen auf die Konkurrenz stets zu erfassen und nachzuweisen vermag. Die massgeblichen Überlegungen über die *tatbestandlichen Attribute eines Verdrängungsverhaltens* und den darauf zugeschnittenen *standard of proof* sind in erster Linie im Urteil *Post Danmark I* des EuG (s. N 84) zu finden. In Bezug auf die Merkmale eines Verdrängungsverhaltens hat diese Instanz darin ausgeführt, dass Art. 102 AEUV «[…] die Verhaltensweisen eines beherrschenden Unternehmens [erfasst], die zum Nachteil der Verbraucher die Aufrechterhaltung oder den Ausbau des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder die Entwicklung dieses Wettbewerbs […] behindern, […]».[2890] Mit dieser (doch leicht kryptischen und sicherlich etwas deutungsbedürftigen) Aussage wird zunächst ausgedrückt, dass ein verdrängendes Verhalten, welches *ausschliesslich die Tätigkeiten von Konkurrenten* auf dem Markt behindert, *tatbestandlich nicht ausreicht*, um gegen Art. 102 AEUV zu verstossen (s. N 84).[2891] Hinzu kommen muss, wie der Gerichtshof festhält, dass die zu beurteilende Verhaltensweise «[…] zum Schaden des Wettbewerbs *und damit der Verbraucherinteressen* führt»,[2892] d.h. die Konsumentenwohlfahrt *direkt* oder *indirekt* verringern muss (s. N 84, 87, 114 ff.).[2893] Diese Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit eines Verdrängungsverhaltens haben *unmittelbare Konsequenzen* für die Ausgestaltung des einschlägigen Untersuchungsstandards, welche der EuGH mit den Worten erläutert:

> **[Seite 1515]** «Für die Feststellung, ob das Unternehmen in beherrschender Stellung diese Stellung […] missbräuchlich ausgenutzt hat, ist es angezeigt, sämtliche Umstände zu berücksichtigen und zu untersuchen, ob […] die fragliche Praktik darauf abzielt], dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen und ihnen damit einen Wettbewerbsnachteil zuzufügen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken […]».[2894]

Dem ist zwar sachlich nichts beizufügen; aus diesem Passus geht aber unmissverständlich hervor, dass die beispielhaft aufgezählten Kriterien, generalisiert man sie, die *allgemein geltenden Mindestbedingungen* des Untersuchungsstandards von Art. 102 AEUV darstellen. Damit wird ersichtlich auch für *Koppelungsgeschäfte* impliziert, dass eine Prüfung von deren Effekte, die auf einer *per se*-Regel abgestützt würde, dem *gegenwärtigen Stand* der

Spruchpraxis zu Art. 102 AEUV *widersprüche*. *Summa summarum* ist festzuhalten, dass im Koppelungskartellrecht der Union die ältere Rechtsprechung von *Hilti* und *Tetra Pak II* aufgegeben worden ist und nunmehr ein wirkungsbasierter *standard of review* praktiziert wird.[2895]

759 Die **WEKO** scheint sich mit der hypothetischen Ausschlussmöglichkeit eines oder mehrerer Konkurrenten zufrieden zu geben, ohne die empfindliche und dauerhafte Schädigung des entsprechenden Marktes genau abzuschätzen. Symptomatisch ist in dieser Hinsicht, dass die Begründung der Entscheidung in der Sache *Swisscom-Centrex* nichts über die Möglichkeiten der Konkurrenten von Swisscom sagt, ihre Produkte an nicht gebundene Abnehmer zu veräussern, die das System «Centrex» nicht gewählt haben. Auch schweigt sich diese Entscheidung über die Verdrängungsrisiken im Zusammenhang mit diesen Abnehmern völlig aus.[2896] Insgesamt betrachtet liegt auch hier das Problem darin, dass zwischen Wettbewer*ber* - und Wettbewer*bs*-Behinderung nicht differenziert wird, was die in N 103 ff. begründete Kritik nach sich zieht. Im **Schweizer Kartellrecht** variiert die Praxis des Untersuchungsstandards *je nach Entscheidungsinstanz*:

> Die **WEKO** sowie das **Sekretariat** prüfen seit jeher in konstanter Praxis Koppelungsgeschäfte nach einem Untersuchungsstandard des Typus einer *rule of reason*.[2897] Auf sämtliche einschlägigen Entscheide kann hier nicht eingegangen werden. Das ist angesichts der erwähnten Praxiskonstanz auch gar nicht nötig. Ein Fall, der sich als durchweg repräsentativ für besagte Spruchpraxis ausnimmt – und zwar dermassen, dass er als mustergültiger Stellvertreter für die restlichen einschlägigen Vorabklärungen und Untersuchungsverfügungen der Behörden angesehen werden kann –, ist die Kommissionsentscheidung *SIX/Terminals mit Dynamic Currency* **[Seite 1516]** *Conversion (DCC)*.[2898] Disponiert ist er so, dass zunächst die hauptsächlichen industrieökonomischen Koppelungstheorien gesichtet werden (s. N 697 ff.).[2899] Alsdann unterstreicht die WEKO – und dieser Punkt ist für die Haltung der Wettbewerbsbehörden in vorliegender Frage symptomatisch –, dass «[d]ie ökonomische Literatur […] für die Analyse von Koppelungsgeschäften *die Anwendung einer 'Rule-of-Reason'* respektive *eines wirkungsbasierten Ansatzes [empfiehlt]*, wobei sowohl die pro- als auch die anti-kompetitiven Effekte untersucht und anschliessend einander in einer Gesamtbetrachtung gegenüber gestellt werden».[2900] In sachlich folgerichtiger Befolgung dieser Empfehlung wird hernach festgestellt, dass die *in casu* zur Diskussion stehende Koppelungsstrategie die Anzahl der Nachfrager nach dem Wettbewerbsgut reduziert hatte, indem die qualifizierte Macht auf den Markt für das gekoppelte Gut ausgedehnt wurde (*leverage theory*; s. N 707 ff.).[2901] Diese Auswirkung – konkret: eine horizontale Marktverschliessung (s. N 82) – ist nach der näher begründeten Ansicht der WEKO durch die unmittelbare Integration der Koppelung in das Produktdesign erzeugt worden.[2902] Folglich hält diese Instanz *in casu* das Merkmal III des Tatbestandes der lit. f für erfüllt. Ersichtlich wird an diesem Resümee der einschlägigen Entscheidserwägungen, dass mit Blick auf die Effektenanalyse die schweizerischen Wettbewerbsbehörden einen *wirkungsbasierten Untersuchungsstandard* benutzen (s. N 128 ff.).[2903]

760 In eine andere Richtung zielt die Rechtsprechung des **Bundesverwaltungsgerichts**, das in den letzten Jahren zwei Urteile gefällt hat, in denen die Fallgruppe der lit. f von besonderem Belang war. Im Fall *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* vom 24.11.2016 war der Sachverhalt einer Vermietung des Hallenstadions zu beurteilen, die mit der Pflicht zum Vertrieb von 50% aller Tickets über Ticketcorner (als Kooperationspartner der Eigentümerin des Hallenstadions) verknüpft wurde.[2904] Das Gericht leitet in die Wirkungsanalyse unter lit. f mit der Bemerkung ein, dass in diesem Zusammenhang das europäische Kartellrecht «[…] aufgrund der [sc. *schweizerischen*] *gesetzgeberischen Intentionen* bei Kartellrechtssachverhalten […] im Allgemeinen und insbesondere bei Fällen des Marktmachtmissbrauchs […] *sachgerecht zu berücksichtigen* ist».[2905] Anschiessend hebt es hervor, dass Koppelungsgeschäfte eine Wettbewerbsbeschränkung «*darstellen*», «[…] weil sie verschiedene Varianten einer Wettbewerbsverfälschung nach sich ziehen […]. Denn der Absatz des Zusatzprodukts beruht in derartigen Fällen *nicht auf dessen eigenen Leistungsfaktoren*, sondern knüpft an den von den jeweiligen Nachfragern bzw.

Anbietern angestrebten Absatz des Hauptprodukts an».[2906] Die Frage nach der Analyse der Wettbewerbsbeeinträchtigung nimmt das Bundesverwaltungsgericht mit der sich um die eigentlich zur Diskussion stehende Frage windende Formulie [Seite 1517] rung in Angriff – die Vokabel *«Wettbewerbsbeeinträchtigung»* wird offensichtlich sorgfältig vermieden –, dass ein *tying* oder ein *pure bundling* auf dem Markt für das Marktbeherrschungsgut «[…] zu einer *nachteiligen Konstellation* führen [muss]».[2907] Allerdings, so das Gericht weiter, bestehe in Doktrin und Praxis keine abschliessende Klärung, unter welchen Voraussetzungen das Vorliegen einer derartigen Konstellation zu bejahen sei. An diesem Punkt wird im Urteil – in Entsprechung zu dem in Rz 247 Gesagte – an das Wettbewerbsrecht der Union angeknüpft:

> «Die EU-Rechtsprechung bezieht keine Analyse der tatsächlichen Auswirkungen in ihre Prüfung des Koppelungsgeschäfts mit ein (vgl. EuG, EU:T:2007:289, Microsoft, Ziff. 868). Dementsprechend bildet eine Wettbewerbsverfälschung kein Tatbestandselement der Koppelung; *vielmehr handelt es sich hierbei um die unausweichliche Folge einer Kombination separater Produkte* ohne Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds […]. Demgegenüber führt die Europäische Kommission in ihren Durchsetzungsprioritäten das Element einer wahrscheinlichen oder tatsächlichen Marktverschliessung *als notwendiges Merkmal eines Koppelungsgeschäfts* auf […]. Danach bedarf es *im Einzelfall der Feststellung einer wettbewerbsverfälschenden Wirkung* […], die sich auf alle konkret vorliegenden Umstände abstützten kann (zustimmend FUCHS/MÖSCHEL, im EUKR, Art. 102 Rn. 286; in diesem Sinne auch für das schweizerische Kartellrecht AMSTUTZ/CARRON, BSK-KG, Art. 7 Rn. 536 f.; CLERC /KËLLEZI, CR-Concurrence, Art. 7 II Rn. 278; WEBER/VOLZ, WBR, Rn. 2.767)» (H.v.d.V.).

Diese Ausführungen hinterlassen einen etwas zwiespältigen Eindruck. Zwar muss man berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt des bundesverwaltungsgerichtlichen Urteils der Kommissionsentscheid *Google Android* in der Union noch nicht vorlag (s. N 757). Allerdings zeichnete sich damals in den unteren Instanzen Europas eine Praxisänderung ab, die in N 757 geschildert wird, und auch die Rechtsprechung des EuGH ging spürbar in die Richtung, dass der «wirkungsbasierte» Ansatz *generell* die Anwendung von Art. 102 AEUV zu bestimmen hat (s. N 758). Gerade weil das Bundesverwaltungsgericht in Rz 247 die Bedeutung der eurokompatiblen Rechtsmethodik für das Kartellgesetz (s. N 40 ff.) unterstrichen hat, wird man den Verdacht nicht los, dass eine etwas eingehendere Auseinandersetzung mit dem Wettbewerbsrecht der Union keinen unnötigen Luxus gewesen wäre. Umso positiver überrascht, dass das Bundesverwaltungsgericht *in einem ersten Schritt* die Meinung kundgibt, es sei für die kartellrechtliche Prüfung einer Kombination von Marktbeherrschungs- und Wettbewerbsgut *«massgebend»*, «[…] dass ein sich aus der Koppelung ergebender *negativer Effekt* für die Marktgegenseite oder die Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens *vorhanden sein muss* […]».[2908] Die weitere Urteilslektüre – der *zweite Schritt* in der Urteilsbegründung – ist indes unbefriedigend (und womöglich, was näher zu prüfen wäre, argumentativ nicht frei von Widersprüchen). Denn das Bundesverwaltungsgericht deklariert plötzlich kurz und bündig, dass auf eine Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse nach Massgabe eines wirkungsbasierten Untersuchungsstandards zu *verzichten* ist:

> «Liegen die Voraussetzungen der Marktbeherrschung und der Kombination von getrennten Produkten durch das marktbeherrschende Unternehmen vor, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein […] *negativer Effekt vorliegt, weil der Absatz des Zusatzprodukts* in derartigen Fällen *nicht allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruht*, sondern *an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpft* […]».[2909]

[Seite 1518] Es ist zu vermuten – auch wenn diese Passage gewisse Interpretationsschwierigkeiten mit sich bringt –, dass das Gericht *implizit* auf die (in seinem Entscheid unerwähnt bleibende) überkommene und in der Union allmählich seine Autorität verlierende Rechtsprechung des Gerichtshofs i.S. *Hilti* und *Tetra Pak II* Bezug nimmt (s. N 757 f.); jedenfalls prüft es das Merkmal III des Tatbestandes von lit. f zweifelsohne *per se*. Der Befund des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich der Frage der Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse wird mit den Worten ausgedrückt: «Demzufolge ist

die *Wettbewerbsmässigkeit* einer Produktekombination regelmässig *nur bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtfertigungsgrunds* gegeben»,[2910] sprich: Unter lit. f ist, sofern eine Koppelung in gesetzlicher Definition (s. N 732 ff.) vorliegt, eine Benachteiligung des Wettbewerbssystems *nicht* zu prüfen. In der Konsequenz dieser Auslegung der genannten Bestimmung liegt es, dass das vorliegend behandelte Merkmal III (s. N 746 ff.) *nicht tatbestandkonstitutiv* ist, also *nicht zum Tatbestand von lit. f gehört*.

In seinem vielberedten Urteil *Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC)* vom 18.12.2018 ist das Bundesverwaltungsgericht kein Iota vom soeben geschilderten Entscheid abgerückt. Nach einer *Sichtung* der hauptsächlichen doktrinellen Ansichten über die Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse in der Schweiz, der Spruchpraxis in der Union – die vom Gericht anders aufgefasst wird als in der vorliegenden Abhandlung (s. N 762) – sowie der Prioritätenmitteilung der Europäischen Kommission, die verhältnismässig ausführlich ausgefallen ist,[2911] will das Gericht die zum Zeitpunkt seines Entscheids geltende Rechtslage dahingehend verstanden wissen, dass «[i]n Praxis und Literatur bislang […] keine Einigkeit über Charakter, Inhalt, Ausmass und Nachweis dieses nachteiligen Effekts [besteht]. Dabei steht insbesondere in Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass die tatsächlichen Auswirkungen der jeweiligen Kombination von Haupt- und Zusatzprodukt für die Beurteilung der Koppelung zu berücksichtigen sind».[2912] Nach dieser Feststellung optiert das Bundesverwaltungsgericht in dogmatischer Hinsicht für die Position, wonach im Falle, da

> «[…] eine Verknüpfung von separaten Produkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen vor[liegt], […] grundsätzlich davon auszugehen [ist], dass ein für den Wettbewerb negativer Effekt vorliegt, weil der Absatz des Zusatzprodukts in derartigen Fällen nicht allein auf dessen originären Leistungsfaktoren beruht, sondern zumindest auch an die Abnahme des Hauptprodukts anknüpft».[2913]

Demzufolge verhalte es sich so, dass «[…] die *Wettbewerbsmässigkeit* einer Produkteverbindung regelmässig *nur bei Vorliegen einer ausreichenden Rechtfertigung* aufgrund eines sachlich angemessenen Grunds gegeben [ist]».[2914]. Offensichtlich geht das Gericht (wie in der Rechtssache *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*) davon aus – und dies in etwa mit denselben Satzblöcken ausgedrückt –, dass *in casu* der anwendbare Untersuchungsstandard ein *«form-basierter»* sein soll, was, wie erwähnt, in Wirklichkeit bedeutet, dass das hier abgehandelte Merkmal III *nicht zum Tatbestand der Fallgruppe* **[Seite 1519]** *von lit. f gehört*, sofern selbstredend Merkmal I (s. N 721 ff.) und Merkmal II (s. N 732 ff.) vom zu beurteilenden Sachverhalt erfüllt sind. Freilich will das Bundesverwaltungsgericht in *«Ausnahmefällen»*, wo keine nachteilige Effekte auszumachen sind, einen *«wirkungsbasierten» Untersuchungsstandard anwenden*: «In *Ausnahmefällen* wird die Feststellung eines nachteiligen Effekts für eine bestimmte Verknüpfung von separaten Produkten nicht möglich sein, weshalb dann weder eine Benachteiligung der Marktgegenseite noch eine Behinderung von Konkurrenten gegeben ist […]».[2915] Konkret würde eine solche Konstellation nach Auffassung des Gerichts «eine Abklärung durch die Wettbewerbsbehörden» verlangen, womit gemeint ist, dass ein *full-fledged standard of proof* zur Anwendung gelänge.[2916] In der Sache selbst erkannte das Gericht auf das Vorliegen *nachteiliger* Wettbewerbseffekte:

> «Vorliegend war *im Falle eines Akzeptanzvertrags* mit der SIX-Gruppe *aus der Sicht der Händler* deren Auswahl bei der Beschaffung eines DCC-Zahlungskartenterminals *auf ein Modell der SIX-Gruppe beschränkt*. Die SIX-Gruppe verfügte somit beim Absatz ihrer Geräte gegenüber den Händlern über eine *eindeutig bevorzugte Stellung auf dem Markt der Zahlungskartenterminals*. Umgekehrt ergab sich daraus auf dem Markt für Zahlungskartenterminals für die Händler eine *massive Einschränkung ihrer Auswahlfreiheit* und für die anderen Terminalhersteller eine *schwerwiegende Einschränkung ihrer Möglichkeit zu einer konkurrenzierenden Tätigkeit*. Als Folge dieser faktischen Ausgestaltung der Marktsituation durch die SIX-Gruppe *trat demzufolge unzweifelhaft ein nachteiliger Effekt für den Wettbewerb* auf dem Markt der Zahlungskartenterminals ein».[2917]

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

In seinem (bisherigen) *leading case*, nämlich in der Rechtssache *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*,[2918] hat das **Bundesgericht** die Praxis der Vorinstanz (in den Urteilserwägungen faktisch zwar mehr implizit als ausdrücklich, aber dennoch klar und deutlich) *verworfen* und ist dementsprechend zu einem anderen Ergebnis gelangt. So beginnt es im Hinblick auf die vorliegende Frage – und dies ist gar nicht ein so einfaches Exerzitium – die Problematik des Massstabs einer Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse unter lit. f in eine gut nachvollziehbare Perspektive zu stellen: «Ein Koppelungsgeschäft ist […] nur kartellrechtlich relevant, wenn daraus eine *Wettbewerbsbeschränkung* resultiert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um seine Lieferanten oder Abnehmer zur Belieferung bzw. Abnahme eines Gutes zu bewegen, das sie entweder gar nicht oder zumindest nicht zu den vom marktbeherrschenden Unternehmen vorgegebenen Geschäftsbedingungen absetzen bzw. erwerben möchten, oder seine Marktmacht auf den Markt des gekoppelten Gutes, auf dem es bislang nicht marktbeherrschend ist, zu übertragen».[2919] In den nachfolgenden Erwägungen lässt das Urteil erkennen, dass die Bundesrichter die *konkreten Auswirkungen* einer Güterkombination auf die Marktprozesse *partout* nicht ausser Acht lassen wollen. Zwei kaum zu unterschätzende argumentative Pfeiler der bundesgerichtlichen Reflexionen sind: (1) Im Rahmen der allgemeinen Ausführungen zu Art. 7 wird zunächst die Ansicht geäussert, dass *im Einzelfall* zu prüfen sei (s. N 99, 107, 112, 120), «[…] ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 eine [… Wettbewerbsbeeinträchtigung] i.S. des Art. 7 Abs. 1 […] erzeugt]».[2920] (2) Bei der Würdigung der von den Beschwerdeführerinnen *in* [Seite 1520] *casu* erhobenen Rügen [2921] stützt sich das Bundesgericht sodann unmittelbar auf die Aktenlage und stellt fest, dass sich *de facto* die Regie des Ticketvertriebs in den Händen eines einzigen Unternehmens befindet, denn die 50%-Klausel wirkt sich letztlich wie eine 100%ige Klausel aus. Diese Beobachtung lässt deutlich werden, dass die Oberstinstanz das *Spektrum*, innerhalb welchem sich die fragliche Koppelung *von seiner Intensität her schädlich auf die Marktverhältnisse* auswirkt, analytisch in aller Präzision bemessen wissen will. So verweist die oberste Instanz in diesem Kontext folgerichtig auf das kartellrechtliche Bedürfnis, das genaue Ausmass der *Verdrängungseffekte in casu* zu identifizieren:

> «Entscheidend ist, dass [… die Beschwerdeführerin 1 {sc. die Aktiengesellschaft Hallenstadion}] aufgrund ihrer *unbestrittenen Marktmacht* eine solche *Hebelwirkung auf dem Ticketingmarkt* erreichen konnte, dass sie den *Wettbewerb* auf dem Markt für das gekoppelte Produkt (Ticketvertrieb) *ausschalten* bzw. *beschränken* konnte […]. Durch das Koppelungsgeschäft *verstärkt* die Beschwerdeführerin 1 zudem ihre *beherrschende Stellung auf dem Koppelungsmarkt*, was zusätzlich zu einer weiteren Strukturverschlechterung führt: Indem die Beschwerdeführerin 1 die im Hallenstadion vorgesehene Veranstaltung bewirbt, verstärkt sie ihre eigene Marktstellung durch die Kundgabe ihrer Vorzüge. Damit *behindert* oder *verunmöglicht* sie indirekt mögliche *Markteintritte* von Konkurrenten auf dem relevanten Markt für die koppelnde Leistung […]».[2922]

Aufgrund dieser Argumentation gelangt das Bundesgericht zu folgender *Rechtserkenntnis*: «Zusammenfassend ergibt sich, dass das Verhalten der Beschwerdeführerin 1 ein wettbewerbswidriges Verhalten in Form eines Koppelungsgeschäfts gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. f KG darstellt».[2923] Dieser Befund belegt fraglos, dass sich das Gericht auf den Standpunkt gestellt hat, dass die Wettbewerbsbeeinträchtigung durch ein *tying* und *pure bundling* am Massstab eines *«wirkungsbasierten» Untersuchungsstandard* (s. N 112, 119 ff.) zu analysieren ist.

762 Eine **Würdigung der soeben gesichteten schweizerischen Spruchpraxis zum Untersuchungsstandard des Koppelungsrechts** muss mit einem Reminder an *zwei zentrale Grundsätze* der Anwendung von Art. 7 beginnen: (1) In N 145 f. wurde die *Funktion* von Art. 1 untersucht. Nachgewiesen wurde an dieser Stelle, dass die *wettbewerbspolitischen Mittel* der schweizerischen Ordnungspolitik nicht in Art. 96 Abs. 1 BV, sondern in Art. 1 *definiert* werden. Diese Erkenntnis lässt diese Bestimmung zu einer *«Metaregel»* des Kartellgesetzes werden. Das bedeutet, dass Art.

1 den Rechtsanwender *verpflichtet*, das inkriminierte Verhalten eines beherrschenden Unternehmens darauf hin zu untersuchen, ob dieses eine *Wettbewerbsbeeinträchtigung* erzeugt, die volkswirtschaftlich oder sozial *schädlich* ist. (2) Das zweite hier zu erwähnende Prinzip ist die *Eurokompatibilisierung* des Schweizer Kartellrechts. In N 40 ff. wurde dargetan, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung ein subtiles Regelsystem der eurokonformen Rechtsmethodik entwickelt. Dieses verpflichtet den Rechtsanwender zur Berücksichtigung von europarechtlichen Präjudizien, als wären diese auf der schweizerischen Rechtsordnung gegründet. Dieses Prinzip gilt durchweg, sofern keine *sachliche Gründe* vorliegen, die eine Abweichung von der wettbewerbsrechtlichen Praxis der Unionsbehörden und -gerichte zwingen. Auf der Basis dieser zwei kartellgesetzlichen Grundsätze lässt sich feststellen, dass die Anwendung von lit. f nach einem «wirkungsbasierten» Untersuchungsstandard verlangt (s. N 112, 119 ff.). Dieser Befund hat zur Folge, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (s. N 760) abzulehnen ist, was im Umkehrschluss zur Einsicht [Seite 1521] verleitet, dass die Praxis der Wettbewerbsbehörden und die Judikatur des Bundesgerichts, nach denen die Auswirkungen einer Produktekombination i.S.v. lit. f nach einem *full-fledged standard of review* zu analysieren sind, vorbehaltlose Zustimmung verdienen. Sie sind dementsprechend in der materiellrechtlichen Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. f uneingeschränkt zu befolgen

ccc) Sonderfrage: Verdrängungsanalyse des *mixed bundling*

763 Obwohl beim *mixed bundling* die betroffenen Güter sowohl individuell als auch gekoppelt angeboten werden (s. N 685), kann die **Preissetzung** in einer Weise vorgenommen werden, die letztlich die Option der individuellen Vermarktung obsolet werden lässt, weil es für einen Abnehmer irrational wäre, nur das eine Gut beim marktbeherrschenden Unternehmen und das andere bei einem Konkurrenten zu beziehen.[2924] M.a.W. werden bei einer solchen Sachlage Verdrängungseffekte gezeitigt, sofern der Preisfaktor so bedeutsam ist, dass ein gleich effizienter Konkurrent (*as efficient competitor*, s. N 476 f.), der nur einen Teil des Koppelungspaketes anbietet, preislich mit dem Marktbeherrscher nicht mithalten kann. Nach der Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden ist ein *mixed bundling* solange nicht missbräuchlich, als der Preis, den die Abnehmer für jedes Produkt des Koppelungsgeschäfts bezahlen, die *long run incremental costs* (LRIC) deckt, die dem marktbeherrschenden Unternehmen durch die Integration der betreffenden Güter in die Koppelung anfallen.[2925] Anders ausgedrückt kann ein *mixed bundling* nicht als wettbewerbsbehindernd qualifiziert werden, wenn der durch das marktbeherrschende Unternehmen festgelegte Preis dessen *incremental costs* deckt.[2926] Allerdings kann es zuweilen schwierig sein, die *incremental costs* des Unternehmens in marktbeherrschender Stellung zu berechnen (s. N 452).

ddd) Ausbeutungseffekte

764 Die Koppelungspraktik kann auch einen **Ausbeutungsmissbrauch** (s. N 87 f.) darstellen,[2927] weil ja letztlich das beherrschende Unternehmen seine Marktstellung ausnutzen kann, um seine Abnehmer zur Annahme eines Gutes zu zwingen, das sie nicht (oder nicht zu den auferlegten Bedingungen) erwerben wollen, was als Verhaltensweise eine Ausbeutungskomponente aufweist und *allokatorische Ineffizienz* bedeutet (s. N 115 ff.). Für die Abnehmer, welche das gekoppelte Gut nicht wollen, bewirkt das Koppelungsgeschäft immer eine Preissteigerung des koppelnden Gutes, da dieses allein nicht erhältlich ist; dementsprechend läuft dieses Ausbeutungsmoment auf eine direkte Senkung der *Konsumentenwohlfahrt* hinaus (s. N 87).[2928] Die Feststellung, dass der Preis der gekoppelten Güter suprakompetitiv ist, erlaubt es allerdings nicht, *a priori* auf die Unzulässigkeit der Koppelungspraktik mit Ausbeutungseffekt zu schliessen. Nur eine *ex post* erfolgende Prüfung der Preishöhe nach Massgabe von Art. 7 Abs. 2 lit. c könnte die Unzulässigkeit eines solchen Geschäftes begründen. Wie in N 372 und 374 ff. dargetan [Seite 1522] ist der

Missbrauchsstandard dieser Bestimmung äusserst voraussetzungsvoll und nicht leicht als erfüllt nachzuweisen; ohnehin stösst die darauf gestützte Prüfung auf beträchtliche theoretische und praktische Schwierigkeiten, auf die in N 767 ff. näher eingegangen wird.[2929]

765 Auf den ersten Blick scheint das **Bundesgericht** dieser Ansicht nicht gänzlich beizupflichten, wenn es ausführt: Eine auf Ausbeutung zielende Wettbewerbsbeschränkung resultiert aus einer Koppelungspraktik insbesondere dann, «[w]enn das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung ausnutzt, um seine Lieferanten oder Abnehmer zur Belieferung bzw. Abnahme eines Gutes zu bewegen, das sie entweder gar nicht oder zumindest nicht zu den vom marktbeherrschenden Unternehmen vorgegebenen Geschäftsbedingungen absetzen bzw. erwerben möchten», und daraufhin noch ergänzt: «[m]it Art. 7 Abs. 2 lit. f soll u. a. verhindert werden, dass dem Vertragspartner […] Waren oder Dienstleistungen aufgenötigt werden, an denen er nicht interessiert ist, die er aber abnehmen muss, um ein Scheitern des Vertrags über die von ihm gewünschten Waren oder Dienstleistungen zu vermeiden. Der Unwertgehalt des Koppelungsgeschäfts liegt daher u.a. in der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des Vertragspartners, zusätzliche Angebote anzunehmen oder abzulehnen».[2930] Eine allzu oberflächliche Lektüre des Entscheides wäre, wenn man es bei einem literalen Verständnis dieser Sätze belassen würde, schlechthin unangemessen, denn, wie bereits ausgeführt (s. N 761), sind es die Überlegungen hinsichtlich des Verdrängungseffektes im Konkreten, die das Bundesgericht dazu veranlasst haben, auf eine ausbeuterische Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Merkmal III (s. N 747 ff.) zu erkennen.

766 Wenn wir hier bemerken, dass hinter den soeben wiedergegebenen Überlegungen des Bundesgerichts zur Ausbeutungskomponente einer Verhaltensweise i.S.v. lit. f mehr vorhanden ist, als eine erste Betrachtung derselben offenbart, so meinen wir, dass inmitten der oberstinstanzlichen Ausführungen über die *ausbeuterische Koppelung* so etwas wie ein **«gordischer Knoten»** steckt, der «durchhauen» werden muss, um die eigentlichen Aussagen dieser Instanz in Erfahrung zu bringen. M.a.W. müssen diese Überlegungen kontextuell interpretiert werden, um das damit wirklich Gemeinte an die Oberfläche zu hieven. Deshalb soll jetzt versucht werden, in die vorliegend relevanten, im Grunde doch etwas kryptischen Äusserungen des *Hallenstadion*-Urteils Ordnung zu bringen.

767 (1) Zunächst ist die Meinung des Bundesgerichts unter die Lupe zu nehmen, dass der *«Unwertgehalt»* von Koppelungen, welchen eine ausbeuterische Tendenz innewohnt, «[…] in der **Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit** des Vertragspartners [sc. des Konzertveranstalters bzw. der Marktgegenseite], zusätzliche Angebote anzunehmen oder abzulehnen»,[2931] liegt. Mit der Argumentationslinie, die die Oberstinstanz über die *Verdrängungseffekte* besagter Produktekombinationen vorgetragen hat (s. N 761), ist diese Meinung auf den ersten Blick nicht zu vereinbaren. Denkt man diese in ihren Konsequenzen nämlich zu Ende, so würde sie (a) in das *Fazit* münden, dass in Fällen der Koppelung mit Ausbeutungskomponente die *«Handlungsfreiheit»* der Akteure auf der Marktgegenseite *Schutzobjekt* von lit. f wäre. Dieses Fazit implizierte nun aber, dass diese Bestimmung nicht den Wettbewer*b*, sondern die Wettbewer*ber* schützt. Diese Sehweise befindet sich jedoch im Widerspruch zum *industrieökonomischen Fundament* des [Seite 1523] Kartellgesetzes, was wir in N 103 ff. eingehend dargelegt haben. (b) Sodann würde dieses Fazit – ganz im Sinne der bundesverwaltungsgerichtlichen Gleichung: «Kombination von Marktbeherrschungs- und Wettbewerbsgut» = «Wettbewerbsbeschränkung *per se*» (s. N 760), welche die Höchstinstanz zu Recht verworfen hat (s. N 761) – auf das Ergebnis hinauslaufen, dass *jede ausbeuterische* Kombination von Marktbeherrschungs- und Wettbewerbsgut *per se* als Beeinträchtigung des Konkurrenzprozesses zu qualifizieren wäre; denn die Beschränkung der «Handlungsfreiheit» der Handelspartner stellt immer eine Folge von Koppelungen dar, wobei der

Beschränkungsgrad von Fall zu Fall sehr variabel ist. Dann aber würde diese Tatsache stets einen hinreichenden Nachweis einer Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellen.

768 (2) Indessen – und jetzt kommen wir auf den erwähnten «gordischen Knoten» in den Urteilserwägungen (s. N 766) zu sprechen – stehen, sofern man die E. 6.2.4. im oberstinstanzlichen Urteil genau betrachtet, die Ausführungen über besagte *Handlungsfreiheit der Handelspartner* bzw. über die *ausbeuterische Kopplung* im Kontext der anderen Urteilserwägungen völlig *isoliert* da. Ein Konnex zwischen ihnen herzustellen, fällt schwer. Deshalb weist Alles darauf hin, dass der eingangs des vorliegenden Absatzes zitierten Urteilserwägung über besagte «Handlungsfreiheit» so etwas wie ein *«Ausreisser»* in der E. 6.2.4 des Urteils bildet, welcher man keine wirkliche Bedeutung zusprechen sollte. Wenn man die **Struktur der Argumentation des Bundesgerichts** in den E. 6.2.2–6.2.4 gründlich analysiert, wird erkennbar, dass die oberstinstanzliche Prüfung der *Verdrängungseffekte* der in Frage stehenden Koppelung auch für deren Ausbeutungskomponente gilt. Der «wirkungsbasierte» Untersuchungsstandard ist demnach auch für diese Komponente einschlägig. Denn es gibt keinen ersichtlichen Grund dafür, dass für die Analyse der *Ausbeutungseffekte* einer Koppelung ein anderer *standard of proof* als für deren Verdrängungseffekte Anwendung finden sollte.

769 (3) Wie in N 718 notiert, ist eine Koppelung i.S.v. lit. f grundsätzlich ein *Verdrängungsmissbrauch*. Dass mit dieser Verhaltensweise Ausbeutungseffekte einhergehen können, wurde in N 764 gezeigt. Solches kommt bei *tying* und *pure bundling* vor, ist aber keineswegs die Regel und *in praxi* tendenziell nicht häufig anzutreffen (s. N 367). Diese Tatsache ändert freilich nichts daran, dass die Ausbeutungskoppelung Doktrin und Spruchpraxis mit komplizierten Fragen konfrontiert, die auf alle Fälle Antworten finden müssen. Der Grund dieser Schwierigkeiten liegt hauptsächlich im Umstand, dass das dem Kartellgesetz zugrundeliegende **Konzept des Ausbeutungsmissbrauchs** anlässlich der legislativen Revisionsarbeiten von 1994–1995 nicht hinreichend kohärent ausgestaltet wurde, um eine *zweckdienliche Handhabung* dieses Konzepts im Rahmen der Anwendung von Art. 7 zu gewährleisten (s. N 351). Deshalb erwies es sich bei der Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. c als unerlässlich, in *engster Anlehnung* an Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV und an die europäische Praxis, die zu dieser Bestimmung entwickelt wurde, eine *elementare Rekonstruktion der Dogmatik des Ausbeutungsmissbrauchs* vorzunehmen. Um in gebührender Knappheit die Grundzüge dieser rekonstruierten Dogmatik vorliegend in Erinnerung zu rufen, seien deren zwei Leitsätze skizziert (s. N 351 ff.): *Erstens* stellt lit. c der einzige Fall eines *reinen Ausbeutungsmissbrauchs* des Katalogs von Art. 7 Abs. 2 dar. Das bedeutet konkret, dass diesem Missbrauchstypus *jeglicher Verdrängungseffekt* fremd ist. Wettbewerbswidrige Marktverschliessung – ob nun vertikal oder horizontal – ist kein Merkmal des Tatbestandes von lit. c. *Zweitens* folgt aus diesem ersten Leitsatz von lit c, dass bei Sachverhalten, die Ausbeutungseffekte bloss in *untergeordnetem* Ausmass aufweisen, die Tatbestände von lit. a, b, d-f einschlägig sind. Diese lassen es nämlich zu, dass neben der Verdrängung als Haupteffekt einer Koppelung auch eine begleitende, gleichsam «subalterne» Ausbeutungskomponente aufgegriffen wird. Daraus folgt für einen Koppelungssachverhalt mit Ausbeutungswirkung zweierlei: (a) Ist diese [Seite 1524] Wirkung im Lichte der Fakten des Falles die *einzige* dieser Verhaltensweise, so ist lit. c *exklusiv* anwendbar. (2) Ist diese Wirkung nur eine *untergeordnete Begleiterscheinung* des Verdrängungseffektes der Koppelung, so ist *ausschliesslich* lit. f einschlägig.

cc) Konsumentenwohlfahrtsschädigung

770 Die Praxis der Wettbewerbsbehörden und vor allem der Gerichte verzichtet allzu oft auf eine Konsumentenwohlfahrtsanalyse (s. N 111, 114 ff.). Die Schädigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne der Ausführungen, die im vorangehenden Abschnitt vorgetragen wurden (s. N 747 ff.), ist nie ein *ausreichender Indikator* dafür,

dass das inkriminierte Koppelungsgeschäft das System des Wettbewerbs beeinträchtigt und somit den Missbrauchstatbestand von Art. 7 Abs. 2 lit. f erfüllt. Wie genau der Nachweis zu erbringen ist, dass sich die Wettbewerbsschädigung *nachteilig* auf die *Konsumentenwohlfahrt* auswirkt, erweist sich immer noch als nicht restlos geklärtes Problem (s. N 234). Das Analyseinstrument, das in N 114 ff. entwickelt worden ist, sollte inskünftig von Wettbewerbsbehörden und Gerichten (auch) in Koppelungsfällen beigezogen werden, um diese Lücke in ihrem Untersuchungsraster zu füllen.

dd) Sonderfrage: Sekundärmärkte *(Aftermarkets)*

771 Die Abnehmer eines **Gutes mit einer bestimmten Bestandesdauer** (z.B. ein Fotokopierer) haben oft das Bedürfnis nach *komplementären* Gütern (z.B. nach Ersatzteilen, Wartungsdiensten usw.; zu denken ist ebenfalls an Videospiele /Spielkonsolen und dergleichen mehr).[2932] Der Markt des dauerhaften Gutes wird *Primärmarkt (primary market)*, der Markt des komplementären Gutes *Sekundärmarkt (secondary market; aftermarket)* genannt.[2933] Diese Ausgangslage wirft unter anderem die Frage auf, ob die Koppelung eines Gutes, das auf dem Primärmarkt angeboten wird, mit einem Gut des Sekundärmarktes eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne der Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. f darstellt. Zu dieser Frage gibt es in der Schweiz keine Praxis.

772 Die **ökonomischen Verhältnisse** des *tying* auf dem Sekundärmarkt werden in der Industrieökonomik unterschiedlich bewertet.[2934] Die Chicago School sieht für den Monopolisten keinen Anlass, Konkurrenten vom Sekundärmarkt auszuschliessen, da er die volle Monopolrente auf dem Primärmarkt erzielen kann. Wenn das marktbeherrschende Unternehmen die Produkte auf dem Primärmarkt mit denjenigen auf dem Sekundärmarkt kombiniert, so wird dadurch die Effizienz auf dem Sekundärmarkt nicht gehemmt, sonder gefördert. Entsprechend sollten die Begründungen der Qualitätskontrolle und der Sicherheit verstärkt auf den Sekundärmarkt bezogen werden.[2935] Diese Standardannahmen der Chicago School sind allerdings in der Industrieökonomik umstritten. Weicht man von ihnen ab, so werden mögliche wettbewerbseinschränkende Gründe für den Ausschluss der Konkurrenz vom Sekundärmarkt offenbart. Eine erste Schadenstheorie (die sogenannte *limited commitment theory*) beruht auf der Annahme, dass ein Unternehmen keinen bestimmten Preis auf dem Sekundärmarkt für die Zukunft festlegen kann und deshalb ein Interesse daran hat, den Sekundärmarktpreis immer höher als die Kosten anzusetzen. Eine zweite Schadenstheorie, die sog. *surprise theory* , findet ihre Begründung für ein wettbewerbsschädigendes *tying* im Sekundärmarkt: ein marktbeherrschendes Unternehmen legt ein opportunistisches Verhalten an den Tag und beutet gebundene Nachfrager aus. Dies bedarf allerdings eines Vergleiches zwischen kurzfristigen Gewinnen und lang [Seite 1525] fristigen Verlusten, die entstehen, weil zukünftige Käufer sofort und bestehende Käufer frühzeitig auf ein bevorzugtes Produkt eines Konkurrenten wechseln. Eine dritte Schadenstheorie eines *tying* auf dem Sekundärmarkt beruht auf «teuren Informationen» *(costly information)*. Hierbei handelt es sich um Situationen, in welchen den Käufern das Festlegen des Preises, den sie für ein Produkt auf dem primären und für dazugehörende Produkte auf dem sekundären Markt bezahlen möchten, schwerfällt. Diese Theorie ist allerdings in jenen Konstellationen weniger geeignet, wo es sich um teure Produkte handelt, mit grossen und erfahrenen Käufern, mit Wiederholungskäufern, bei Verfügbarkeit von Informationen über Dritte (z.B. Konsumentenvereinigungen), bei Konsumenten mit einem Augenmerk auf zukünftigen Konsum und Kosten im Vergleich zur Gegenwart, sowie in reifen Märkten, in denen Kosteninformationen reichlich vorhanden sind. Doch selbst wenn die meisten Konsumenten nur schlecht informiert sind, kann die Erwartung, Umsätze auf dem Sekundärmarkt zu erzielen, den Wettbewerb auf dem Primärmarkt verschärfen, um sich die entsprechenden Renten zu sichern. Eine vierte Schadenstheorie besagt, dass *tying* verwendet werden kann, um

Preisdiskriminierungen zu messen, deren Wirkungen jedoch ambivalent sind und normalerweise keinen wettbewerbsrechtlichen Eingriff erfordert. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass einige Schadenstheorien erklären können, weshalb marktbeherrschende Unternehmen einen hohen Preis auf dem Sekundärmarkt setzen und somit versuchen, Konkurrenten vom Sekundärmarkt auszuschliessen. Es ist allerdings zu beachten, dass einige dieser Theorien nur in spezifischen Fällen Anwendung finden, die Konsumentenwohlfahrt nur begrenzt schädigen und eine wettbewerbsbehördliche Intervention kontraproduktiv wirken kann, z.B. wenn der Eingriff die Preise auf dem Sekundärmarkt senkt, obschon die Marktteilnehmer den Ertrag aus dem Sekundärmarkt schon auf Seite des Primärmarktes gesenkt haben.

In **Europa** herrschte für einige Zeit Ungewissheit über die Haltung der Kommissionen im Hinblick auf das Aftermarkets-Problem. In einem Diskussionspapier aus dem Jahre 2005 liess Letztere spekulative Äusserungen über diese Problematik verlauten, die auf heftige Kritik stiessen.[2936] In der Prioritätenmitteilung von 2009 wird *tying* auf Sekundärmärkten nicht von anderen Formen von Verbundschaften unterschieden. Somit wurde deutlich, dass die Überlegungen aus dem Diskussionspapier aus dem Jahre 2005 sich nicht durchsetzen konnten und durch die Prioritätenmitteilung auf eine neue Basis platziert wurden. Der daraus folgende Schluss lautete, dass die allgemeinen Prinzipien des missbräuchlichen *tying* auch auf das Verbundgeschäft im Sekundärmarkt Anwendung finden. Somit werden die in Frage stehenden Güter als *«separat»* angeschaut, wenn sich die *Verbrauchernachfrage* entsprechend ausnimmt: **773**

> «Zwei separate Produkte liegen dann vor, wenn ohne die Kopplung bzw. Bündelung eine große Anzahl von Kunden das Kopplungsprodukt kaufen würden bzw. gekauft hätten, ohne auch das gekoppelte Produkt beim selben Anbieter zu erwerben, sodass jedes der beiden Produkte unabhängig vom anderen hergestellt werden kann».[2937]

Auf dieser Basis hat die Europäische Kommission folgendes *Eingreifkriterium* angekündigt:

> «In der Regel wird die Kommission auf der Grundlage von Artikel [… 102 AEUV] tätig, wenn ein Unternehmen eine beherrschende Stellung auf dem Kopplungsmarkt hat und zudem die fol [Seite 1526] genden Voraussetzungen erfüllt sind: i) Kopplungsprodukt und gekoppeltes Produkt sind klar voneinander getrennte (separate) Produkte und ii) es besteht die Wahrscheinlichkeit, dass die Kopplung zu einer wettbewerbswidrigen Marktverschliessung führt».[2938]

In Fussnote 3 zu Rz 50 der Prioritätenmitteilung wird bezüglich beherrschender Stellung einzig präzisiert:

> «In Sonderfällen der Koppelung auf Sekundärmärkten muss das Unternehmen auf dem Koppelungs- und/oder dem gekoppelten Sekundärmarkt in marktbeherrschender Stellung sein».

e) Merkmal IV: Kausalität

Vgl. N 152 ff. **774**

f) Merkmal V: Legitimate business reasons

Anstatt von *legitimate business reasons* spricht das **Bundesgericht** von «fehlende[r] sachliche[r] Rechtfertigung», die «objektiv überzeugende, zwingende technische oder wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe sowie solche der Qualitätssicherung» enthält; das Bundesverwaltungsgericht geht vom «Fehlen von Rechtfertigungsgründen» oder von «Vorliegen von angemessenen Sachgründen im Einzelfall» aus.[2939] **775**

Nach Massgabe der in N 170 ff. entwickelten **Dogmatik** der *legitimate business reasons* ist zwischen objektiven Rechtfertigungsgründen und Effizienzgründen zu unterscheiden:[2940] **776**

Als **objektiver Rechtfertigungsgrund** kommt einmal ein handelsüblicher Brauch der Koppelung in Frage, sofern dieser in der Branche weit verbreitet ist und zusätzlich ein natürlicher Bezug zwischen dem koppelnden und dem gekoppelten **777**

Gut besteht.[2941] Unter keinen Umständen darf dieser Brauch einer Abrede zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Konkurrenten entspringen. Das europäische Recht ist in diesem Punkt strenger und erkennt Bräuche selbst dann nicht als Rechtfertigungsgrund an, wenn diese auf einem wettbewerbswirksamen Markt vorzufinden sind.[2942] Ferner ist ein missbräuchliches Koppelungsgeschäft gerechtfertigt, wenn die Koppelung der zwei Güter objektiv notwendig ist.[2943] Solches kann der Fall sein, wenn die gekoppelte Leistung für die Hauptleistung aus technischen oder sicherheitsrelevanten Gründen oder aus allgemeinem Interesse erforderlich ist.[2944] Derartige Gründe können gegeben sein, wenn [Seite 1527] es um die Verbrauchersicherheit, die öffentliche Gesundheit, den Schutz der Anwender oder das Anliegen, eine Produkthaftpflicht zu vermeiden, geht.[2945] So kann die Tatsache, dass ein verkauftes Gut bestimmte Risiken in sich birgt, rechtfertigen, dass sein Verkauf oder die Garantie des Anbieters (1) von der Unterhaltsleistung, die zwingend durch den Anbieter zu erfolgen hat, abhängig gemacht wird,[2946] oder (2) dem Bezug von Bestand- oder Ersatzteilen, der exklusiv beim Anbieter getätigt werden muss, untergeordnet wird. Ein Koppelungsgeschäft kann somit dazu gebraucht werden, den Konsumenten daran zu hindern, komplementäre Produkte in Verbindung mit dem Produkt des marktbeherrschenden Unternehmens zu verwenden, um einen reduzierten Nutzen der Produkte oder des gesamten Systems zu vermeiden, wodurch Kompatibilität und Goodwill gewahrt werden sollen.[2947] Die steigende Sophistikation und die gelegentlich damit einhergehende Anfälligkeit der Produkte der modernen Wirtschaft führen zu einem berechtigten Interesse auf Seiten des Herstellers, die Qualitätswahrung zu sichern, insbesondere wenn der Kunde den Grund einer Störung nicht identifizieren kann. Dadurch kann Produktbündelung beim Konsumenten wie auch beim Hersteller ein erhöhtes Vertrauen in die Produktqualität bewirken.[2948] Im Fall *Swisscom-Centrex*[2949] schien z. B. die Auferlegung einer Koppelung des Systems «Centrex» mit der Lieferung der passenden Teile dadurch gerechtfertigt zu sein, dass Systembestandteile, die Wettbewerber lieferten, Systemstörungen verursachten. Hingegen genügen Gründe, die zwar eine bessere Praktikabilität gewährleisten, nicht.[2950] Ebenso ist das Koppelungsgeschäft nicht gerechtfertigt, wenn eine weniger einschneidende Vorgehensweise möglich wäre (s. auch N 178 ff.).[2951] Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass es einem Unternehmen nicht zusteht, einseitig Massnahmen zu ergreifen, um Güter auszuschalten, die nach seiner subjektiven Meinung gefährlich oder im Vergleich zu den eigenen Produkten oder Dienstleistungen minderwertig sein könnten.[2952]

778 Der Rechtfertigungsgrund des **Effizienzgewinnes** wurde bisher in der Schweiz, anders als im europäischen Wettbewerbsrecht, das für Art. 7 Leitbildfunktion hat[2953], noch nie explizit anerkannt.[2954] Im Sinne der wirtschaftlichen Theorie erfüllt diese letzte rechtliche Bedingung eine bedeutende Funktion für das *tying* und *bundling*, «since it is probably no exaggeration to say that of all the practices subject to the prohibition of abuse of dominant position, tying and bundling are the most likely to involve efficiencies».[2955] Tatsächlich kann ein Koppelungsgeschäft erlauben, Produktions- und Vertriebskosten zu sparen, was den Abnehmern zugute kommt, sowie Transaktionskosten der Abnehmer zu reduzieren, die andernfalls die einzelnen Güter separat kaufen müssten (vgl. N 698 f.).[2956] Darüber hinaus kann die Koppelung zweier Güter eine Erfindung darstellen und im Sinne [Seite 1528] einer Dynamic Efficiency in der Schaffung eines neuen Gutes münden, dessen Gesamtnutzen grösser ist als derjenige der einzelnen Teile (s. N 701).[2957] Die technischen Koppelungen haben in dieser Hinsicht grössere Chancen als die vertraglichen Koppelungen, die Bedingungen für eine Rechtfertigung aus Gründen der Effizienz zu erfüllen.[2958]

779 Jede Rechtfertigung muss dem Gebot der **Verhältnismässigkeit** entsprechen (s. N 178 f.).[2959] Zu diesem Zweck müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:[2960]
(1) Das Koppelungsgeschäft muss geeignet sein, Effizienzgewinne zu realisieren.[2961]
(2) Das Koppelungsgeschäft ist erforderlich, um besagte Effizienzgewinne erzielen zu

können. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, wenn die Effizienzgewinne auch im Rahmen eines Koppelungsgeschäftes im weiteren Sinne *(mixed bundling)* realisiert werden könnten oder wenn vom Abnehmer verlangt werden kann, dass er ohne besondere Kenntnisse gewisse Qualitäts- oder Sicherheitsstandards einhält. (3) Der zur Rechtfertigung geltend gemachte Sachgrund muss zur Erzielung des mit der Koppelung verbundenen Zwecks gegenüber den mit der Koppelung verbundenen Nachteilen angemessen, d.h. nicht überproportional, sein. Dies hat zur Folge, dass für eine Rechtfertigung die Effizienzgewinne umso höher ausfallen müssen, je schwerwiegender die Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren ist.[2962] (4) Die Konsumenten müssen direkt von diesen Effizienzgewinnen profitieren und die Konkurrenz darf auf einem substanziellen Teil des Marktes nicht ausgeschaltet sein.

7. Rechtsfolgen

Die **generelle Problematik** von *behavioural remedies* wird in N 263 behandelt; es sei hier deshalb auf das dort Gesagte verwiesen. **780**

Fussnoten:

* Die Verfasser danken Herrn MLaw Isaac Bergmann, Rechtsanwalt und Assistent an der Rechtsfakultät der Universität Neuenburg, Herrn Dr. iur. Valentin Botteron, Gerichtsschreiber am Bundesgericht, Herrn Dr. iur. Mark Drenhaus, Doktorassistent an der Rechtsfakultät der Universität Freiburg i.Üe., Herrn Dr. iur. Ramin Silvan Gohari, MJur (Oxford), Rechtsanwalt, Herrn lic. Phil MLaw Fabrizio Moser, Assistent an der Rechtsfakultät der Universität Freiburg i.Üe., Herrn MLaw Jan Hendrik Ritter, Stipendiat des Schweizerischen Nationalfonds (SNF), und Herrn MLaw Matteo Tavian, Rechtsanwalt und Notar, LL.M., Ersatzrichter an der *Corte di appello e di revisione penale* des Kantons Tessin, für konstruktive Kritik und sonstige wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Textes.

1 *U.S. v. Aluminium Co. of America*, 148 F2d 416, 429–30 (2d Cir. 1945).

2 Dazu AMSTUTZ, Paradoxie, 43 ff.; DERS., sic! 2011, 530 ff.; sodann auch GUSKI, 27 ff.; vgl. ferner Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 519; aus der Praxis zumal REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO.

3 Vgl. VON HAYEK, Entdeckungsverfahren, 197 ff.

4 VON HAYEK, Entdeckungsverfahren, 200; vgl. ferner; WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 198 – Terminierung Mobilfunk.

5 Ausführlich dazu die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 258 ff.

6 Vgl. TONTRUP, 47 f.

7 Dazu statt anderer GOHARI, Diss., 15 ff., 525 ff., und HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 19 ff.

8 *U.S.* v. *Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570–571 (1966); dazu statt vieler FROOMKIN/LEMLEY, 42 f.; krit. BORK, Paradox, 164 ff.

9 Vgl. die Übersicht von HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 353 ff.

10 Vgl. SHER, 245.

11 GOHARI, Diss., 20 m.Nw.

12 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 547, 569; BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; BGer, RPW 2011/3 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199; BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.8 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; Sekretariat, RPW 2001/1, 59 ff. Rz 32 – Terminaux de paiement; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 242 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG /WEKO; WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 97 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; aus der Doktrin: GOHARI, Diss., 67; TSCHUDIN, Rabatte, 101, 140 f; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 1 f.; CANDREIA, Rz 497 ff.; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 1.

13 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 ; REKO/WEF, RPW 2002/4, 672 ff., E. 7.2 – Entreprises Electriques Fribourgeoises; REKO/WEF, RPW

2000/4, 716 ff., E. 5 – Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG; vgl. auch AMSTUTZ, Paradoxie, 46 f.; für das europäische Recht FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 127.

14 Zum Problem BELLAMY/CHILD, Rz 10.057 ff.

15 Vgl. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.111.

16 Vgl. zur Entwicklung dieses Gedankens in der schweizerischen Wettbewerbsrechtsgeschichte bis 1930 die tiefschürfenden Überlegungen von THIER, Wettbewerbsrecht, 1313 f.; zur dogmatischen Konstruktion BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 21; ZK-BAUMANN, Art. 2 ZGB N 231 ff., jeweils m.Nw.

17 EUGEN HUBER, StenBull NR 1906, 1037 (H.v.d.V.).

18 Vgl. V. SAVIGNY, 331 ff., insbesondere 333.

19 V. SAVIGNY, 332.

20 Dazu in erster Linie die Studien von EUCKEN, 56 ff. (Volkswirtschaftslehre) und BÖHM, Monopolkampf, 111 ff. (Rechtslehre).

21 Vgl. zum Begriff «Wirtschaftsrecht» als rechtssystemische Fremdbeobachtung der Wirtschaft AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 12 ff.; ferner auch die Ausführungen in N 29 f.

22 Vgl. als eindrückliches Zwischenfazit der epochalen Suchbewegung des Ordoliberalismus die Schrift von BÖHM, ORDO 1966, 75 ff.

23 So z.B. GIOCOLI, 16; dazu die ablehnenden Stellungnahmen von MONTI, 166 f.; PERITZ, 285 ff.; RUFFNER, Grundlagen, 156 ff.

24 Vgl. statt anderer Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 505 f.

25 STRADER, 223; zum Ganzen HELLWIG, 7; vgl. ferner auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 69; ein schwieriges Mittel zwischen Wirtschaftsfreiheit und Industrieökonomik (als Stichworte für kartellrechtliche Grossprojekte) suchend WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 225 ff., das – als komplexes Konkordanzunternehmen – (schon fast typisch bei solchen Vorhaben) in eine Anreihung von mannigfaltigen Vorbehalten mündet.

26 So aber KLEY, DIKE-KG, Vor Art. 1 N 54 ff.

27 So aber ZÄCH, Kartellrecht, Rz 152.

28 So aber GIOCOLI, 16.

29 Vgl. AMSTUTZ, AcP 2018, 532 ff.

30 Vgl. die wirtschaftsrechtshistorische Analyse von THIER, Wettbewerbsrecht, 1314 ff.

31 Dazu die Analyse der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundlage von Art. 7 (unter umfassender Berücksichtigung der Art. 26, 27, 36, 94 und 96 BV sowie Art. 1 in ihren verschiedenen Dimensionen und wechselseitigen Bezügen) von GOHARI, Diss., 268 ff.

32 Vgl. in diesem Zusammenhang etwa den Neuanlauf von HEIDRICH, den systemtheoretischen Ansatz in die Diskussion über den in der Union so genannten *«more economic approach»* einzubringen; diese Studie führt, obschon auf einer hoch reflektierten Argumentation abgestützt, womöglich deutlicher als alle bisherigen Forschungsarbeiten dieser Theorierichtung unwillkürlich die immanenten Grenzen einer auf dem Freiheitsbegriff aufbauenden Ökonomik vor Augen; Wirtschaftsfreiheit als wettbewerbstheoretischer Standard betreibt ein *va banque*-Spiel mit allen *hic et nunc* lebenden Menschen und ihren materiellen Existenzbedürfnissen; denn diese Theorierichtung begnügt sich damit, auf das Prinzip «Hoffnung» zu setzen, dass sich die erwünschten Marktzustände einstellen werden; demgegenüber erlaubt eine industrieökonomisch informierte Kartellrechtsanwendung bestimmte, gewiss bei Weitem nicht in umfassender Weise erschlossene und verstandene, aber immerhin wissenschaftlich ausgewiesene Funktionszusammenhänge des Wettbewerbsprozesses zu berücksichtigen, um im Ergebnis *effektiver* zu sein als Freiheitsansätze; auf den Gebrauch dieser Erkenntnisse zu verzichten, läuft darauf hinaus, Wirtschaftsteilnehmern und Konsumenten – also auf Deckung ihres materiellen Bedarfs angewiesene Menschen – mögliche haushälterische Chancen zu verweigern.

33 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 505 f. (H.v.d.V.); zu welchen Schwierigkeiten der Ansatz der Wirtschaftsfreiheit in der Praxis führen kann, zeigt plastisch die Auslegung von Art. 7 Abs. 2 lit. b von KÜNZLER, 472 ff.

34 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 490.

35 SCHLUEP, AJP 1996, 807; **a.A.** ZÄCH, Konsumentenwohlfahrt, 38: «Ziel der folgenden Ausführungen ist es darzulegen, dass nach geltendem schweizerischen Recht Zweck des Kartellgesetzes die Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Einzelnen ist.»

36 Vgl. CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Article premier N 29 f.; aus der Perspektive des europäischen Wettbewerbsrecht BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1091.

37 Vgl. insbesondere Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 475 f.; wegweisend SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 70.

38 Der einzige gravierende «Ausreisser» in der Praxis der Wettbewerbsbehörden unter dem geltenden Kartellgesetz war bislang der *CoopForte*-Fall (WEKO, RPW 2005/1, 146 ff. – CoopForte); dieser Entscheid fand in der Folge keine Fortführung in der Spruchpraxis (vgl. freilich WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 434 – Online-Buchungsplattformen für Hotels, wo sich die Ausführungen der WEKO allerdings kaum wirklich in die Systematik des Entscheids einreihen und die Überlegungen über «Abhängigkeiten» keinen nachvollziehbaren Anlass besitzen); zu diesem Fehlentscheid AMSTUTZ/REINERT, sic! 2005 Teil II, 635 ff.

39 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 345 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); zutreffend sprechen in diesem Zusammenhang MARTENET/HEINEMANN, 125, von «*affaiblissement de la concurrence*» anstatt von «Einschränkung der individuellen Wirtschaftsfreiheit».

40 CARLTON, Antitrust L.J. 2001, 660; dazu eingehend O'DONOGHUE/PADILLA, 274 ff.; ZENGER /WALKER, 204.

41 Vgl. etwa AKMAN, Reform, 151 m.Nw.; bedeutsam ferner EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 6: «[D]er Kommission [geht es …] darum, den Wettbewerbsprozess und nicht einfach die Wettbewerber zu schützen. Dies kann durchaus bedeuten, dass Wettbewerber, die den Verbrauchern in Bezug auf Preise, Auswahl, Qualität und Innovation weniger zu bieten haben, aus dem Markt ausscheiden».

42 Vgl. BAARSMA, 561 ff.

43 WOOD, 83 (H.v.d.V.); gl.A. BÜHLER, 39; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 13; dazu aus methodologischer Perspektive TONTRUP, 47 f.

44 HEINEMANN, Ökonomie, 40.

45 Vgl. z.B. KÜNZLER, 36: «Wirtschaftliche Freiheit wird als die grundlegende Voraussetzung und die notwendige Bedingung für wettbewerbliche Marktprozesse angesehen. Ökonomische Zielfunktionen werden hingegen nicht untersucht, da davon ausgegangen wird, dass bei Vorliegen von freiem Wettbewerb wirtschaftlicher Wohlstand *ohnehin* optimal erfüllt wird» (H.v.d.V.).

46 HEINEMANN, Ökonomie, 40.

47 Das gilt angesichts seines Komplexitätsgrades ganz besonders für Art. 7 (s. N 69 ff.), weil, wie in der Doktrin sehr richtig gesagt wurde, «[ö]konomische Konzepte […] die Anwendungssicherheit [von Art. 7 KG] vergrössern und Kosten hierdurch reduzieren [können]» (HEINEMANN, Krise, 52).

48 BORK, Paradox, 117.

49 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 231.

50 BUDZINSKI, Economics, 316; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 231 f.

51 Dieser Umstand ist darauf zurückzuführen, dass die Wirtschaft ein funktionales System der Gesellschaft ist, das mit den anderen grossen sozialen Systemen (Politik, Recht, Wissenschaft usw.) strukturell gekoppelt ist; vgl. EZRACHI/STUCKE, JECLP 2018, 2: «[…]‹competition law› has never been, nor will it ever be, pure from normative political, social and economic values. Ultimately, it comes down to the values we want to promote and our belief in how competition works».

52 BUDZINSKI, Economics, 316.

53 Vgl. zur Vielfalt von Wettbewerbstheorien als Problem für das Recht BAARSMA, 568 ff.

54 Zu den *rechtsmethodischen* Implikationen einer wettbewerbstheoretisch fundierten Anwendung des Kartellgesetzes N 29 f.

55 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 231, sieht die Ökonomik als eine «polyparadigmatische» Wissenschaft.

56 Dazu BAARSMA, 564 ff.; AMSTUTZ, Paradoxie, 47 f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 4.5.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007.

57 So HEINEMANN, Ökonomie, 40; GOHARI, Diss., 2 f.; AMSTUTZ, sic! 2003, 681 f.; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 231; treffend diesbezüglich MARTENET/HEINEMANN, 23: «[L]es sciences économiques ne sont pas moins diversifiées que les sciences juridiques et les réponses qu'

elles apportent sont souvent variées, voire parfois contradictoires. Il reste alors aux instances d' application de choisir l'approche économique qui leur semble la plus appropriée et de rendre ce choix compréhensible».

58 Dazu in erster Linie (aus industrieökonomischer Perspektive) BUDZINSKI, Wettbewerbsfreiheit, 1 m.Nw.; aus wirtschaftsrechtlichem Blickwinkel MARTENET/HEINEMANN, 38; HEINEMANN, Krise, 52; AMSTUTZ, Paradoxie, 48; vgl. zur rechtstheoretischen Fundierung AMSTUTZ/KARAVAS, 24 f. («Temporalisierung des Wirtschaftsrechts»).

59 Vgl. HEINEMANN, Ökonomie, 40.

60 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 231, 233 f., spricht trefflich von «Rezeption als kontinuierliche Aufgabe».

61 Zum Ganzen BUDZINSKI, Economics, 318.

62 Vgl. zur Evolution der (wettbewerbs-)theoretischen und dogmatischen Grundlagen des schweizerischen Kartellrechts die beachtlichen Ausführungen von THIER, Kartellrechtstradition, 621 ff.

63 PREISBILDUNGSKOMMISSION, 170.

64 Vgl. BECK, 5; STURNY, 28, 40 ff.

65 SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 1 m.Nw.; HAGER, 546.

66 SCHLUEP, in: Schürmann/Schluep, 320; STURNY, 50 ff.

67 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 25 m.Nw.

68 SCHLUEP, in: Schürmann/Schluep, 320.

69 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 26 f.

70 SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 5.

71 SCHLUEP, in: Schürmann/Schluep, 320 ff.

72 VKKP 1994/5, 131 – Edipresse; VKKP 1994/5, 133 – Kiosk/Naville; VKKP 1994/5, 137 – Publicitas; VKKP 1996/1a, und RPW 1997/1, 56 f. – Telecom PTT.

73 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 29.

74 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 489.

75 Erläuternder Bericht, 25.

76 Erläuternder Bericht, 26; krit. SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 10.

77 SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 11 m.Nw.

78 SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 14; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 32.

79 Vgl. immerhin AB N 1995, 1062, 1068; AB S 1995, 845.

80 AB N 1995, 1092; AB S 1995, 858; vgl. auch SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 15, zu den Diskussionen in den gesetzesvorbereitenden Kommissionen.

81 AB N 1995, 1057.

82 AB S 1995, 858.

83 Dazu ausführlich AMSTUTZ, Interpretatio multiplex, 70 ff., 85 ff. m.Nw.

84 Vgl. SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 162; MARTENET/HEINEMANN, 134 ff.; ferner auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 6; aus der Perspektive der wettbewerbsbehördlichen Praxis ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 24 ff.

85 Vgl. WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 506 – Supermédia; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 784 – Sport im Pay-TV.

86 Vgl. etwa WEKO, RPW 2008/1, 85 ff. Rz 180 – Strassenbeläge Tessin; dazu allgemein BRISIMI, 75.

87 Vgl. z.B. Sekretariat, RPW 1998/4, 545 ff. – Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen; Sekretariat, RPW 1998/4, 549 ff. – Versandapotheke MediService AG; WEKO, RPW 1999/3, 400 – Bahnhofkioske; WEKO, RPW 2005/2, 251 Rz 100 ff. – Swico/Sens; Sekretariat, RPW 2006/4, 601 Rz 43, 139 ff. – Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG; WEKO, RPW 2008/1, 50 Rz 180 – Pavimentazioni stradali in Ticino.

88 Vgl. zur Figur der kollektiven Marktbeherrschung die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 400 ff.; aus der europäischen Kasuistik: EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:

132, Rz 37 ff. – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission; EuGH, 11.4.1989, Rs. 66/86, ECLI:EU:C:1989:140, Rz 34 ff. – Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro GmbH/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs; EuG, 10.3.1992, Rs. T-68/89, T-77/89 und T-78/89, ECLI:EU:T:1992:38, Rz 358 – SIVe.a. c/Commission («Verre plat»); KOMM, ABl. 1989 L 43/27, Rz 38–99, 117 ff. – Decca Navigator.

89 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.012.

90 Zum Ganzen EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 130 ff. – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S /Kommission; EuG, 23.10.2003, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, Rz 137 ff., 159 f., 162 – Van den Bergh Foods/Kommission.

91 RPW 1998/1, 161 ff. Rz 2 ff. – Kommentar des Sekretariats zur Bekanntmachung «Homologation und Sponsoring bei Sportartikeln».

92 Dazu CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 6 m.Nw.

93 Vgl. WEKO, RPW 2018/2, 245 ff. – Marché du livre écrit en français; bei diesem Fall handelt es sich zwar nicht um eine in N 11 beschriebene Konstellation der doppelten Tatbestandsmässigkeit eines Sachverhalts; dennoch illustriert er anschaulich die vorliegende Problematik: Die WEKO hatte ursprünglich entschieden, den Fall *Marché du livre écrit en français* als Horizontalkonstellation zu untersuchen; die Fakten wurden dementsprechend mit der Zielsetzung erhoben, diesen Abredetypus nachzuweisen; im Laufe der Untersuchung entschied die WEKO, den Fall als Vertikalabrede aufzuziehen; der Nachweis der WEKO einer unzulässigen Vertikalkonstellation wurde auf der Basis von Fakten geführt, die spezifisch mit Blick auf eine Horizontalabrede gesammelt wurden; auf eine neue Sachverhaltserstellung, die auf eine Vertikalabrede zugeschnitten gewesen wäre, wurde verzichtet; vgl. in diesem Zusammenhang die im europäischen Wettbewerbsrecht bestehenden Vorgaben für die Sachverhaltserstellung die Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl 2011/C 11/01, Rz 20 ff., sowie die Leitlinien der Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl 2010/C 130/01, Rz 110 ff.

94 Vgl. eingehend die Kommentierung von Art. 2 N 33.

95 M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.195 m.Nw.; CR Concurrence-BOVET, Introduction à la LSPr N 6; CR Concurrence-KILLIAS, Art. 1 PüG N 5; vgl. auch BGer, RPW 2006/3, 548, E. 7.2 – Schweizer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e. V./WEKO = BGE 129 II 18.

96 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 419 – Swisscom WAN-Anbindung.

97 Vgl. CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 36; ferner auch CR Concurrence-BONVIN, Art. 3 III N 9.

98 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 36.

99 CR Concurrence-KILLIAS, Art. 1 LSPr N 6 m.Nw.

100 SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 71 Rz 169.

101 Mit anderer Gewichtung SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 3 N 41.

102 Vgl. z.B. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 419 – Swisscom WAN-Anbindung.

103 CR Concurrence-BONVIN, Art. 16 LSPr N 12 f.

104 Dazu CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 36.

105 BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 11.3, insbesondere 11.3.4.4 – BV im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007; dazu auch WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 419 ff. – Swisscom WAN-Anbindung.

106 Eine umfassende Auseinandersetzung mit dieser Frage findet man bei CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 38 ff.; zum Begriff der Regulierung GOHARI, World Competition 2012, 228: «Regulation can be seen as a ‹substitute for competitive market forces where those forces are weak or absent›».

107 Dazu im Einzelnen SCHLUEP, Wettbewerbsverfassung, 613 f.

108 Vgl. WEKO, RPW 2003/2, 387 ff. – Terminierungsgebühren im Mobilfunkmarkt – Swisscom; Sekretariat, RPW 2008/2, 242 ff. Rz 16 ff. – Terminierungsgebühren beim SMS-Versand via Large Account; vgl. ferner LÜSCHER, RZ 277 ff.

109 BGer, 3.10.2001, 2A.503/2000, E. 6c; dazu auch BGer, 5.9.2003, 2A.142/2003, E. 5.2; 12.7.2006, 2A.276 /2006, E. 6.2.2; vgl. sodann REKO/WEF, RPW 2004/1, 204 ff. – Swisscom Mobile AG; generell zur Tragweite von Art. 3 Abs. 1 im Fernmelderecht: Sekretariat, RPW 2001/1, 73 ff. Rz 14 – xDSL-Dienste der Swisscom; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 220 ff. – Swisscom Directories AG betreffend

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Art. 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO /WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; WEKO, RPW 2006/2, 248 ff. Rz 22 – Swisscom Fixnet AG-Cybernet (Schweiz) AG; REKO/WEF, RPW 2004/1, 204 ff., E. 5 f. – Swisscom Mobile AG/WEKO; REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff., E. 4 – Swisscom Directories AG/WEKO.

110 BGer, RPW 2011/3 440, E. 5.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199; vgl. in diesem Zusammenhang auch RPW 2004/4, 1248 ff. – TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend Mietleitungen; vgl. auch LÜSCHER, Rz 277 ff.

111 Vgl. BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 11.3, insbesondere 11.3.4.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007.

112 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 5.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

113 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 5.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199; BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 11.3.1.4, 11.3.3.4, 11.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007.

114 BGer, RPW 2011/3 440 ff., E. 5.1, 5.7 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199; vgl. auch WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 285 f., 412 – Swisscom WAN-Anbindung; vgl. auch LÜSCHER, Rz 279.

115 RPW 2008/4, 720 f.

116 BGE 137 II, E. 5.2, 5.7; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 412 – Swisscom WAN-Anbindung; zu verschiedenen, im Kontext sich stellenden Detailfragen CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 39; ferner auch CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art 3 I N 45; VLCEK, Rz 279 f.

117 WEBER, Rundfunkrecht, Art. 75 N 12; HEMMELER, 16; KELLERMÜLLER, 128; NOBEL/WEBER, 519 ff. Rz 74 ff.; vgl. auch NOBEL/DO CANTO, 301.

118 Botschaft RTVG 2002, BBl 2003 1569, 1646; vgl. auch WEBER, Rundfunkrecht, Art. 74 N 26 f. m.Nw; krit. KELLERMÜLLER, 122 ff.; NOBEL/WEBER, 521 f. Rz 78 ff.

119 Vgl. auch WEKO, RPW 2007/4, 605 ff. Rz 21 – Tamedia AG/Espace Media Groupe.

120 BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; dazu eingehend KRATZ, 93 f.; vgl. auch die Ausführungen in N 248 ff.

121 Vgl. Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3.12.2004, BBl 2005, 1616.

122 Zu den legislativen Arbeiten KRATZ, 96 ff.

123 Vgl. Botschaft StromVG, BBl 2005, 1650.

124 WEBER/KRATZ, 46 Rz 35; BALTHASAR, 182 m.Nw.

125 Vgl. eingehend BALTHASAR, 207 ff.

126 Vgl. SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz 825; dazu ferner die eingehenden Ausführungen in N 63.

127 Dazu auch GOHARI, Diss., 70.

128 Vgl. in diesem Zusammenhang statt aller SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz 1938.

129 Dazu die die Kommentierung von Art. 2 N 34 ff.

130 Vgl. ausführlich zum kartellgesetzlichen Begriff des Unternehmens die Kommentierung von Art. 2 N 63 ff.

131 Vgl. zum räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes die Kommentierung von Art. 2 N 150 ff.

132 Vgl. zum Verhältnis von Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 93.

133 Vgl. zum Begriff der Marktbeherrschung die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 94 ff.

134 Vgl. BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 5.

135 Vgl. die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 400 ff.; ferner die kritische Studien zu dieser Rechtsfigur von AMSTUTZ, Marktbeherrschung, 22 ff., sowie DERS., Oligopole, 195 ff.

136 Vgl. BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1117 f.

137 Eine andere Lehrmeinung geht davon aus, dass sich der Tatbestand von Art. 7 zwar ebenfalls – also wie das hier angenommen wird – aus *vier* Merkmalen zusammensetzt, dass sich diese Merkmale *inhaltlich* bzw. *materiell* aber *teilweise anders gestalten*, als wir dies vorliegend

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

vertreten. Sie nimmt an, dass folgende vier Merkmale für den Tatbestand von Art. 7 konstitutiv sind: (1) Das Vorliegen eines Unternehmens i.S.v. Art. 2, das (2) eine marktbeherrschende Stellung innehat (Art. 4 Abs. 2) und (3) diese ohne Rechtfertigungsgrund (4) missbraucht; vgl. z.B. GOHARI, Diss., 23; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 64 f.; eine Minderheitsmeinung in der Doktrin ist der Ansicht, dass sich der Tatbestand von Art. 7 aus *drei* Merkmalen zusammensetzt: (1) marktbeherrschendes Unternehmen; (2) Behinderung von Wettbewerbern bzw. Benachteiligung der Marktgegenseite; (3) Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung; vgl. ZÄCH, Kartellrecht, Rz 527; zu dieser Auffassung ist zu bemerken, dass das vermeintliche zweite Merkmal das scheinbar dritte zwangsläufig miterfasst: Wenn ZÄCH unmittelbar in diesem Zusammenhang bemerkt, dass «[m]issbräuchlich i.S.v. Art. 7 KG […] nach der hier vertretenen Meinung als wettbewerbswidrig zu verstehen [ist]. Art. 7 Abs. 1 KG könnte daher auch lauten, ‹Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den [wettbewerbswidrigen Gebrauch] ihrer Stellung auf dem Markt andere (…) behindern oder (…) benachteiligen›» (*op. cit.*, N 623), legt er die sinnverscheuchende (d.h. unproduktive) Zirkelschlüssigkeit des von ihm vertretenen Verständnisses des Tatbestandes von Art. 7 selbst offen; denn damit sagt er in formallogischer Sicht: Missbrauch ist als Behinderung von Wettbewerbern bzw. Benachteiligung der Marktgegenseite zu verstehen; daraus ergibt sich, dass ZÄCHs Tatbestandsdefinition in ihrer genetischen Struktur an einer argumentativen Inkohärenz leidet: ZÄCHs drittes Merkmal ist unter der von ihm selbst gesetzten definitorischen Voraussetzung bereits in seinem zweiten Merkmal enthalten und somit in seiner Syntax korrumpiert; diese Tatsache hat (abermals formallogisch betrachtet) einen unstimmigen Schlusssatz («syllogistisches Urteil») zur Folge: Nach ZÄCHs Argumentation müsste der Text von Art. 7 Abs. 1 lauten: «Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen»; ZÄCHs Meinung kommentarlos folgend HEIZMANN, Rz 5; VLCEK , Rz 61; BABEY, 81; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 18.

138 Zum Ganzen AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 9 ff.

139 Vgl. FN 142.

140 Vgl. FN 144 und 146.

141 Vgl. FN 167.

142 Zum Wirtschaftsrecht SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 139 ff.; SCHNYDER, rz 37 ff.; AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 11 ff.; für die Rechtsanwendung (um die es vorliegend geht) ist unerheblich, ob man Art. 7 dem Privat- oder dem öffentlichen Recht zuordnet; wie das Bundesverwaltungsgericht zutreffend ausführt, sind die materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes – schon nur wegen dem kartellzivilrechtlichen (Art. 12 ff.) und dem kartellverwaltungsrechtlichen Teil (Art. 18 ff.) dieses Erlasses – ohnehin «[…] sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur […]» (BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 11 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007).

143 Vgl. CARRON, Abus, 6; AMSTUTZ, SZW 2001, 248 ff.; DERS., sic! 2003, 683 ff.

144 Die Einsicht, dass *«Denken in Funktionen»* den Stellenwert des Gesetzes in der Rechtsanwendung keineswegs schmälert (so in wünschenswerter Deutlichkeit SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 1139 ff.), hat sich im Schrifttum noch nicht ganz durchgesetzt, meist wegen eines extrem strikten und äusserst rigiden, in der Sache wohl nicht mehr zeitgemässen Verständnisses des Gewaltenteilungsprinzips, von welchem sich die juristische Methode der positivrechtlichen Schuljurisprudenz (so wie diese mustergültig in der 5. Auflage des Kurzlehrbuchs von KRAMER dargestellt ist) immer noch nicht lösen konnte; zu diesem Fragenkreis AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 9 ff.; das hier angeschnittene Problem wird in den Ausführungen von KÜNZLER, 463, greifbar: «Diese Verhaltensweisen [sc. i.S.v. Art 7 Abs. 2 und Art. 102 Abs. 2 AEUV] sind normgemäss zu beurteilen. Wenn der Gesetzgeber seine Entscheidung getroffen hat, gilt es diese umzusetzen. Dann besteht kein Entscheidungsspielraum, dem Verbot einer bestimmten Verhaltensweise entgegenzuhalten, es beeinträchtige im konkreten Fall den Wettbewerb nicht. Der Gesetzgeber hat entschieden und die Rechtsanwendung hat dem zu folgen»; diese Ansicht steht in einer Spannungslage zum Willen des Kartellgesetzgebers, der die materiellen Normen von Art. 5, 7 und 9 f. für neue Erkenntnisse der Industrieökonomik offen verstanden wissen wollte; vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 511, 515 f.; ebenfalls prekär (weil die historisch gewachsene Fragestellung des Wirtschaftsrechts – die Diskrepanz zwischen den überkommenen Rechtsstrukturen [Privat-, öffentliches, Strafrecht] und den gewandelten Gesellschaftsstrukturen in der Moderne [Vielfalt autonom operierender Funktionssysteme, wie z.B. Politik, Wirtschaft, Recht, Wissenschaft, Kunst, Religion, Medizin usw.] – verkennend) KUNZ, 144, 146 f., 149, 151 f., 156; solche methodologische Positionen sind für die Anwendung des Wirtschaftsrechts doch sehr restriktiv und würden die Arbeit der WEKO und des Sekretariats ohne nachvollziehbaren Grund erschweren und hemmen; demgegenüber trefflich WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 235: «Richterrecht – und das Kartellrecht ist aufgrund der vielen Generalklauseln in erster Linie durch den Richter geschaffenes Recht – ist nicht in Stein gemeißelt. Auf lange Sicht gesehen entwickelt sich jede Rechtsregel fort. Solche Evolutionsprozesse sind Lernprozesse. Sie erlauben es Gerichten, neuere

ökonomische Erkenntnisse zu rezipieren»; zu diesem Zweck wurde hauptsächlich in der zweiten Hälfte des 20. Jh. der *wirtschaftsrechtliche Funktionalismus* entwickelt, der in der Praxis denn auch produktiv benutzt wird; für ein Beispiel der Verwendung der wirtschaftsrechtlich-funktionalen Methode in der kartellrechtlichen Praxis kann verwiesen werden auf WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 27 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; diese Ausführungen können sinnträchtig allein mit dem eindrücklichen und basal zeitlosen *caveat* an alle Juristen von V. SAVIGNY, 19 f., geschlossen werden: «Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn sie häufig so aufgefaßt wird, als werde in ihr die aus der Vergangenheit hervorgegangene Rechtsbildung als ein Höchstes aufgestellt, welchem die unveränderte Herrschaft über Gegenwart und Zukunft erhalten werden müsse».

145 Vgl. die Übersicht über die wirtschaftsrechtlich-funktionale Methode bei SCHLUEP, Rechtstheorie, Rz 1937 ff.; SCHNYDER, Rz 38 f.; HETTICH, Rz 648 ff.; AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preisabreden, 70–73 m.Nw.; AMSTUTZ/GOHARI, Vorbem. zu Art. 752–760 N 1 ff.; AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 11 ff.

146 Dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 73 ff.; DERS., Rechtstheorie, Rz 1937 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 25 ff.; SCHNYDER, Rz 38; AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 17 ff., 26 ff.; vgl. in diesem Sinne z.B. WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 27 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern: «[… die] gemäss Art. 2 KG massgebliche funktionale Betrachtungsweise […]»; erstaunlich und fehlgeleitet deshalb KUNZ, 152: «[Es] kann nicht erstaunen, dass der Funktionalismus […] in der Rechtsanwendungspraxis ignoriert wird».

147 Dazu AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 65 f., 97, 101 ff., 152 ff., 157 ff.; vgl. ferner auch HEINEMANN, Ökonomie, 27 f.

148 Wichtig ist in diesem Zusammenhang zu betonen, dass der Schutzgegenstand des Kartellgesetzes nicht das *Aggregat der Wirtschaftsteilnehmer* (i.S.v. Art. 2 Abs. 1), sondern das *System des Wettbewerbs* (als emergentes Phänomen in der Wirtschaft); vgl. zum Unterschied zwischen der Denkfigur des «Aggregats» und derjenigen des Systems AMSTUTZ, AcP 2018, 535 ff. m.Nw.

149 Dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 73 ff.; BAUDENBACHER, 145 ff.; SCHNYDER, Rz 39; GOHARI, Diss., 267 ff.; AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 2020 ff.

150 Dazu eingehend AMSTUTZ, AcP 2018, 532 ff.

151 Vgl. BBl 1995 I 468, 511.

152 Vgl. AB N 1995 1062 f., 1069, 1079; AB S 1995 S 845 ff., 851.

153 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 511; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Kommentierung von Art. 1 N 54.

154 Vgl. nur HEINEMANN, Ökonomie, 40; ferner aus der disziplininternen Sicht der Industrieökonomik BÜHLER, 35.

155 Dazu in erster Linie die eingehenden Ausführungen von ZENGER/WALKER, 204 ff.; vgl. ferner auch BAARSMA, 564 ff., 576 ff.

156 Vgl. BÜHLER, 34 f.; ferner WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 236 f., der zu Recht in Erinnerung ruft, dass in den Kartellbehörden Juristen und Ökonomen eng zusammenarbeiten.

157 MURIS, 303 (H.v.d.V.).

158 Vgl. zu dieser Fragestellung BORK, Per Se Concept I, 780; PODSZUN, 59, 62; ferner auch aus allgemeiner Perspektive LIANOS, 1 ff.

159 HOVENKAMP, Texas L. Rev. 1989, 105.

160 Dazu ausführlich WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 242 ff.; ferner auch PODSZUN, 65; STUCKE, 588 f., 591; vgl. auch SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, Rz 177 ff.

161 Generalklauseln sind immer *«streamings»* zwischen zwei epistemischen Welten, die reflexive Operationen im juristischen Diskurs anregen («irritieren»): vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 231 ff.; AMSTUTZ, ZSR 2007, 271 ff.

162 Vgl. zu dieser Frage eingehend die Kommentierung von Art. 2 N 99.

163 Gegenwärtig verzichten wir darauf, in dieser Kommentierung von Art. 7 das *behavioral antitrust* zu berücksichtigen; dazu die Darstellung von HEINEMANN, Behavioural Antitrust, 211 ff.; der Diskurs dieses Ansatzes ist noch jung; seine Leistungsfähigkeit für die Praxis von Art. 7 noch schwierig einzuschätzen; dazu etwa WRIGHT/STONE II, 860 ff. m.Nw.; auf Anhieb stimmt skeptisch, dass dieser Ansatz einmal mehr – ohne Reflexion über die Rechtfertigung einer so oft gescheiterten Episteme – auf einem strikten *methodologischen Individualismus* fusst; zu dieser idiosynkratischen Problematik LAWSON, 59 f. m.Nw.; in den letzten Jahrzehnten ist jedenfalls immer deutlicher geworden, dass der methodologische Individualismus für das Verständnis von

Emergenzphänomenen (wie etwa Fisch- und Vogelschwärmen, La Ola im Fussballstadion, der Intelligenz von Ameisenhaufen, der biologischen Evolution der Arten usw., alles Phänomene, die man als Aggregate von individuellen Entitäten nicht erklären kann) untauglich ist; vorliegend ist diese Tatsache deshalb von besonderer Bedeutung, weil sich der *Wettbewerb* als ein *Emergenzphänomen* von paradigmatischem Rang ausnimmt; dazu AMSTUTZ, AcP 2018, 535 ff. m. Nw.; was die Vernachlässigung dieser Tatsache im spezifischen Kontext des Kartellrechts problematisch macht, wird am Umstand manifest, dass manche mit der Anwendung dessen Bestimmungen betrauten Behörden den industrieökonomischen Wissensstand der Gegenwart ignorieren, und zumal ignorieren, dass es bei diesen Regeln nicht um den Schutz von Individuen in ihrer subjektiven Schicksalshaftigkeit geht, sondern einzig und allein um den Schutz der *Funktionsfähigkeit eines Systems*: des *Systems der (verfassungsrechtlich vorgesehenen) Wettbewerbsordnung*. Um einen Eindruck davon zu geben, was damit gemeint ist, sei folgender Umstand hervorgehoben: Liegt ein inkriminierter Sachverhalt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vor, ist die Frage *unerheblich*, ob ein Unternehmen mit qualifizierter Marktmacht aus verwerflichen Motiven, in fahrlässiger Unachtsamkeit *oder bona fide* wettbewerbsbeeinträchtigend gehandelt hat; worauf es aus industrieökonomischer und kartellrechtlicher Sicht allein ankommt, ist, ob dieses Verhalten die *Wirkung* entfaltet, die Dynamik und die Evolutionsfähigkeit des Marktes (als soziales System) zu schädigen; dazu AMSTUTZ, SZIER 2007, 511 f. m.Nw.

164 Vgl. zur Problematik ausführlich WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 238 ff., der verschiedene Lösungsoptionen bespricht; ferner auch JONES/SUFRIN/DUNNE, 363 f.

165 BGer, RPW 2017/2, 348 ff. – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297.

166 BGer, RPW 2017/2, 348 ff., E. 6.2.1 = Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297.

167 In die gleiche Richtung geht eine weitere Äusserung in BGer, RPW 2017/2, 348 ff. – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297 E. 6.2.2: «Der Gesetzgeber hat […] mit Art. 5 Abs. 4 KG den Intrabrand-Wettbewerb *grundsätzlich* als schützenswert erklärt […] und an von ihm als relevant befundene allgemeine wettbewerbspolitische Erfahrungen angeknüpft, wonach *gewisse* vertikale Abreden den Wettbewerb beseitigen können. Insofern ist es *für konkret zu beurteilende Fälle* müssig, über ökonomische Theorien zu diskutieren […]»; auch dieser Satz ist ambivalent und lässt aus sich selbst heraus keinen klaren Sinn betreffend die Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse bei der Anwendung des Kartellrechts erkennen.

168 SCHMIDTCHEN, 61 ff.

169 Poser, Antitrust Law, passim.

170 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 511; vgl. in diesem Sinne RHINOW/GUROVITS, 603: «Den Materialien sowie der älteren Literatur zu Artikel 31bis Absatz 3 Buchstabe d. aBV sind sodann gewisse Hinweise darauf zu entnehmen, welche kartellistischen Praktiken zurzeit der Beratung und Verabschiedung des Kartellartikels als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich angesehen wurden. […] Diese Äusserungen anlässlich der Ausarbeitung des Kartellartikels dienten durchwegs der Illustration; eine abschliessende Fixierung der künftigen Kartellpolitik wurde damit ebensowenig bezweckt wie eine verbindliche Festlegung der Methode, nach der die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit kartellistischer Praktiken festzustellen ist. Eine entsprechende Festschreibung wäre im Übrigen verfassungs(rechts)politisch fragwürdig, denn was schädlich ist, steht nicht ein für alle Male fest, sondern ist in den Lauf der Zeit gestellt und wird massgeblich mitbestimmt durch tatsächliche Faktoren (wie den wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Wandel), durch die vorherrschenden Wertvorstellungen wie auch durch den aktuellen Stand der volkswirtschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Erkenntnisse».

171 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 511 (H.v.d.V.).

172 Dazu statt anderer HETTICH, 31 ff.; BORER, KG-Kommentar, Art. 1 N 18 ff.; GOHARI, Diss., 305 f.; vgl. ferner BGer, RPW 2015/4, 896 ff., E. 3.5 – Coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz» = BGE 139 II 316.

173 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 515 f. (H.v.d.V.).

174 PODSZUN, 63, hat in einer beachtlichen Besprechung des *Intel*-Urteils des EuGH die Frage nach dem positiven/normativen Status eines ökonomischen Tests gestellt, wenn ein solcher in einer *ratio decidendi* eines Gerichts verwendet wird; dabei ist er zu folgender, die positive Variante bejahende Antwort gelangt: «The *Intel* judgment makes it clear that economics as an academic discipline helps in establishing the facts of a case but is not an integral part of the legal test in Article 102 TFEU»; aus den dargelegten gesetzgeberischen Gründen ist das nicht die Sicht des Schweizer Kartellrechts: Sofern ein *Rechtspflicht* des Rechtsanwenders besteht, die Wettbewerbstheorie bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen, wird der beigezogene ökonomische Text «normativisiert», dies freilich, wiederum nach Massgabe des Schweizer Gesetzgebers, in der geschilderten *evolutorischen* Manier; vgl. in diesem Zusammenhang die

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

aufschlussreiche Studie von TONTRUP, 75 ff., der zum Ergebnis eines rechtsvergleichenden «Patts» kommt (U.S.: Der Richter normativisiert ökonomische Sätze als *law maker*; Deutschland: Der Richter normativisiert ökonomische Sätze *nicht*, weil die auf der Unterscheidung Sein/Sollen gründende Rechtstradition dies verbietet); die Lösung des schweizerischen Rechts drängt sich aber schon aus allgemeiner *rechtstheoretischer* Sicht auf: Der Umstand, dass ein wettbewerbstheoretischer Test von den Wirtschaftswissenschaften entwickelt wird, bedeutet nicht, dass seine Rezeption im Recht seinen ursprünglichen Charakter unverändert lässt; das Rechtssystem ist in der Gestaltung seiner Operationen *selbst*- und nicht fremdbestimmt (vgl. auch BGer, 30.3.2017, 2C_961/2016, E. 4.4.3 – Services industriels de Genève, wo treffend zwischen *«acceptation économique»* und *«acceptation juridique»* differenziert wird); die Übertragung eines industrieökonomischen Tests ins Recht macht diesen zwangsläufig zu einer *Rechtsfigur*; das Recht verwendet in seinen Operationen keine andere Elemente als *Recht*selemente; dazu AMSTUTZ, Globale Unternehmensgruppen, 33 ff. m.Nw.

175 Dazu JONES/SUFRIN/DUNNE, 363 f.

176 HEINEMANN, ZSR 2018 I, 115 (H.v.d.V.).

177 Vgl. in diesem Zusammenhang auch HEINEMANN, Buchbesprechung, 278.

178 HEINEMANN, Krise, 53.

179 HEINEMANN, Krise, 53.

180 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19 ff.

181 Vgl. PODSZUN, 64.

182 Vgl. grundlegend POPOSKY, 435 ff.; DERS., Geo. Mason L. Rev. 2001, 646 f.; MELAMED, 384 ff.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.058 ff.; JONES/SUFRIN/DUNNE, 363 f.; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 117 ff.; CARRON, Abus, 4.

183 Zweifellos sind mit diesen drei Leitsätzen der Spielraum des hier diskutierten Kompatibilisierungserfordernisses noch nicht ausgeschöpft; eine weitere Erforschung dieser Frage ist notwendig; zu diesem Fragenkomplex allgemein AMSTUTZ, Globale Unternehmensgruppen, 35 ff.

184 In diesem Sinne auch PODSZUN, 64.

185 RÖLLER/FRIEDERISZICK, 207 ff.

186 PODSZUN, 64; vgl. auch REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4.1 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO; ferner CARRON, Abus, 4.cv c.

187 BELLAMY/CHILD, Rz 10.004; TEMPLE LANG, Abuse, 105.

188 Dazu AMSTUTZ, ZSR 2007, 250 ff.

189 Dazu SCHLUEP, Rechtstheorie, N 2487 ff.

190 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 511.

191 «Swisslex»-Botschaft 1993, BBl 1993 I, 805, 826 f.

192 Integrationsbericht 1988, BBl 1988 III 249.

193 Vgl. ausführlich STURNY, 71 ff.

194 Dazu etwa STURNY, 77.

195 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 484 (H.v.d.V.).

196 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 484.

197 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 632 f.

198 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 495, 530 f., 531, 561, 570.

199 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 633 (H.v.d.V.).

200 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 471, 633; dazu STURNY, 73 f.

201 Integrationsbericht 1988, BBl 1988 III 249, 380.

202 «Swisslex»-Botschaft 1993, BBl 1993 I 805, 823.

203 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 484.

204 STURNY, 74 (H.v.d.V.).

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

205 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 531; dazu CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 49; HAGER, 547 f.

206 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 531 (H.v.d.V.); vgl. in diesem Zusammenhang auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 49.

207 AB S 1995, 858; diese Berichterstattung ist insofern nicht besonders geglückt, als sie die schwierige Frage der sog. «dynamischen Verweisung» aufwirft, ohne auch nur einen Bruchteil einer Antwort vorzutragen; dazu Näheres in N 59 f.

208 Botschaft 2001, BBl 2001, 2051 (H.v.d.V.); dazu HAGER, 548.

209 Merke: Dieser Punkt gesellt sich zu den in N 31 ff. bereits behandelten Argumenten zugunsten einer wettbewerbstheoretisch angeleiteten Rechtsanwendung; vgl. auch HAGER, 547.

210 Dieser Befund gilt zumindest in den Bereichen, wo sich der hiesige Gesetzgeber an das europäische Recht «angelehnt» bzw. dieses Recht «übernommen» hat; zu dieser Frage zutreffend STURNY, 196.

211 Nach CANDREIA, Rz 11, war es «[…] das bewusste Ziel der Revision, das KG dem Wettbewerbsrecht der Europäischen Union so weit wie möglich anzugleichen»; so auch mit Blick auf Art. 7 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 49: «L'art. 7 LCart est largement calqué sur la pratique résultant de l' art. 102 TFUE avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam) et ne devrait pas faire l'objet de divergences notables d'interprétation»; denselben Standpunkt im Hinblick auf die Fusionskontrolle hat die REKO/WEF, RPW 1998/3, 460 ff., E. 5.1 – BKW-AEK Unternehmenszusammenschluss, vertreten.

212 Dazu statt aller SCHLUEP, AJP 1996, 807.

213 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 495, 551, 553, 555.

214 In diese Richtung schon BGE 124 III 495 E. 2: «Die umschriebene Konzeption lässt sich indessen nicht ohne weiteres auch auf das schweizerische Recht übertragen. Der Gesetzgeber hat bei der Revision des Kartellgesetzes zwar eine gewisse Annäherung an das Recht der Europäischen Union angestrebt, jedoch – namentlich mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage – bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet […]»; vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 129 III 335 E. 6, der freilich keinen kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, sondern Art. 333 OR betraf; dazu AMSTUTZ, Interpretatio multiplex, 67 ff.

215 Problematisch deshalb WEKO, RPW 2019/1, 84 ff. Rz 304 ff. – WEKO, RPW 2018/2, 245 ff. – Marché du livre écrit en français; der hier interessierende Passus des Entscheides (veröffentlicht im Heft 1 2019) mag den aufmerksamen Leser überraschen, und zwar dahingehend, dass eine wissenschaftliche Anschauung aufgegriffen wird, die von einem Mitglied des Präsidiums der WEKO einige Monate zuvor veröffentlicht wurde, ohne diese – aus evidenten Zeitgründen – einer wissenschaftlichen Prüfung unterworfen wurde, und dies obschon sie die bis anhin geltenden Theorien grundlegend in Frage stellt.

216 Botschaft 2001, BBl 2001, 2051.

217 Hervorzuheben gilt es in diesem Zusammenhang auch, dass der Kartellartikel sich in verschiedenen Hinsichten von den Schutzzielen des AEUV unterscheidet, was HEINEMANN unerwähnt lässt (s. N 142); dazu die sorgfältige Analyse der konzeptionellen Divergenzen zwischen Schweizer und europäischem Recht von STURNY, 83 ff., 242 ff. m.Nw.

218 Vgl. CANDREIA, Rz 15.

219 Vgl. aus den Anfängen der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Eurokompatibilität des Kartellgesetzes BGE 124 III 495 E. 2a; dazu AMSTUTZ, Interpretatio multiplex, 67 ff.

220 Dazu statt anderer HAGER, 551 ff. m.Nw.

221 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.5 – Terminierungspreise im Mobilfunk Sanktion = BGE 137 II 199.

222 Allerdings lässt sich nicht sagen, dass der Begriff «Erzwingung» im Wortlaut von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV in der europäischen Rechtsprechung überhaupt keine Bedeutung hat; der Gerichtshof verlangt bei der Anwendung dieser Bestimmung eine *Gesamtwürdigung der Umstände*, sodass dieser Begriff trotz seiner mangelnden Eigenschaft, Bestandteil des gesetzlichen Tatbestandes zu sein, über diesen Weg allenfalls in den Interpretationsvorgang einfliessen kann; vgl. namentlich EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 28 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB: «Für die Feststellung, ob das Unternehmen in beherrschender Stellung diese Stellung durch die Anwendung seiner Preispolitik missbräuchlich ausgenutzt hat, *sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen* […]» (H.v.d.V.); diesen Punkt hat das Bundesgericht *zu Recht* im *Mobilfunk*-Entscheid ausdrücklich hervorgehoben (vgl. BGer, RPW 2011/3, 440, E. 4.3.2 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199, mit Hinweis auf das *TeliaSonera*-Urteil des Gerichtshofes); so auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 50.

223 BGer, RPW 2011/3 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199; so schon die Vorinstanz: BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 12.1, 12.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion.

224 Vgl. VLCEK, Rz 229 f. m.Nw.; ferner auch BGer, RPW 2011/3 440 ff., E. 5.6.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

225 Vermutlich war der *Mobilfunk*-Fall kein (oder zumindest in erster Linie kein) Marktmachtmissbrauchs-, sondern ein *Wettbewerbsabredesachverhalt*; das Bundesgericht hat diesen Punkt denn auch in BGer, RPW 2011/3 440 ff., E. 5.6.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199, sanft und subtil angedeutet: «Falls im Übrigen die Endkunden überhöhte Preise zahlen mussten, so ergab sich das eventuell aus einem Zusammenspiel aller beteiligten Unternehmen, was unter dem Gesichtspunkt der abgestimmten Verhaltensweisen kartellrechtlich hätte bedeutsam sein können. Es gibt einige Anhaltspunkte dafür, dass die Preise bei der Mobiltelefonie und insbesondere für die Terminierung im hier fraglichen Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 zumindest sehr hoch waren. Entsprechende ernsthafte Zweifel an deren Angemessenheit äussert auch das Bundesverwaltungsgericht, ohne dass es dies jedoch vertieft zu prüfen hatte. Angesichts des Verzichts der Konkurrenz der Swisscom, eine behördliche Kontrolle der Terminierungsbedingungen im Interkonnektionsverfahren anzustreben, stellt sich durchaus die Frage, ob der Wettbewerb nicht durch ein Zusammenspiel aller beteiligten Fernmeldediensteanbieterinnen in unzulässiger Weise beschränkt wurde. Mangels behördlicher ex-ante-Regelung bei der Interkonnektion bzw. als Folge der schweizerischen ex-post-Kontrolle (vgl. dazu BGE 132 II 47 E. 4.7 S. 60; Urteil 2A.191/2005 vom 2. September 2005 E. 3, in: sic! 3/2006 S. 170), die nur von den betroffenen Konkurrentinnen und nicht von Amtes wegen ausgelöst werden kann, hilft das Interkonnektionsregime bei einer solchen Ausgangslage nicht weiter. Das gilt insbesondere dann, wenn die Marktgegenseite allenfalls wegen der Reziprozitätswirkung (vgl. BGE 132 II 257 E. 7 S. 281 ff.; Urteil 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006 E. 2.5 und 2.6, in: sic! 12/2006 S. 847) auch ein Interesse daran hat, die Preise eher hoch zu halten, soweit sie diese an die Endkunden überwälzen kann. Wie es sich damit verhält, muss hier aber offenbleiben».

226 Das Bundesgericht betrachtete *in casu* richtig, dass Art. 7 nicht *eine* Norm stipuliert, sondern eine *ganze Reihe* von Verhaltensregeln vorsieht; dazu HAGER, 552.

227 Es ist durchaus vorstellbar – und der *Mobilfunk*-Entscheid läuft auf ein solches Ergebnis hinaus –, dass Art. 7 vom Gesetzgeber in *gewissen Teilen* europarechtskonform, in *anderen* europarechtsabweichend angedacht ist; freilich ist diese Frage wegen dem Generalklauselcharakter der Bestimmung im Grunde ein judikativer Problemkreis.

228 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

229 Diese drei Regeln sind zwar im Kontext auf die Verhaltensnormen von Art. 7 ausgerichtet; sie sind aber generalisierungsfähig und passen dementsprechend auch auf den Sinnzusammenhang der materiellen Normen der zwei weiteren «Säulen» des Kartellgesetzes; dazu ebenfalls die Ausführungen in FN 236.

230 Dazu AMSTUTZ, Ouroboros, 25 ff. m.Nw.

231 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

232 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

233 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.2 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 (H.v.d.V.); eine abweichende, deutlich weniger überzeugende methodische Einordnung des Verhältnisses von Schweizer und Unionsrecht wurde im *Gaba*-Urteil mit spezifischem Blick auf Art. 5 Abs. 4 vorgelegt (BGer, RPW 2017/2, 348 ff. – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297 E. 6.2.3); HEINEMANN, ZSR 2018 I, 113, hat diese Einordnung als «dreistufiges Referenzsystem der autonomen Übernahme» betitelt; danach könne der Gesichtspunkt «Eurokompatibilität» in drei verschiedenen methodischen Sinnvarianten begriffen werden: (1) als *rechtsvergleichendes* Auslegungselement, dem nicht unbedingt gefolgt werden müsse; (2) als *gesetzgeberisch gewollte «Parallelität der Regelungen»*, die sich dem schweizerischen Recht zwingend aufdränge; (3) als *Verweisung* auf europäisches Recht, die ebenfalls Wettbewerbsbehörden und Gerichte binden würde, sofern, so ist in Wiedergabe der richterlichen Worte zu ergänzen, «[…] die grundlegenden Begriffe, die Rechtsprechung und das System des europäischen Wettbewerbsrechts in Bezug auf vertikale Wettbewerbsabreden sich gegenüber 2003 nicht grundlegend geändert haben, weil ansonsten diese Verschiebungen nicht mehr durch den schweizerischen gesetzgeberischen Willen gedeckt wären» (BGer, RPW 2017/2, 348 ff., E. 6.2.3 – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297); in derselben Erwägung bekräftigt das Bundesgericht die in diesem Passus angedeutete – angebliche – Unzulässigkeit einer dynamischen Verweisung auf das europäische Recht im Kartellgesetz *ausdrücklich*: «Er [sc. der Gesetzgeber] wollte, ohne rechtstechnisch gleich vorzugehen, eine materiell identische Regelung zwischen Art. 5 Abs. 4 KG und dem EU-Wettbewerbsrecht in Bezug auf vertikale Abreden – trotz fehlendem dynamischen Verweis (so auch ZÄCH, Kartellrecht, a.a.O., N. 347, 468; KRAUSKOPF/GRABER, a.a.O., S. 782, 787; Bundesrat Deiss, AB 2003 S 331 [‹elle (scil. la

nouvelle proposition) permet de mener une politique analogue à celle de la Commission européenne›]»; es bleibe hier dahingestellt, ob BR DEISS in seinem Votum die dynamische Verweisung auf europäisches Wettbewerbsrecht ausschliessen wollte (immerhin sei doch angemerkt, dass es schwierig sein dürfte, dass im *juristischen Sprachgebrauch* der von BR DEISS verwendete Begriff der «materiellen Identität» mit demjenigen der «Analogie» gleichzusetzen ist); dahingestellt bleibe ebenfalls, ob es sowohl rechtstheoretisch als auch in der Alltagspraxis der Rechtsanwendung denkbar ist, eine «*materiell identische* Regelung» zu haben, «*ohne rechtstechnisch gleich* vorzugehen», wenn die Möglichkeit dynamischer Verweisungen juristisch ausgeschlossen wird; *loc. cit*. [H.v.d.V.]). Die Ablehnung der *dynamischen* Verweisung vermag allerdings nicht zu überzeugen; denn diese, will man tatsächlich eurokompatibles Recht schaffen, ist gerade in einem sich so rasch entwickelnden Bereich wie das Kartellrecht notwendig, ja unerlässlich, um die «Parallelität der Regelungen» zu gewährleisten; HEINEMANN spricht im Hinblick auf die hier fragliche E. 6.2.3 des *Gaba*-Urteils (entgegen der klar geäusserten Ansicht des Bundesgerichts) davon, dass die dritte Stufe seines aus diesem Entscheid abgeleiteten «Referenzsystems» den «(statische[n] oder *dynamische[n]*) Verweis auf europäisches Recht» (*loc. cit.*; H.v.d.V.) erfasst; zur dynamischen Verweisung im Zusammenhang mit dem Gesichtspunkt der Eurokompatibilität im Kartellgesetz eingehend N 59 f.

234 **A.A.** HAGER, 554 ff.; STURNY, 73; diese Autorin moniert (wie Erstere auch), dass das Bundesgericht im *Mobilfunk*-Entscheid die Vorgeschichte der Kartellgesetzrevision von 1994 nicht beachtet und deshalb verkannt habe, dass das Ziel, «[…] das schweizerische Kartellrecht möglichst eurokompatibel […] auszugestalten» *(loc. cit.)*, spätestens mit dem Inkrafttreten der «Swisslex»-Gesetzgebung (vgl. namentlich «Swisslex»-Botschaft 1993, BBl 1993 I, 805, 823) gesetzt war; es trifft zwar zu, dass sich dieses Urteil auf besagte Vorgeschichte nicht ausdrücklich bezieht; indessen sind wir der Auffassung, dass die im Lauftext erwähnten drei methodischen Regeln von BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.1, 4.3.2 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199, aus dem Rahmen dieses Ziels *nicht* ausscheren; so lässt sich namentlich nicht bestreiten, dass die dritte Regel aus der Notwendigkeit hervorgeht, das System des schweizerischen Wirtschaftsrechts zu respektieren; dazu ausführlich N 48 *ad initium*; vgl. tendenziell in die gleiche Richtung wie hier argumentiert CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 50.

235 Positive Würdigung des *Mobilfunk*-Urteils auch bei CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 50.

236 In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das *Gaba*-Urteil (BGer, RPW 2017/2, 348 ff. – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297) die dritte Interpretationsregel *(Vorbehaltsregel)* des *Mobilfunk*-Entscheids (s. N 48 *ad initium*) nicht erwähnt hat; das ist zu bedauern; denn diese Regel hätte das Potential gehabt, die *contra legem*-Interpretation des Begriffs der «Erheblichkeit» im Kontext von Art. 5 Abs. 4 zu vermeiden; zu dieser *contra legem*-Interpretation des Bundesgerichts statt aller BIRKHÄUSER/REINERT, 124 ff.; **a. A.** ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 472: «Während bei diesen Normen [sc. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3] das europäische Wettbewerbsrecht aufgrund der Ähnlichkeit der Bestimmungen als eines von mehreren Auslegungselementen heranzuziehen ist, welchem gegenüber den anderen Auslegungselementen keine erhöhte Bedeutung zukommt, ist bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 4 KG das europäische Wettbewerbsrecht inkl. Verordnungen, Bekanntmachungen, Rechtsprechung und Behördenpraxis im gleichen Sinne zu berücksichtigen, wie wenn es Schweizer Recht wäre. Ein abweichendes Ergebnis dürfte nur dann in Frage kommen, wenn sich aus einer Auslegung des historischen Willens des Gesetzgebers ergibt, dass ausnahmsweise von der Parallelität der beiden Regelungen abzuweichen ist»; angesichts der Radikalität dieser Ansich gilt es zweierlei zu bedenken: (1) Die von ZIRLICK/BANGERTER behauptete Identität von europäischem Recht der vertikalen Kernbeschränkungen und Art. 5 Abs. 4 scheint im Lichte des Umstandes nicht unproblematisch, dass die *Schutzziele* des AEUV einer- und die *Zielnorm* von Art. 96 Abs. 1 BV andererseits *Unterschiede* aufweisen (die sich, um nur ein einziges Beispiel zu nennen, auf den *Untersuchungsstandard* des schweizerischen Kartellgesetzes spürbar niederschlagen; s. N 119 ff.); es ist denn auch bezeichnend, dass das Bundesgericht bei seiner Zusammenfassung der einschlägigen Erwägungen des *Gaba*-Urteils in BGE 144 II 194, E. 5.3, *BMW*, das Argument der Eurokompatibilität nicht einmal erwähnt; auf ein die Integrität des Schweizer Vertikalabrederechts gefährdendes Argumentationsspiel, das im Stile von ZIRLICK/BANGERTER betrieben würde, hat sich das Bundesgericht im *BMW*-Urteil zu Recht nicht eingelassen. (2) zwar haben sich ZIRLICK/BANGERTER eine *escape clause* vorbehalten, die, wie sie meinen, darin bestehen soll, dass Abweichungen vom Unionsrecht nur bei entsprechendem «*historische[m]* Willen […] des Gesetzgebers» getätigt werden dürfen; allerdings übersehen die Autoren, dass dieser Vorbehalt aus methodologischen Gründen *nicht greifen* kann; wegen dieses Versehens läuft die Position dieser Autoren im Ergebnis auf das Fazit hinaus: *unverrückbare, unabweisliche* und *vollständige Bindung* von Art. 5 Abs. 4 an das europäische Vertikalrecht ohne jegliche Möglichkeit, dieses Recht in gewissen Fällen autonom zu interpretieren. Im Einzelnen ist dieser Befund folgendermassen zu begründen: Die von ZIRLICK/BANGERTER vorgeschlagene *escape clause* kann deshalb nicht greifen, weil diese der Bundesgerichtspraxis zum historischen Auslegungselement widerspricht; gemäss dieser Rechtsprechung darf dieser Auslegungskanon nur berücksichtigt werden, wenn der Gesetzgeberwillen klar erkennbar ist und im Wortlaut der in Frage stehenden Bestimmung – im vorliegenden Fall also Art. 5 Abs. 4 – einen Ausdruck gefunden hat. Nun sind diese zwei Voraussetzungen für eine Auslegung von Art. 5 Abs. 4 – jedenfalls im *Gaba*-Urteil –

fraglos *nicht* erfüllt: Zunächst kann nicht gesagt werden, dass der Gesetzgeberwille aus den Materialien zu Art. 5 Abs. 4 deutlich hervorgeht; und ebenso wenig lässt sich behaupten, dass der Gesetzgeberwille im Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 einen klar erkennbaren Niederschlag gefunden hat; zum Ganzen eingehend AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preisabreden, 85 f.; zur höchstinstanzlichen Rechtsprechung, die das historisches Auslegungselement betrifft, ist als Erstes auf den *grundlegenden* BGE 102 II 52 E. 2, hinzuweisen: «Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst, d.h. nach seinem Wortlaut, Sinn und Zweck sowie nach den ihm zugrunde liegenden Wertungen auszulegen. *Die Vorarbeiten sind weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend; insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitwirkten, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext selber nicht zum Ausdruck kommen* (BGE 84 II 103 E. c, BGE 87 II 331 E. d, BGE 98 Ib 380). Dies gilt selbst für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind (BGE 98 Ia 184). Als verbindlich für den Richter können nur die Normen selber gelten, die von der gesetzgebenden Behörde in der hiefür vorgesehenen Form erlassen worden sind. […] Das heisst nicht, die Gesetzesmaterialien seien methodisch unbeachtlich. *Bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen können sie vielmehr ein wertvolles Hilfsmittel sein, den Sinn einer Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden* (BGE 97 I 823/4, BGE 98 Ia 184, BGE 98 Ib 380). Lässt der Wortlaut einer Bestimmung verschiedene, sich widersprechende Auslegungen zu, so kann es sogar geboten sein, die Entstehungsgeschichte heranzuziehen, zumal wenn nach dem Text offen ist, ob der Gesetzgeber eine Neuerung oder Änderung befürwortet oder ausdrücklich abgelehnt habe und die *Materialien hierauf eine klare Antwort geben* (BGE 92 I 309 und dort angeführte Urteile). *Dasselbe gilt* für den Fall, dass der Wortlaut einer Bestimmung auf eine *echte Gesetzeslücke* schliessen lässt, dies nach der Entstehungsgeschichte aber offensichtlich nicht zutrifft (BGE 76 II 62, BGE 97 IV 139). *Anders verhält es sich dagegen, wenn die Materialien keinen eindeutigen Schluss zulassen*, sie dem Richter also auch bei unklaren oder unvollständigen Bestimmungen *nicht weiterhelfen* (BGE 82 II 485, BGE 86 IV 94 mit Zitaten)» (H.v.d.V.); diese Auffassung der Höchstinstanz wurde seither in konstanter Rechtsprechung bestätigt; vgl. BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1; 135 III 112 E. 3.3.2, 3.3.3; zum Ganzen auch HABERBECK, Rz 26 m.Nw). *Fazit*: Es ist wohl nicht auszuschliessen, dass ZIRLICK/BANGERTER mit ihrer entschieden zu verwerfenden Ansicht betreffend Art 5 Abs. 4, insgesamt betrachtet, einer «Überinterpretation» und somit einer Überstrapazierung der Materialien sowie bestimmter Textstellen im *Gaba*-Urteil zum Opfer gefallen sind.

237 BGer, RPW 2013/1, 114 ff. – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

238 Vgl. in diesem Sinne (mit unterschiedlichen Gewichtungen) JETZER, 175; HAGER, 554 ff., 559 ff.; ROTH, Wettbewerber, 156 f., 160, insbesondere FN 672.

239 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

240 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v.d.V.); im Hinblick auf diese Passage ist zu notieren, dass sich die Hervorhebung des Wortes «Rechtssicherheit» im Originaltext befindet, was seine Bedeutung hat (s. N 53).

241 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.1, 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

242 STURNY, 250 (H.v.d.V.).

243 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.2 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 (H.v.d.V.).

244 Dazu statt aller SCHLUEP, Rechtstheorie, N 1278 ff. m.Nw., insbesondere auf die berühmte Lehre von WILBURG.

245 Das zeigt auch der Hinweis in BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72, auf den Beitrag von AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik, 105 ff., in welchem der Begriff «Interlegalität» ausführlich behandelt wird.

246 AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik, Rz 5; vgl. auch die Einführung in das Konzept der Interlegalität bei DERS., Interlegality, 766 ff. m.Nw.; was das schweizerische Wettbewerbsrechtssystem anlangt, gilt es zu bemerken, dass dieses seit dem Inkrafttreten am 1. Juni 2002 der Art. 8 ff. und 20 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (Stand: 1. Februar 2020) *nicht mehr gänzlich autonom* ist; dazu im Einzelnen SEILER, 7 f., 9.

247 FRANZEN, 323.

248 FRANZEN, 325.

249 In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Methodenlehre von Art. 1 ZGB, so wie sie in Doktrin und Praxis bisher entwickelt wurde, auf Interlegalität nicht wirklich vorbereitet ist; dazu AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik, Rz 31 m.Nw.: «Eine klassische Lektüre von Art. 1 Abs. 1 ZGB besagt in diesem Zusammenhang nur gerade, dass das Gericht in dem Umfang an die legislative ‹Wertung› gebunden ist, in dem sich der schweizerische Gesetzgeber für eine eurokompatible Lösung entscheidet. Unklar bleibt nach wie vor, *wie autonom* die Judikative bei der Findung autonom nachvollzogenen Rechts ist […].»

250 FLESSNER, 16 (H.v.d.V.).

251 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v.d.V.); vgl. im Einzelnen den in N 50 in seiner (relevanten) Gesamtheit zitierten einschlägigen Passus aus dieser Urteilserwägung.

252 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v.d.V.).

253 Vgl. statt anderer die allgemeine Übersicht über den (auch rechtsstaatlichen) Wert der Rechtssicherheit von SCHUHR, 2 ff.

254 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 529 (H.v.d.V.).

255 Im Übrigen erwähnt der Bundesrat selber (vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 529 ff.), dass in der Europäischen Union diese Praxisbildung schon seit dreissig Jahren im Gange war, was sich mit den 1994 vorzuweisenden schweizerischen «Kartellrechtserfahrungen» schon insofern nicht vergleichen lässt, als die Gesetzesnovellen von 1962 und 1986 nicht Wettbewerbsrecht in einem *wirtschaftsrechtlich-funktionalen* Sinne [s. N 29 f.], sondern ein rechtssystematisch nur mit Mühe einzuordnendes, in einem *traditionalistisch-zivilistischen* Geiste betriebenes Persönlichkeitsrecht bildeten.

256 Zu diesen Zusammenhängen auch SCHUHR, 2, 3.

257 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 529.

258 Zu dieser auf *Lernprozesse* ausgerichteten interlegalen Methode ausführlich AMSTUTZ/KARAVAS, 25 f., 27 ff.

259 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.2 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

260 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

261 Vor allem VON HAYEK, Theorie, 7 ff., hat sich mit der Erforschung von «komplexen Phänomenen» Verdienste erworben; dieser Hinweis erfolgt an dieser Stelle ausschliesslich zur Veranschaulichung des gedanklichen Hintergrunds der höchstrichterlichen Erwägungen; er bedeutet nicht zwangsläufig, dass bei der kartellrechtlichen Analyse eines «sachlichen Grundes» im Sinne dieser Erwägungen ein Rückgriff auf VON HAYEKs Lehre notwendig ist; in der Literatur gibt es einige äquivalent funktionale Komplexitätstheorien, die diese Versinnbildlichungsrolle ebenfalls übernehmen könnten; dazu AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, Rz 95 ff.

262 Zu diesem Verständnis des Konzepts der «Komplexität» AMSTUTZ, Interpretatio multiplex, 16 ff.

263 Zu dem in diesem Sinne verstandenen Begriff «Prozeduralisierung» AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, Rz 200 f.

264 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v.d.V.).

265 Vgl. WEKO, RPW 2002/4, 593 ff. – ETA SA Fabriques d'Ebauches; WEKO, RPW 2003/3, 504 ff. – ETA SA Fabriques d'Ebauches; WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse; WEKO, RPW 2011/3, 400 ff. – Swatch Group Lieferstopp; WEKO, RPW 2012/2, 260 ff. – Swatch Lieferstopp – Verlängerung der vorsorglichen Massnahmen vom 6. Juni 2011; WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. – Swatch Group Lieferstopp; WEKO, RPW 2014/2, 396 ff. – ETA Preiserhöhungen; WEKO, RPW 2016/4, 1035 ff. – Verfügung vom 24. Oktober 2016 in Sachen Wiedererwägungsgesuch Swatch Group Lieferstopp; Sekretariat, RPW 2006/1, 51 ff. – Lieferung von Nivarox-Assortiments; vgl. ferner BGer, RPW 2004/2, 640 ff. – Sellita Watch Co SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, WEKO und Reko; BGer, RPW 2004/2, 652 ff. – EVD Sellita Watch Co SA, WEKO, REKO und ETA SA Manufacture Horlogère Suisse; sodann auch BVGer, RPW 2012/1, 158 ff. – vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32–0224 der Wettbewerbskommission gegen The Swatch Group AG = BVGer, 14.12.2011, B-4041/2011; BVGer, RPW 2012/1, 162 ff. – vorsorgliche Massnahmen in der Untersuchung 32–0224 der Wettbewerbskommission gegen The Swatch Group AG = BVGer, 14.12.2011, B-4201/2011.

266 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 161 ff., 218 ff. – Swatch Group Lieferstopp.

267 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 479 – Swatch Group Lieferstopp; dazu die Besprechung dieses Entscheids von AMSTUTZ, NZZ 13.3.2013, 54.

268 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 931 ff. m.Nw.

269 Zu diesen Gefahren AMSTUTZ, NZZ 13.3.2013, 54.

270 Zu dieser Evolution des Gesetzesrechts durch Praxis und Rechtsprechung AMSTUTZ, ZSR 2007, 274 ff. m.Nw.

271 Zum Ganzen statt aller die differenzierte Analyse von SEILER, 5, 6–8 (zum *Rechtsetzungsbereich*, wo i.d.R. das Prinzip der «Statik» gilt und die Harmonisierung auf einem bestimmten *acquis* zu einem gewissen Zeitpunkt beruht, freilich mit Hinweis auf Ausnahmen namentlich im Rahmen der Assoziierung mit Schengen und Dublin), 9–12 (zum *Rechtsprechungsbereich* mit Blick auf *völkerrechtliche Abkommen*) und – insbesondere im vorliegenden Kontext von Relevanz – 12 f. (zum *Rechtsprechungsbereich* mit Blick auf den *autonomen Nachvollzug*).

272 Vgl. etwa BGE 134 I 179, E. 6.3.

273 Es liesse sich zwar allenfalls argumentieren, im *Publigroupe*-Entscheid sei *faktisch* eine dynamische Verweisung vorgenommen worden, weil darin auf EuGH, 8.12.2011, Rs. C-272/09 P, ECLI:EU:C:2011:810, Rz 118 ff. – KME Germany AG, KME France SAS und KME Italy SpA, Bezug genommen worden sei; vgl. BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 2.2.2, 4.4 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; richtiger Auffassung nach träfe ein derartiger Befund indes nicht zu, weil dieser EuGH-Entscheid in einem Kontext zitiert wird, wo es um die Anforderungen von Art. 6 EMRK an das Kartellverfahren geht; der angegebene EuGH-Entscheid wird bei Lichte besehen erwähnt, weil sich darin der Gerichtshof zu diesen Anforderungen geäussert hat, und nicht deshalb, weil er etwas Relevantes im Rahmen der Rechtsprechung zu Art. 102 AEUV festhält, das auf der Basis der europarechtskonformen Interpretationsmethode eine Rechtssicherheitssteigerung der schweizerischen Missbrauchskontrolle herbeiführen könnte.

274 So im Grundsatz auch SEILER, 13: «[…] Ziel des schweizerischen Gesetzgebers war in diesen Fällen [sc. in Fällen des autonomen Nachvollzugs europäischen Rechts mit dem gesetzgeberischen Zweck der dynamischen Rechtsangleichung] eben gerade die Herbeiführung einer Harmonisierung, weshalb auch die Weiterentwicklung der Harmonisierung im Auge zu behalten ist»; worin wir mit diesem Autor freilich divergieren bzw., besser gesagt, andere argumentative Schwerpunkte setzen, ist in Bezug auf die Begründung der Rechtmässigkeit der dynamischen Verweisung (samt deren Schranken, die aus den in N 56 ff., behandelten «sachlichen Gründen» fliessen); so meint SEILER, 13: «Auch für die schweizerischen Gerichte besteht keine förmliche Pflicht, die entsprechende Rechtsprechung der EU-Gerichte zu befolgen. Indessen beachtet das Bundesgericht im Rahmen des rechtsvergleichenden Auslegungselements die Rechtsprechung des EuGH, und zwar auch diejenige, die nach dem Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes ergangen ist»; wir halten zwar diese Argumentation für durchaus vertretbar und sie leidet weder an einem Denkfehler noch strapaziert sie die juristischen Kunstregeln; das Problem sehen wir viel eher darin, dass sie den Gesichtspunkt der *Funktionalität* des Wettbewerbsrechts nicht gesamthaft zu erfassen und aufzuzeigen vermag; wie in N 29 näher erläutert, zeigt die Methodenlehre der Schuljurisprudenz (vgl. deren Gesamtdarstellung durch KRAMER, *passim*) grosse Mühe; nur ein Denken in *Funktionen* vermag den Eigenarten des Kartellrechts gerecht zu werden, insbesondere die Anwendungsanforderungen dessen materiellen Normen vollumfänglich erkennbar und wahrnehmbar zu machen; und nur unter diesen Voraussetzungen wird die Rechtsanwendung gänzlich kontrollierbar; zum Ganzen ausführlich AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik, Rz 4, 12 ff., 29 ff.

275 BGer, RPW 2017/2, 348 ff., E. 6.2.3 – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297 (zweite H.v.d.V).

276 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff. – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

277 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H. teilweise v.d.V.); vgl. auch *op. cit.*, E. 5.1, wo folgende dynamische Verweisungen zu finden sind: «[…] vgl. zum Ganzen […] EuG vom 10. April 2008 T-271/03 Deutsche Telekom AG […], Rn. 166 f.; vom 29. März 2012 T-336/07 Telefónica SA & Telefónica de España SA […], Rn. 187; bestätigt durch Urteile des EuGH vom 14. Oktober 2010 C-280/08 P Deutsche Telekom AG […], Rn. 167, 183, 197; vom 17. Februar 2011 C-52/09 TeliaSonera Sverige AB […], Rn. 31 f., 42; implizit auch im Urteil vom 10. Juli 2014 C-295/12 P Telefónica SA & Telefónica de España SAU […], Rn. 75, 96, 104.»

278 Zum Ganzen statt anderer BELLAMY/CHILD, Rz 19.058 m.Nw. auf die europäische Rechtsprechung.

279 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 91 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission (H.v.d.V.).

280 BELLAMY/CHILD, Rz 10.058 (H.v.d.V.).

281 BELLAMY/CHILD, Rz 10.059.

282 **Gl. A.** WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 346: «Der Gerichtshof hat im Fall *Hoffman-La Roche* die von einem Marktbeherrscher angewandte Vertriebspolitik, die auf dem Abschluss langfristiger Ausschliesslichkeitsvereinbarungen und der Gewährung von Treuerabatten basierte, wegen ihres leistungsfremden, vom ‹normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerb› abweichenden Charakters als Verstoss gegen dass Missbrauchsverbot eingestuft. Seither rekurrieren die europäischen Gerichte regelmässig auf die Leistungsfremdheit von Verhaltensweisen, um die Missbräuchlichkeit einer Geschäftspraxis zu begründen – ohne dabei allerdings näher zu umschreiben, unter welchen Voraussetzungen eine Verhaltensweise vom ‹normalen Wettbewerb› abweicht».

283 Dazu statt aller die ausführliche Darstellung und Besprechung von O'DONOGHUE/PADILLA, 216–220 m.Nw.; vgl. ferner AKMAN, Reform, 151: «‹Competition on the merits› is a vague concept that requires definition and interpretation; it is not an economic or legal benchmark that has an objectively defined meaning which the undertakings can use ex ante in deciding whether a certain practice is unlawful. For it to be a guiding principle of enforcement, it must be expressed in more precise terms».

284 In diesem Sinne klar und deutlich M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.110 f.

285 Diese Nähe wird in der Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570 bestätigt; dazu STURNY, 111.

286 Zum Ganzen statt aller SCHLUEP, AJP 1996, 807; in diesem Zusammenhang muss ebenfalls darauf hingewiesen werden, dass – besonders im Lichte der europarechtlichen Verschleifung von Art. 7 – den Begriffen *«behindern»* und *«benachteiligen»* im Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 bloss eine *Platzhalterfunktion* für viel komplexere industrieökonomische Zusammenhänge zukommt; diese Begriffe dürfen deshalb nicht in einem *literalen* Sinne begriffen und ebensowenig für *analytische Kriterien* gehalten werden, welche in der Missbrauchsanalyse *tel quel* zu verwenden seien; sie dürfen daher in der Missbrauchsanalyse nicht *operativ* benutzt werden; interpretatorisch massgeblich sind in diesem Zusammenhang die methodischen Regeln, die in AMSTUTZ, ZSR 2007, 241 ff., 262 ff., entwickelt worden sind und Bestandteil des Funktionalismus (s. N 29 f.) bilden, auf welchem das Kartellgesetz fusst. Bedauerlicherweise hat sich diese für das Wettbewerbsrecht in ihrer Bedeutung kaum zu unterschätzende Erkenntnis in der höchstrichterlichen Praxis bis heute nicht definitiv durchgesetzt; vgl. z.B. BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.3–6.2.4 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, wo das Bundesgericht die Beschränkung der Handlungsfreiheit eines Handelspartners durch den Marktbeherrscher genügen lässt, um das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeeinträchtigung i.S.v. lit. f. als erfüllt zu betrachten; diese Begründung ist als unzulängliche und vor allem als gesetzeswidrige *form-based*-Analyse zurückzuweisen; eine *wirkungsbasierte* Prüfung, wie sie Art. 7 fordert (s. N 127 ff.), ist in diesem Urteil ersichtlich ausgeblieben, ohne dass die Richter von Montbenon diese Facette des Gesetzesartikels angesprochen haben; dieser Umstand ist unerklärlich. Demgegenüber wird man die Analyse des Sachverhalts sowie die Begründung des Merkmals der Wettbewerbsbeeinträchtigung (s. N 553 ff.) in BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217, als gesetzeskonform und als in der Sache richtig begrüssen, wo der *«effects-based approach»* des geltenden Art. 7 (s. N 128) mustergültig angewendet wird: «Für die Frage, ob ein Sachverhalt unter Art. 7 KG fällt, ist somit die Kombination von missbräuchlichem Verhalten und *dessen Wirkung relevant* und *nicht die Aufzählung in einem Verhaltenskanon*» (H.v.d.V.).

287 Aus dieser Perspektive erscheinen die Ausführungen von HEINEMANN, Krise, 47 ff. nicht als unproblematisch; vgl. zur Funktion des Beispielkatalogs von Art. 7 Abs. 2 zur Konkretisierung der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 die Ausführungen in N 68.

288 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.); die in kursiver Schrift gesetzten Satzteile entsprechen sachlich dem europäischen Missbrauchsbegriff.

289 Vgl. in diesem Zusammenhang BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; O'DONOGHUE/PADILLA, 219; ferner auch die Ausführungen in N 64.

290 Gerade die Tatsache, dass ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 (zumindest) allermeistens *nicht* mithilfe von der Form der Verhaltensweisen, die ein marktbeherrschendes Unternehmen praktiziert, ausgemacht werden kann, ist die Ursache davon, dass sich diese Bestimmung für *per se*-Regeln nicht eignet (s. N 127); ob allerdings *per se*-Analysen von der Missbrauchskontrolle *stets* verbannt bleiben sollen, wird neuerdings in der Union seit dem höchstinstanzlichen *Intel*-Urteil (EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 – Intel Corporation/Kommission) unter dem Stichwort *«naked restraint»* wieder debattiert; dazu die Ausführungen in N 139.

291 In diesem Sinne BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; zum GanzenM. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.110; ferner BORER, Kommentar KG, Art. 7 N

2; Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 569; **a.A.** HEIZMANN, 5: «[D]ie Beurteilung einer Verhaltensweise dahingehend, ob Wettbewerber behindert werden oder ob die Marktgegenseite benachteiligt wird, stellt in der Regel kein besonderes Anwendungsproblem dar, weil Art. 7 Abs. 2 KG einen Beispielkatalog von behindernden oder benachteiligenden Verhaltensweisen enthält. Diese Verhaltensweisen sind gesetzlich hinreichend bestimmt»; so auch ZÄCH, Kartellrecht, Rz 530: «Die Frage, was Behinderungen oder Benachteiligungen sind, bereitet in der Praxis keine besonderen Schwierigkeiten, weil Art. 7 Abs. 2 KG dazu einen Beispielkatalog enthält»; demgegenüber mit Blick auf Art. 102 AEUV wie hier FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 133.

292 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 116.

293 ROTH, Wettbewerber, 319; dazu auch DERS., sic! 2018, 619 ff.; vgl. auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 116; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 7; RUFFNER, AJP 1996, 835, 838; Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 519; ein weiteres Beispiel: im Urteil *AKZO Chemie BV/Kommission* hat der EuGH Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten bzw. Preise über diesen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten) als vermutungsweise unzulässig betrachtet (EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 71 – AKZO Chemie BV /Kommission); ferner auch EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 41 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II); die in diesem Urteil aufgestellte Vermutung, dass ein Preis über den durchschnittlichen Gesamtkosten zulässig ist *(Safe Harbour)*, kam allerdings im Urteil *Compagnie maritime belge* nicht zum Zuge, weil sie, so die richterlichen Erwägungen, lediglich in «ausserordentlichen» Fällen gelte (EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C- 396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 96 f. und 111 ff. – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission).

294 Auf diese Problematik wird in der Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. e ausführlich eingegangen (s. N 628).

295 Notwendig ist diese Klarstellung in erster Linie, um Vorsorge dafür zu treffen, dass Art. 7 Abs. 2 nicht auf dieselbe Art missverstanden wird, wie Art. 5 Abs. 4 im *Gaba*-Urteil (BGer, RPW 2017/2, 348 ff. – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297); zu den Mängeln dieses Urteils statt aller BIRKHÄUSER/REINERT, 121 ff.

296 **A.A.** HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 96.

297 So aber für Art. 5 Abs. 4 BGer, RPW 2017/2, 348 ff., E. 5.2.4 – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297.

298 Vgl. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.110.

299 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.6 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL II = BGE 146 II 217.

300 So aber für Art. 5 Abs. 4 BGer, RPW 2017/2, 348 ff., E. 5.2.4 – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297.

301 Dazu trefflich M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.111 m.Nw.

302 So fragwürdig HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 96; unstatthaft wäre es, mit einer geltungszeitlichen Auslegung (als Bestandteil des historischen Canons i.w.S.) von Art. 7 Abs. 2 zum Resultat zu kommen, dass der «wirkungsbasierte» Ansatz bei der Anwendung dieser Bestimmung vom Gesetzgeber ausgeschlossen wurde (so die Deutung des Beitrags von HEINEMANN, Jusletter 29.6.2015, 8 ff., durch ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 142 m.Nw.); dies wäre schon mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts über das historische Auslegungselement unvereinbar: Dieser Instanz zufolge darf dieses Element nur berücksichtigt werden, «[… w]enn die Regelungsabsicht des Gesetzgebers klar erkennbar ist sowie im Text der betreffenden Gesetzesnorm ihren Ausdruck gefunden hat» (HABERBECK, Rz 26 mit Hinweis auf BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1; vgl. auch BGE 135 III 112 E. 3.3.2 und 3.3.3; 124 II 193 E. 5.c; 116 II 525 E. 2.b); weder die Materialien noch der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 weisen darauf hin, dass der Gesetzgeber den *«effects-based» approach* auszuklammern beabsichtigte; im Gegenteil: Dieser Befund spricht dafür, dass der Gesetzgeber einen solchen Ausschluss gerade nicht wollte; dazu ausführlich N 127 ff.

303 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.064 m.Nw.; zu dieser Rechtsprechung ausführlich N 128.

304 Zu den seltenen, allein sachlich begründeten und nicht generalisierungsfähigen Ausnahmen von diesem Prinzip N 137 ff.

305 Vgl. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.110.

306 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570; gl.A. CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 114, 117.

307 Zutreffend CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 114, 117; MARBACH/DUCREY/WILD, N 1647.

308 Vgl. HEINEMANN, Jusletter 29.6.2015, 25 ff.; offenbar auch STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 9, 109, 161, 194 (zumindest semantisch, freilich ohne generalisierende Erläuterungen der Wortwahl).

309 ZENGER/WALKER, 202 (H.v.d.V.).

310 Vgl. BGE 124 III 495 E. 2.a sowie 2.b.

311 In diesem Zusammenhang ist von *Vertikalabreden* abzusehen, die vorliegend irrelevante Fragen aufwerfen; dazu AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preisabreden, 92.

312 Beschrieben sind damit Horizontalabreden; im Vertikalbereich hat man es zwar nicht mit Konkurrentenabstimmungen zu tun, aber im Ergebnis werden auch hier die Wettbewerbsverhältnisse auf dem vor- oder nachgelagerten Markt, d.h. dem Horizontalbereich, tangiert; dazu die Kommentierung von Art. 4 Abs. 1 N 398 ff.

313 Vgl. in diesem Zusammenhang die analytischen Ausführungen von ZENGER/WALKER, 199 f.

314 Vgl. OLSON, 36 ff.

315 Wie in N 74 ff. dargetan, ist der Nachweis einer Verdrängungs- oder Ausbeutungsabsicht des Marktbeherrschers ein untaugliches Kriterium für die Frage, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt oder nicht.

316 Im Übrigen ist zweifelhaft, ob es sich im Rahmen von Art. 7 empfiehlt, die Komplikationen einzuführen, die mit der Unterscheidung «bezweckte/bewirkte Wettbewerbsbeschränkung» einhergehen. Diese führten vergleichsweise zur schwierigen Frage, welche *konkrete* Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen der sog. *«object box»* zuzuweisen sind (dazu KING, 269 ff.).

317 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570; dazu etwa GOHARI, Diss., 69.

318 Vgl. nur CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 114.

319 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570.

320 Vgl. BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 388 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 441 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; ferner auch MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1647; vgl. im Einzelnen die in N 628 spezifizierten Abgrenzungen zwischen den Fallgruppen von Art. 7 Abs. 2; aus unionsrechtlicher Perspektive WHISH/BAILEY, 198; rechtsvergleichend hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass O' DONOGHUE/PADILLA, 258, hinsichtlich der Liste von Art. 102 Abs. 2 AEUV eine der Schweizer h.L. über Art. 7 Abs. 2 entgegengestellte These vertreten, nämlich dass diese Liste *abschliessend* sei; die Autoren begründen ihren Standpunkt hauptsächlich mit dem Argument, dass die Fallgruppen dieser Liste dermassen breit formuliert sind, dass es unwahrscheinlich ist, einen Missbrauchsfall zu finden, der nicht unter den Tatbestand einer dieser vier Varianten subsumiert werden kann.

321 Dazu CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 115 m.Nw.; GOHARI, Diss., 8; vgl. zur Veranschaulichung etwa BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 388 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 505 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

322 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 114.

323 Vgl. WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 242 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 97 f. – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; Sekretariat, RPW 2007/4, 517 ff. Rz 43 – Beschaffung von Leichten Transport- und Schulungshelikoptern (LTSH) durch armasuisse; dazu JETZER, 174.

324 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570 (H.v.d.V.).

325 ZÄCH, Kartellrecht, 257 FN 950; gl.A. CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 114; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 9.

326 Vgl. WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 282 – Swatch Group Lieferstopp; Sekretariat, RPW 2003/1, 87 ff. Rz 53 – VSW-Aufnahmebedingungen; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 242 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; vgl. auch BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 388 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

327 Nach Inkrafttreten des geltenden Gesetzes taten sich die Wettbewerbsbehörden mit diesem Dogma zunächst schwer. In mehreren frühen Entscheiden zur Gesetzesnovelle von 1994 sind

Ausführungen enthalten, die diesen Grundsatz strapazieren. Beispielsweise hat die WEKO im Entscheid *BKW FMB Energie AG* im Hinblick auf eine Durchleitungsverweigerung bemerkt: «Ob dieser Tatbestand unter Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe a KG oder der Generalklausel von Artikel 7 Absatz 1 KG zu subsumieren ist, kann […] offen bleiben» (WEKO, RPW 2000/1, 29 ff. Rz 25 – BKW FMB Energie AG; nahezu ähnliche Formulierung in WEKO, RPW 2001/2, 255 ff. Rz 207 – Watt /Migros – EEF). Mit diesem Satz wird im Widerspruch zu den im Fliesstext wiedergegebenen Ausführungen der Botschaft impliziert, dass die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 lit. a–f subsumtionslogisch auf derselben Ebene wie die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 stehen, d.h. dass sie direkt unzulässigkeitsbegründend sind. Die Wettbewerbsbehörden haben freilich verhältnismässig schnell auf solche aus der Perspektive der Botschaft als «Lapsus» zu qualifizierende Entscheide reagiert. In seinem Schlussbericht vom 12.2.2004 i.S. *Produktebündel «Talk & Surf»* hat das Sekretariat festgehalten, dass es sich «[b]ei Artikel 7 Absatz 2 KG […] um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen [handelt], welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung *in Frage kommen*. Die allgemeinen Kriterien von Artikel 7 Absatz 1 KG müssen in jedem Fall geprüft werden» (Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff. Rz 57 – Produktebündel «Talk & Surf» (H.v.d.V.), mit Hinweis auf REKO/WEF, RPW 2000/4, 716 ff. E. 4 – Felix Service SA/Minolta [Schweiz] AG; vgl. auch WEKO, RPW 2003/4, 753 ff. Rz 72 – Veterinärmedizinische Tests/Migros; Sekretariat, RPW 2007/2, 174 ff. Rz 73 – Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen). Diesem Dogma scheinen die Wettbewerbsbehörden (vgl. in erster Linie WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 615–720, 721–780, 781–816 – Sport im Pay-TV; sodann auch WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 441 m.Nw. – Online-Buchungsplattformen für Hotels; WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 282 m.Nw. – Swatch Group Lieferstopp), die Gerichte (vgl. BGer, RPW 2013 /1, 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72, wo betont wird, dass im Einzelfall zu prüfen ist, «ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt […]. Insofern indizieren die Tatbestände von Abs. 2 nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise»; BGer, RPW 2003/4, 925 ff. E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497) und die h.L. (vgl. z.B. ZÄCH, Kartellrecht, 257 FN 950 [«Zu beachten ist, dass der nicht abschliessende Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG lediglich ein Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 1 KG konkretisiert. Art. 7 Abs. 2 KG ist daher – anders als etwa Art. 3 UWG im Verhältnis zu Art. 2 UWG – nicht eine Spezialnorm zu Art. 7 Abs. 1 KG. Art. 7 Abs. 2 KG ist also keine vollständige Norm, die als solche angewandt werden könnte. Eine Anwendung ist nur zusammen mit Art. 7 Abs. 1 KG möglich»]; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 20 [«Aufgrund seines Beispielcharakters ist die Anwendung von Abs. 2 immer nur in Verbindung mit der Generalklausel möglich. Daher müssen auch im Rahmen der Beurteilung von Verhaltensweisen, die unter eine Fallgruppe von Abs. 2 subsumiert werden können, stets die {…} allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen nach Abs. 1 vorliegen und entsprechend geprüft werden»]; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 114 [«Contrairement à ce que paraît indiquer une interprétation littérale {*‹réputés illicites›*; *‹als solche fallen in Betracht›*; *‹costituiscono›*; *‹may constitute›*}, l'art. 7 II LCart ne comporte ni une interdiction per se des comportements énumérés, ni même une présomption d'abus de ces comportements […]. Le comportement en cause doit être analysé à la lumière des circonstances du cas d'espèce. Le comportement n'est abusif que si les critères généraux de l'art. 7 I LCart sont remplis»]; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 4 [«Die im Beispielkatalog aufgeführten Verhaltensweisen bilden nicht eine abschliessende Aufzählung der Missbräuche, sondern sind nur als Beispiele zu verstehen {…}]. Hinzu kommt, dass bei der Prüfung ihrer Missbräuchlichkeit immer die Kriterien der Generalklausel erfüllt sein müssen, damit eine Missbräuchlichkeit diagnostiziert werden kann»]) bis heute zu folgen. Wie allerdings sogleich zu zeigen ist (s. N 70), machen sich neuerdings abweichende Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bemerkbar.

328 Ebenfalls krit. GOHARI, Diss., 69 f.

329 Entgegen einer irreführenden Bemerkung in der bundesrätlichen Botschaft 1994 (BBl 1995 I 468, 570) sind «in Artikel 7 Absatz l E» *keine «generellen Missbrauchskriterien»* enthalten; diese Ansicht des Bundesrates steht im Widerspruch zu einer fast einmütigen methodentheoretischen h.L., wonach sich eine Generalklausel dadurch auszeichnet, dass sie *materiellrechtlich* ohne konkreten Inhalt ist; dazu eingehend die Ausführungen in N 63.

330 **A.A.** CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 114: «A notre sens, la prise en considération des deux alinéas de l'art. 7 LCart comme constituant une unité ne relève pas d'un raisonnement circulaire (*contra* BSK KG-Amstutz/Carron, Art. 7 N 25 s.). Elle manifeste plutôt que la détermination d'un abus de position dominante ne saurait se baser sur une approche formelle, mais bien plutôt sur une analyse des effets – au moins potentiels – du comportement en cause». Auch wenn der zweite Satz dieses Zitats in seiner sachlichen Aussage Zustimmung verdient, stützt er das Argument des ersten Satzes nicht; beide Sätze haben inhaltlich keinen Zusammenhang miteinander; ferner ist zu bemerken, dass man beide Absätze von Art. 7 durchaus als eine Einheit («unité») betrachten kann; dagegen ist nichts einzuwenden; indes ändert das nichts am Umstand, dass das hier fragliche Dogma zu einer Zirkelschlüssigkeit von Art. 7 führt.

331 GOHARI, Diss., 69 (H.v.d.V.).

332 Vgl. WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 98 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; Sekretariat, RPW 2007/2, 174 ff. Rz 73 – Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen: «Was im konkreten Fall als Missbrauch gelten soll, kann dieser Formulierung [sc. von Art. 7 Abs. 1] nicht entnommen werden»; in diesem Sinne auch GOHARI, Diss., 69; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 7; JETZER, 174; vgl. auch BECK, 37.

333 Obwohl das hier zur Diskussion stehende bundesrätliche Dogma in den Entscheiden der Wettbewerbsbehörden und in den Urteilen des Bundesgerichts regelmässig erwähnt und seit Jahren bestätigt wird, konnten die Verfasser der vorliegenden Kommentierung in der veröffentlichten Spruchpraxis keine Stelle finden, wo die Behörden oder das Bundesgericht ausdrücklich und nachvollziehbar geprüft hätten, ob eine bejahte Tatbestandsmässigkeit im Sinne einer oder mehrerer der lit. a–f von Abs. 2 die angeblich existierenden substanziellen Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 tatsächlich erfüllen. Womöglich ist das der aussagekräftigste Nachweis, dass das bundesrätliche Dogma an einem formallogischen Denkfehler leidet.

334 BVGer, RPW 2010/2, 242 ff. E. 4.5.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007; vgl. auch BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.8.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; dazu auch N 69.

335 REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO.

336 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570.

337 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 653 – Sport im Pay-TV: «Sämtliche Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG sind in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 KG anzuwenden, welcher die allgemeinen Kriterien *in einheitlicher Weise für alle Tatbestandsvarianten festlegt*. Es wäre weder sachgerecht, bei einer einzigen Tatbestandsvariante von Abs. 2 die Hürden für den Nachweis des Missbrauchs höher zu setzen als bei den anderen Varianten bzw. der Generalklausel […]» (s. auch Rz 609 und 621; H.v.d.V.); so auch WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 351 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. ferner BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 173 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; RPW 2006/4, 544 ff. Rz 98 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

338 So wohl auch WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 653 – Sport im Pay-TV.

339 Dazu etwa BGE 142 II 425, E. 4.2.

340 Vgl. zutreffend O'DONOGHUE/PADILLA, 240.

341 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 436 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; ähnlich schon BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

342 Vgl. in diesem Zusammenhang O'DONOGHUE/PADILLA, 258.

343 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 119 (H.v.d.V.).

344 BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 33.

345 So auch HEINEMANN, Krise, 49; aus unionsrechtlicher Perspektive DERS., DIKE-KG, Nach Art. 1 N 58.

346 Dazu immer noch unerreicht SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 3 ff.

347 Dazu LARENZ, 223: «[Generalklauseln] sind nicht etwa schlechthin inhaltslos; sie sind keine ‹pseudonormativen Leerformeln› […]. Vielmehr *enthalten* sie jeweils einen spezifischen *Rechtsgedanken*, der sich zwar *jeder begrifflichen Definition entzieht*, aber durch allgemein akzeptierte Beispiele verdeutlicht werden kann. Sie erhalten ihre inhaltliche Ausfüllung durch das *übereinstimmende Rechtsbewußtsein* der zur Rechtsgemeinschaft Verbundenen, das sowohl durch *Tradition* geprägt, wie in ständiger *Neubildung* begriffen ist» (H.v.d.V.).

348 BK-MERZ, Art. 2 ZGB N 33.

349 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 244 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; so bereits BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 388 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

350 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; aus dem Schrifttum: TSCHUDIN, Rabatte, 141.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

351 Vgl. BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; **a.A.** P. REINERT, in: SHK Kartellgesetz, Art. 7 N 2, der fälschlicherweise meint, die Zulässigkeit einer marktbeherrschenden Stellung ergebe sich aus Art. 10; zum wahren Zulässigkeitsgrund einer solchen Stellung N 2 f.

352 Das erste Mal in EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 6 – Hoffmann-La Roche & Co. AG /Kommission (H.v.d.V.); WHISH/BAILEY, 198, halten diesen Satz für ein *«statement of the obvious»*; ähnlich O'DONOGHUE/PADILLA, 218; vgl. auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.061.

353 WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 242 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO.

354 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 141.

355 Vgl. statt vieler TSCHUDIN, Rabatte, 166; LÜSCHER, N 380.

356 EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 57 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission (Michelin I); vgl. ferner auch EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003: 250 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); EuG, 17.12.2003, Rs. T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343 – British Airways plc/Kommission; zum schweizerischen Recht BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 606 – Sport im Pay-TV; vgl. auch OJHA, 142 ff.; TSCHUDIN, Rabatte, 142.

357 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 408 – Verfügung, Zahlkartenterminals mit dynamischer Währungsumrechnung (Dynamic Currency Conversion; DCC) gegen SIX Group AG, SIX Multipay AG und SIX Card Solutions AG; dazu GOHARI, Diss., 457 m.Nw.

358 BELLAMY/CHILD, Rz 10.061; so auch ROUSSEVA/MARQUIS, 42.

359 Vgl. BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; so schon REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; zum Ganzen JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 117.

360 So EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 6 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; dazu statt anderer BELLAMY/CHILD, Rz 10.061.

361 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 82 m.Nw. (H.v.d.V.); TSCHUDIN, Rabatte, 141; vgl. in diesem Sinne auch BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

362 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

363 EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 114 – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission (H.v.d.V.).

364 Vgl. EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 91 ff. – Hoffmann-La Roche & Co. AG /Kommission; EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 69 – AKZO Chemie BV /Kommission; EuG, 7.10.1999, Rs. T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, Rz 5, 111 – Irish Sugar plc /Kommission; EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 54, 238 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); aus der Doktrin: JUNG, in: Grabitz/Hilf /Nettesheim, Art. 102 N 125.

365 In der europäischen Doktrin wird zuweilen die Ansicht vertreten, die Theorie der Objektivität des Missbrauchsbegriffs besage, dass es im Rahmen einer Untersuchung nach Art. 102 AEUV grundsätzlich auf die *objektiven Auswirkungen* des fraglichen Verhaltens auf die Marktverhältnisse ankommt; so z.B. BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1132 f.; diese Auffassung entspricht nicht der Praxis zu Art. 7, die mit dieser Theorie eine andere Fragestellung verknüpft, wie im Lauftext jetzt erläutert wird.

366 Vgl. GOHARI, Diss., 109; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 88; ferner BELLAMY/CHILD, Rz 10.062; AKMAN, Reform, 156; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 169; vgl. auch die Nw. bei FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 149 FN 633; ferner EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 13, 17, 29 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I).

367 RHINOW/GUROVITS, 601 (H.v.d.V.).

368 Vgl. z.B. P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 6, der die Implikationen von Art. 96 Abs. 1 BV und vor allem von Art. 1 völlig übersieht und seine Meinung entsprechend abzulehnen ist; zum Ganzen eingehend und trefflich LAO, 151 ff.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.062.

369 WEKO, RPW 2004/1, 102 ff. Rz 56 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; ferner auch RUFFNER, AJP 1996, 839.

370 Zum Ganzen statt aller GOHARI, Diss., 109 ff., m.Nw., der diese Spruchspraxis tiefgründig analysiert (mit einschlägigen Referenzen auf Sekretariats-, WEKO- und gerichtliche Entscheide).

371 Zu dieser Kontroverse ausführlich WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 343 ff. m.Nw.

372 Dass es um den Nachweis der *Strategie* – d.h. einer bestimmten Form von Verhalten – und *nicht* der Absicht geht, wird in der Prioritätenmitteilung ausdrücklich festgehalten; vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 20: «*Unmittelbare Beweise eine Behinderungsstrategie*: Hierzu zählen interne Unterlagen, die direkte Hinweise auf eine Strategie zur Ausschließung von Wettbewerbern enthalten (zum Beispiel genaue Pläne für bestimmte Vorgehensweisen, um Konkurrenten auszuschließen, den Markteintritt eines Wettbewerbers zu verhindern oder das Entstehen eines Marktes zu verhindern) oder Beweise für die konkrete Androhung behindernder Maßnahmen. Derartige direkte Beweise können helfen, das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nachzuvollziehen und zu bewerten»; diese Aussage der Kommission wird von CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 84, missverstanden: «En droit de l'Union européenne, l'abus de position dominante est défini de manière constante comme une notion objective. Le comportement d'une entreprise dominante peut être considéré comme abusif en l' absence de toute faute […]. Toutefois, la *preuve d'une intention de l'entreprise dominante d'exploiter ses partenaires commerciaux ou d'évincer ses concurrents actuels ou d'empêcher l'entrée sur le marché de concurrents potentiels facilite à l'évidence la preuve du comportement abusif* (Orientations UE Art. 82 TCE, pt 20, dernier tiret […])» (H.v.d.V.); bei der Behandlung der einzelnen Tatbestände des Beispielkatalogs wird sich sehr deutlich zeigen, dass stets ein Verhalten gesetzlich relevant ist, nie aber eine Absicht (s. N 74 ff.).

373 Dazu CARRON, Abus, 16 f.

374 Zum Ganzen CARRON, Abus, 20 ff.; AMSTUTZ/KELLER/REINERT, 114 ff. m.Nw.

375 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 21 f. – Tomra Systems ASA u.a. /Kommission (H.v.d.V.); vgl. im gleichen Sinne EuGH, 2.4.2009, C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, Rz 98 – France Télécom SA/Kommission; EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 199, 215 – France Télécom SA/Kommission; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 308 ff. (mit krit. Anmerkungen zu den praktischen Problemen dieser Beweisform), 436; BELLAMY/CHILD, Rz 10.062 m.Nw.; **a.A.** ROTH, Wettbewerber, 289.

376 So MARTENET/HEINEMANN, 113; ZÄCH, Kartellrecht, Rz 623; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 136; **a.A** P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 6.

377 Zum Ganzen ausführlich (mit einer anschaulichen Check-Liste) O'DONOGHUE/PADILLA, 279 ff.; gl. A. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 415.

378 So BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

379 Vgl. in erster Linie MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 292: «First, intent of the [… monopolist] and the mental state of his rivals […] are ambiguous. *They are also largely irrelevant; it is effects that matter* » (H.v.d.V.); so auch O'DONOGHUE/PADILLA, 309; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 81; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 345; vgl. auch das von FRANK EASTERBROOK, J., verfasste Urteil *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2nd 1396, 1401 (7th Cir. 1989): «[T]he defendant's state of mind [is] irrelevant».

380 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 Rz 71, 72 – AKZO Chemie BV/Kommission; EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 41 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II); EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 119 – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S /Kommission; in jüngerer Zeit ist der *AKZO*-Test in EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012: 172, Rz 27 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) bestätigt worden: «In seinem Urteil AKZO/Kommission, bei dem es um die Frage ging, ob ein Unternehmen Verdrängungspreise angewandt hatte, hat der Gerichtshof erstens in Randnr. 71 des Urteils festgestellt, dass Preise, die unter den durchschnittlichen ‹variablen› Kosten (d.h., die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen, grundsätzlich als missbräuchlich anzusehen sind, da davon auszugehen ist, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung mit der Anwendung derartiger Preise keinen anderen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, als seine Wettbewerber zu verdrängen. Zweitens hat er in Randnr. 72 desselben Urteils entschieden, dass Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat.»

381 Vgl. in dieser Hinsicht statt anderer WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 346, sowie BELLAMY /CHILD, Rz 10.081, jeweils m.Nw.

382 Für eine Darstellung der *praktischen* Schwierigkeiten des *AKZO*-Tests FUMAGALLI/MOTTA /CALCAGNO, 81 f.

383 Vgl. BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.4.2 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; BGE 129 II 18 E. 5.2.1; auch BVGer, RPW 2015 /3, 561 ff. Rz 388 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633 /2009; aus der wettbewerbsbehördlichen Praxis WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 607 ff. – Sport im Pay-TV.

384 MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 438 ff., 468 ff.

385 TEMPLE LANG, Abuse, 97.

386 O'DONOGHUE/PADILLA, 214 ff.

387 Z.B. FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 383; JUNG , in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 163; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 94.

388 Wir lehnen die von vereinzelten Autoren verteidigte typologische Figur des *Strukturmissbrauchs* (so z.B. ZÄCH, Kartellrecht, 314 f.) aus Gründen ab, die in N 89 ff. erläutert werden; vgl. in diesem Zusammenhang auch CARRON, Abus, 10; unsere typologische Klassifizierung muss vor allem von derjenigen abgegrenzt werden, die BELLAMY/CHILD, Rz 10.078, vorschlagen: «For the purposes of classification of different types of abuse, [… we draw] a distinction between abuses that adversely affect competition *on the market where dominance exists* as against those that restrict or distort competition *on a related market*, in particular where a dominant firm is able to harm competition on a downstream market by the leveraging of substantial market power. A classic *‹own market›* exclusionary abuse would be predatory pricing or exclusive dealing that make it difficult or impossible for competitors to establish themselves on the market on which an undertaking is dominant. *‹Related market›* exclusionary abuses include refusal to supply an essential raw material or to grant a licence of an intellectual property right or to provide access to a network needed for the purposes of competition on a downstream or related market» (H.v.d.V.); während BELLAMY/CHILD ausschliesslich auf den *«Ort»* abstellen, wo die Auswirkungen eines Missbrauchsverhaltens zu spüren sind, stellt unsere Terminologie auf die *Unternehmen* ab (die entweder *Mitbewerber* oder *Handelspartner* des Marktbeherrschers sind), die von solchen Effekten betroffen werden; beide Klassifizierungen haben ihre Vorzüge; unsere ermöglicht namentlich, zusammen mit dem *«Opfer»* und dem *«Ort»* der Missbrauchswirkungen gleichzeitig die *Struktur* der fraglichen Verhaltensweise des Unternehmens mit qualifizierter Marktmacht anzugeben.

389 Wir ziehen es vor, den Obertypus der Beeinträchtigung der Stellung der Wettbewerber auf einem Markt *«Verdrängungsmissbrauch»* zu nennen; der Vorteil dieser Begrifflichkeit besteht darin, dass man auf diese Weise zwischen *direkter* Beeinträchtigung (*«Behinderungsmissbrauch»*; *horizontale* Wettbewerbsbeschränkung; s. N 80) und *indirekter* Beeinträchtigung der Konkurrenz («Marktverschliessung»; *vertikale* Wettbewerbsbeschränkung; s. N 81 f.) auf klare Weise unterscheiden kann; damit weichen wir von der üblichen Terminologie der WEKO und des Sekretariats bewusst ab, die eine andere Typologie verwenden, welche freilich *in der Sache* mit unserer deckungsgleich ist, allerdings unserer Meinung nach weniger deutlich die Struktur der verschiedenen Missbrauchsformen kenntlich zu machen vermag; vgl. z.B. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 607 – Sport im Pay-TV: «Unter den Begriff der Behinderung [sc. als Obertypus verstanden] der Ausübung des Wettbewerbs lassen sich eine Vielzahl von Formen subsumieren: disziplinierende Behinderung, die marktliche Errungenschaften von Konkurrenten zu zerstören sucht, die preisliche Behinderung und die strategische Behinderung, die andere Wettbewerbsparameter als den Preis betrifft. Bei der Behinderung […] spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert. […]. Behinderungsmissbrauch umfasst […] sämtliche Massnahmen beherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich unmittelbar gegen aktuelle und potentielle Wettbewerber richten […]».

390 Zu diesem Begriff AMSTUTZ, Globale Unternehmensgruppen, 33 ff.

391 Zustimmend BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72: wiederholt jüngst in BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

392 ESSER, 10 ff.; dazu statt anderer AMSTUTZ, AcP 2018, 444 ff.

393 BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 608 – Sport im Pay-TV; ähnlich VENTURI/FAVRE, 19.

394 SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 173.

395 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 115.

396 Vgl. z.B. BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Rz 196 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; ferner auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 92; MARTENET/HEINEMANN, 124 ff.; GOHARI, Diss., 8; RUFFNER, AJP 1996, 838; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 214 ff.; BÜYÜKSAGIS, 59.

397 Vorliegend verwenden wir die Terminologie der Prioritätenmitteilung nicht, die das Wort «Behinderungsmissbrauch» als Oberbegriff benutzt (vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 2); in dieser Kommentierung stellt der Ausdruck «Verdrängungsmissbrauch» den Oberbegriff dar, der die zwei Unterbegriffe «Behinderungsmissbrauch» und «wettbewerbswidrige Marktverschliessung» umfasst, und zwar in dem Sinne, wie diese Vokabeln im Fliesstext erläutert werden; als *caveat* sei auf den Umstand hingewiesen, dass der Verdrängungsmissbrauch eine *analytisch komplexe* Verhaltenskategorie ist, auf die vertieft im Rahmen der Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. e eingegangen wird; vgl. N 625 ff.

398 Zu diesen beiden Verdrängungsverhaltenskategorien BORK, Per Se Concept I, 775 f., namentlich 776: «These two basic methods of injuring competition are, nevertheless, so dissimilar analytically that it is desirable to view them separately whenever basic theory is under discussion».

399 AKMAN, Exploitatives Abuses, 3 f.; demgegenüber BGer, 12.2.2020, 2C.113/2017, E. 6.1 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich: «Bei der Behinderung sowohl der Aufnahme als auch der Ausübung des Wettbewerbs spielt es keine Rolle, ob sich diese auf dem Markt des Marktbeherrschers oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt aktualisiert»; diese vor Jahren nicht selten vertretene Auffassung ist inzwischen veraltet; in der Union z.B. hat man spätestens mit der Prioritätenmitteilung von 2009 ein derart breites Verständnis des Begriffs «Behinderungsmissbrauch» aufgegeben; mit gutem Grund: Diese begriffliche Breite ist der Präzision der Analyse insofern abträglich, als die Verhaltensstruktur bei Behinderungsmissbrauch und diejenige bei Marktverschliessung grundlegend anders gestaltet sind; differenziert man in diesem Bereich zwischen den zwei erwähnten Verhaltensstrukturen nicht strengstens, drohen analytische Fehler, was in industrieökonomisch besonders komplexen Fragen wie jene des qualifizierten Marktmachtmissbrauchs schnell zu Entscheidungsfehlern 1. oder 2. Ordnung führt (s. N 123 ff.).

400 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 15.

401 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 214 f., 237.

402 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 397.

403 Dazu allgemein AKMAN, Reform, 153 ff.

404 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 15.

405 Zu diesem Begriff grundlegend EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19; vgl. etwa BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

406 Vgl. GOHARI, Diss., 334 ff.

407 Damit will keineswegs gesagt sein, dass die Feststellung eines Verdrängungsverhaltens und der davon ausgelösten Produktionslimitierung entbehrlich ist; das Gegenteil trifft zu; während aber der Nachweis eines solchen Verhaltens keine vertiefte Marktanalyse verlangt, ist eine solche für die Frage der Wettbewerbsbeeinträchtigung, also namentlich für die Schädigung der Konsumentenwohlfahrt unerlässlich; dazu eingehend N 84 i.f.

408 **A.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 236, die dafür halten, dass ein Verdrängungsmissbrauch die Konsumentenrente sowohl direkt als auch indirekt beeinträchtigen kann; dem ist nicht zu folgen: Nur ein Ausbeutungsmissbrauch vermag den Verbraucher direkt zu schädigen; vgl. N 87; ferner EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 176 – Deutsche Telekom AG/Kommission; BELLAMY/CHILD, Rz 10.057; O'DONOGHUE/PADILLA, 215.

409 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 215.

410 «Ineffizienz» ist kein absolutes, sondern notwendig ein relatives Mass, d.h. ein Mass, das bezogen auf eine bestimmte Grösse – z.B. relativ zur Effizienz des Marktbeherrschers – bestimmt werden muss; dazu N 115.

411 O'DONOGHUE/PADILLA, 245 (H.v.d.V.).

412 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 21 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I).

413 So hatte etwa im Urteil *United Brands* der EuGH als missbräuchlich erkannt, dass der Marktbeherrscher einen Abnehmer nicht mehr belieferte, weil dieser an einer Werbekampagne eines Konkurrenten des Marktbeherrschers teilgenommen hatte; EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 182 ff. – United Brands/Kommission.

414 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 216 m.Nw.

415 Vgl. BGE 139 I 72 E. 10.1.1.

416 Vgl. etwa BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; aus der Wettbewerbstheorie: KRATTENMAKER/SALOP, 209 ff.; RUFFNER, AJP 1996, 838; ferner auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 520, 564.

417 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.5 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 ; BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 388 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

418 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.057: «The Court of Justice has interpreted Article 102 [also] as applying […] to practices which may cause damage to consumers *directly* […]» (H.v.d.V.); ferner auch AKMAN, Reform, 152; BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1093; JUNG, in: Grabitz/Hilf /Nettesheim, Art. 102 N 166; MARTENET/HEINEMANN, 125; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 92; OJHA, 216.

419 O'DONOGHUE/PADILLA, 214 f.; ferner auch JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 166 ff.; CARRON, Abus, 10.

420 Dazu die trefflichen Ausführungen in BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

421 Zur ratio der Bekämpfung dieses Missbrauchs FLETCHER/JARDINE, 539 ff.; ROBERTS, 871 ff.

422 Demgegenüber scheinen VENTURI/FAVRE, 18, anders als vorliegend, nur «reine» Strategien des Ausbeutungsmissbrauchs zu anerkennen.

423 Vgl. EuGH, 27.3.1974, Rs. 127/73, ECLI:EU:C:1974:25, Rz 6 ff. – Belgische Radio en Televisie/SABAM und NV Fonior.

424 Vgl. TEMPLE LANG, CMLR 1979, 358; CARRON, Transactions, Rz 468 ff.

425 Konkret geht es dabei in erster Linie um die Fallgruppe von Art. 7 Abs. 2 lit. c (s. N 351 ff.) und um diejenige der Preis-Kosten-Schere (s. N 517 ff.).

426 Auf den Einwand hin, *der wettbewerbspolitische Standard* des Kartellgesetzes sei *zweckbestimmt* (s. N 114), ist zu antworten, dass eine «zwecklose» Gesetzgebung unvorstellbar ist; eine derartige Gesetzgebung wäre für einen Rechtsanwender nicht zu handhaben; dazu die Ausführungen in FN 144 und FN 617.

427 Zu dieser Frage ausführlich FN 8, 252.

428 CARLTON, Antitrust, 173.

429 Zum Ganzen AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, 151 ff.

430 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 93; so auch RUFFNER, AJP 1996, 845.

431 EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22 – Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission; vgl. JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 325 ff.

432 Vgl. MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 413 m.Nw.

433 EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rz 26 – Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission.

434 HACKER, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Fusionskontrollverordnung/Einleitung N 1.

435 MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 412 ff.

436 Vgl. zur *post*-VO 4064/89-Praxis und -Rechtsprechung BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 378, 383 f.

437 Vgl. zum Ganzen eingehend BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 378 ff., der zwar aus Gründen der Rechtsquellenhierarchie die weitere Geltung des Strukturmissbrauchsverbotes gemäss Art. 102 AEUV nach Erlass der VO 4064/89 bejaht (*op. cit.*, N 378), aber anschliessend bemerkt, dass dieses Verbot heute «praktisch kaum noch Bedeutung» hat (*op. cit.*, N 378).

438 **A.A.** CHERPILLOD, 102 Rz 440.

439 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 78.

440 VENTURI/FAVRE, 18; wohl in diesem Sinne, wenn auch nicht ausdrücklich BORER, Kommentar KG, Art. 9 N 19.

441 STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 164.

442 Zusammenfassend CHERPILLOD, 251 Rz 1158 ff.

443 WEKO, RPW 2003/3, 514 ff. Rz 42 – Credit Suisse/Bank Linth; vgl. auch Sekretariat, RPW 2006/3, 449 ff. Rz 41 – Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen, wo diese Definition wiederholt wird.

444 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 520.

445 ZÄCH, in: SIWR V/2, 197.

446 ZÄCH, in: SIWR V/2, 197; gl.A. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 164 ff.; **a.A.** CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 78; BORER, Kommentar KG, Art. 9 N 23.

447 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 78; BORER, Kommentar KG, Art. 9 N 23.

448 DUCREY/DROLSHAMMER, in: Homburger et al., Art. 9 N 3; DUCREY, in: SIWR V/2, 245 f.

449 CHERPILLOD, 253 Rz 1171.

450 CHERPILLOD, 253 Rz 1174.

451 CHERPILLOD, 117 Rz 498; in diesem Sinne auch CR Concurrence-VENTURI, Vor Art. 9–10 N 42 ff.; VENTURI/FAVRE, 4.

452 Sekretariat, RPW 2006/3, 449 ff. – Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen.

453 Sekretariat, RPW 2006/3, 449 ff. – Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen: Der zu prüfende Missbrauch stelle eine «Teilmenge von Ausbeutungs- oder Behinderungsmissbrauch» dar.

454 Sekretariat, RPW 2006/3, 449 ff. Rz 60 – Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen.

455 Sekretariat, RPW 2003/1, 87 ff. Rz 59 – VSW-Aufnahmebedingungen.

456 WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Rz 196 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

457 WEKO, RPW 2003/3, 514 ff. Rz 42 – Credit Suisse/Bank Linth.

458 BGE 103 Ia 501, E. 7.

459 BGE 120 III 131, E. 3.b.

460 BGE 99 V 19, E. 2.

461 Sekretariat, RPW 2006/3, 449 ff. – Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen.

462 Sekretariat, RPW 2003/1, 87 ff. Rz 59 – VSW-Aufnahmebedingungen; WEKO, RPW 2003/3, 514 ff. Rz 42 – Credit Suisse/Bank Linth; WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Rz 196 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

463 CHERPILLOD, 102 Rz 439.

464 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 469, 491.

465 Vgl. dazu BOY, 219.

466 Vgl. auch RAISCH, 369.

467 MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 413.

468 Da ein Verhalten in einem generellen Sinne als «Prozess» zu verstehen ist, kann hier etwa auf den von LUHMANN, 388, herausgeschälte Unterschied zwischen *Prozess*- und *Struktur*begriff

verwiesen werden; erst wenn auf dieser oder auf vergleichbarer, wissenschaftlich fundierter Basis gearbeitet wird, besteht die Aussicht auf gehaltvolle Einsichten in dieser Frage.

469 Deshalb ist es auch unzutreffend, wenn HOPT, 253, meint: «Auch der Mißbrauchstatbestand ist ein komplexer Versuch, aus Marktverhaltens, *Marktstruktur*- und Marktergebnistests zu bestimmten Fallgruppen mißbräuchlichen Verhaltens vorzustoßen» (H.v.d.V.); schon die implizite Herkunft der vorgetragenen Überlegung, nämlich die frühe Harvard-Schule (vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 511), deutet darauf hin, dass man es mit veraltetem Gedankengut zu tun hat (und dies bereits 1985, Jahrgang der Veröffentlichung von HOPTs Beitrag).

470 Es liesse sich hiergegen einwenden, dass der Grundsatz der «besonderen Verantwortung» des marktbeherrschenden Unternehmens (s. N 72 f.) eine *Rechtsfolge* darstelle; dem könnte nicht gefolgt werden; denn dieser Grundsatz wird erst aktuell, wenn sich das Unternehmen in beherrschender Stellung «zu verhalten» beginnt; m.a.W. setzt dieser Grundsatz eine in der Lebenswelt wahrnehmbare Verhaltensweise voraus; aus dem blossen Zustand der Marktbeherrschung als solchem ergeben sich keinerlei juristischen Folgen.

471 Vgl. CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 78.

472 Zwar stehen durchaus Bestandteile von Missbrauchsanalysen zur Verfügung; aber umfassende sind zurzeit keine vorhanden; eine Übersicht dieser Elemente von Missbrauchsanalysenmethoden findet man sehr ausführlich dargestellt bei WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 343 ff.; ferner auch GOHARI, Diss., 315 ff.; für die europäische Missbrauchsaufsicht von Art. 102 AEUV BELLAMY /CHILD, Rz 10.059 ff.

473 STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 97 f. (H.v.d.V.).

474 Wir verwenden die in Anführungszeichen gesetzten Begriffe im Sinne der vom Bundesgericht festgelegten Terminologie; vgl. ‹https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?lang=de› (20.5.2021).

475 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217, wo das Gericht die folgenden im Kontext relevanten Ausführungen vorträgt: «[…] Art. 7 Abs. 1 KG [wird] im Hinblick auf Kosten-Preis-Scheren dadurch konkretisiert, dass […] Kosten-Preis-Scheren Elemente aufweisen, die auch Elemente der in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Verhaltensweisen sind (vgl. z.B. AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 376 zu Art. 7 KG). Auch hier lässt sich aus den bereits genannten Gründen folgern, dass diese ebenfalls in der *Missbrauchsanalyse* nach Art. 7 Abs. 1 KG berücksichtigt werden müssen. Insofern gewinnt Art. 7 Abs. 1 KG in Bezug auf Kosten-Preis-Scheren dadurch bereits Klarheit» (H.v.d.V.); ob hier das Bundesgericht mit der Verwendung der Vokabel «Missbrauchsanalyse» irgendetwas ankündigen wollte (z.B. eine Praxisänderung, eine Neuausrichtung der wettbewerbspolitischen Agenda oder dergleichen mehr)? Wohl kaum: Zieht man namentlich den in dieser Passage gewählten Duktus und, genereller, den Stil, in welchem der wiedergegebene Text verfasst worden ist, in Betracht, gewinnt man kaum den Eindruck, das Gericht sei mit dem fraglichen Wort im Begriff, für die künftige Anwendung von Art. 7 irgendwas wie eine neue Methodik entwickeln zu wollen.

476 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.); vgl. auch BGer, RPW 2011/3 440 ff. E. 4.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199, wo noch «zivilistischer» (und nicht wirtschaftsrechtlich-funktional; s. N 29 f.) gedacht wird: «Der Sinn von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist durch Auslegung zu ermitteln. Eine abschliessende höchstrichterliche Rechtsprechung zur Tragweite von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG gibt es bisher nicht (vgl. immerhin BGer, RPW 2004/2, 640, E. 3.4.3 – Sellita Watch Co SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse; BGer, RPW 2003/4, 925, E. 6.5 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commision de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence)»; fragwürdig demgegenüber BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.2–8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

477 GOHARI, Diss., 260; ferner TSCHUDIN, Rabatte, 57 ff.; ROTH, Wettbewerber, 97 ff.; auch in der Union kämpft man mit dem im Lauftext dargestellten Problem; vgl. etwa BELLAMY/CHILD, Rz 10.059: «The examples set out at Article 102(a)–(d) specify categories of prohibited conduct, using pejorative wording such as ‹unfair› pricing or trading conditions or output restrictions operating ‹to the prejudice of consumers›, discrimination that places trading partners ‹at a competitive disadvantage›, and the imposition of supplementary obligations which ‹by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject matter of such contracts›. A practical difficulty with concepts such as ‹unfair› and ‹competitive disadvantage› is that they are unclear in their scope and highly dependent on their application to the facts of a given case, such that distinguishing between conduct on the part of a dominant firm which is permissible and conduct which is prohibited as abusive is difficult. Given the wide powers available to the Commission and the national competition authorities to investigate and punish breaches of Article 102, the prohibition under Article 102 should not be so uncertain as to render its application in an individual case difficult to predict».

478 Dieser Ausdruck stammt von GOHARI, Diss., 261, 345, 545.

479 Doktrinelle Vorschläge werden wir beiseitelassen; solche werden in folgenden Werken ausführlich vorgestellt: GOHARI, Diss., 332 ff.; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 342 ff.

480 Vgl. zumal WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 442 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 100 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. Rz 101 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz.

481 Der höchstrichterliche Grundsatzentscheid zum «dualen Prüfraster» ist BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72: «[… Ob] eine unzulässige Verhaltensweise [vorliegt …, ist] anhand des dualen Prüfungsmusters zu eruieren […]: In einem ersten Schritt sind die Wettbewerbsverfälschungen (d.h. Behinderung bzw. Benachteiligung von Marktteilnehmern) herauszuarbeiten und in einem zweiten Schritt mögliche Rechtfertigungsgründe (‹legitimate business reasons›) zu prüfen. Unzulässiges Verhalten liegt dann vor, wenn kein sachlicher Grund für die Benachteiligung bzw. Ausbeutung oder die Behinderung vorliegt (vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 569, 572; CLERC, a.a.O., N. 162 zu Art. 7 KG;P. REINERT, in: Baker & McKenzie, a.a.O., N. 5 zu Art. 7 KG; BORER, a.a.O., N. 9 ad Art. 7 KG; RUFFNER , a.a.O., S. 838, 840; AMSTUTZ/CARRON, a.a.O., N. 57 ff., 155 ad Art. 7 KG; ZÄCH, Verhaltensweisen, a. a.O., S. 206; TSCHUDIN, a.a.O., S. 144 ff.)»; vgl. sodann die Bestätigung dieser Rechtsprechung in BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.3–6.2.5 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; zum Ganzen auch BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 388 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

482 Ganz verschwunden ist dieser Stil aus der gegenwärtigen Praxis und Rechtsprechung nicht; so sind etwa noch dem *Mobilfunk*-Urteil des Bundesgerichts vom 11.4.2011 die symptomatischen Sätze zu entnehmen: «Der Sinn von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG ist *durch Auslegung zu ermitteln*. Eine abschliessende höchstrichterliche Rechtsprechung zur Tragweite von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG gibt es bisher nicht (vgl. immerhin BGer, RPW 2004/2, 640, E. 3.4.3 – Sellita Watch Co SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse; BGer, RPW 2003/4, 925, E. 6.5 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commision de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence). Im Schrifttum werden dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten, wobei regelmässig auf die Unklarheit der Regelung verwiesen wird (vgl. dazu etwa AMSTUTZ/CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N. 295 ff. zu Art. 7 KG; CLERC, a.a.O., N. 185 ff. zu Art. 7 KG; PETER REINERT, in: Kartellgesetz, Baker & McKenzie [Hrsg.], 2007, N. 23 ff. zu Art. 7 KG)» (BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199; H.v.d.V.); man muss sich darüber bewusst werden, dass im modernen Wirtschaftsrecht angesichts der hohen Komplexität der Materie, (fast) nur noch mit *Generalklauseln* und *Ermessensbegriffen* gearbeitet wird; in dieser Hinsicht ist die Zeit der klassischen «Auslegung» zwar nicht ganz um, aber tendenziell doch auf dem Abstieg; ausgedrückt will damit sein, dass wir zunehmend *«einlegen»*, und immer weniger *«auslegen»*; deshalb ist es so zentral, dass wir uns im Klaren darüber sind, dass im Wirtschaftsrecht methodologisch ein *«Denken in Funktionen»* unerlässlich ist (s. N 29 f.).

483 Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen in FN 144.

484 Als Beispiel kann der Fall WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 606 ff. – Sport im Pay-TV, erwähnt werden, wo der «lehrbuchmässige» Teil folgendermassen aufgebaut ist: (1) Feststellung, dass eine marktbeherrschende Stellung nicht verboten ist, (2) dass sie aber mit einer «besonderen Verantwortung» verbunden ist; (3) der Tatbestand von Art. 7 ist erst erfüllt, wenn zur Marktbeherrschung als zusätzliches Element eine unzulässige Verhaltensweise hinzukommt; (4) die Verwirklichung eines Missbrauchs erlaubt ein selbständiges Verhalten auf dem Markt; (5) typologisch kann zwischen Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden, (6) welche im Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 vorkommen; allerdings sind diese Beispiele erst dann als tatbestandsmässig zu betrachten, sofern sie die Merkmale von Art. 7 Abs. 1 erfüllen; (7) sodann wird das duale Prüfraster mit seinen zwei Untersuchungsthemen vorgestellt (Wettbewerbsbeeinträchtigung einer- und Rechtfertigungsmöglichkeit andererseits); (8) ausgeführt wird daraufhin, dass der Massstab der Missbräuchlichkeit «[…] einerseits der Institutionen- und andererseits der Individualschutz oder mit anderen Worten die Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb [bildet]»; (9) übergegangen wird danach auf die Prüfung der Tatbestandsmerkmale der inkriminierten Missbrauchsvariante; (10) es kommt abschliessend zur Untersuchung der Frage, (11) ob *legitimate business reasons* vorliegen und (12) ob der Wettbewerb beschränkt ist; repräsentativ für diesen Erwägungsstil ferner WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 615 ff. – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 492 ff. – Supermédia. Ersichtlich hat dieser Stil der Entscheidbegründung nur einen pädagogischen, aber keinen analytischen Wert. Deshalb fragt sich, ob dieses Schema nicht radikal revidiert werden sollte, um einem wirtschaftsrechtlich-funktionalen Prüfraster gänzlich Platz zu machen.

485 Vgl. etwa (im Sinne einer unvollständigen Übersicht) WEKO, RPW 2004/3, 674 ff. Rz 91 ff., 122 – Markt für Schlachtschweine – Teil A; WEKO, RPW 2006/2, 261 ff. Rz 135 ff. – Emmi AG/Aargauer

Zentralmolkerei AG AZM; WEKO, RPW 2010/4, 646 ff. Rz 218 ff. – Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra; WEKO, RPW 2014/3, 153 ff. Rz 50 ff. – Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 602 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2019/3a, 606 ff. Rz 1638 ff. – Badezimmer (1. Teil), 2. Teil im RPW 2019/3b; vgl. ferner auch das Gutachten von C. Christian von Weizsäcker vom 10.7.2000 über die ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Wettbewerbskommission, RPW 2000/3, 510 ff.

486 Dazu GOHARI, Diss., 295 f. mit einem Fallbeispiel.

487 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 513, wo folgender Passus für das Verständnis, das im Lauftext angegeben wird, zu sprechen scheint: «Das Konzept des wirksamen Wettbewerbs im hier verstandenen Sinn impliziert […] den weitgehenden Verzicht auf eine instrumentalistisch ausgerichtete Wettbewerbspolitik; es konzentriert sich stattdessen auf die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte. Eine entsprechend ausgerichtete Wettbewerbspolitik ist der beste Garant für einen sparsamen Umgang mit volkswirtschaftlichen Ressourcen und dient damit letztlich wohl auch dem Gesamtinteresse am besten. […] [E]in im vorliegenden Sinne verstandenes Konzept des wirksamen Wettbewerbs [vermag] auch das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung weit besser zu schützen als eine instrumentalistische Wettbewerbspolitik, welche die Wettbewerbshandlungen des [E]inzelnen unmittelbar in den Dienst des ‹Gesamtinteresses› stellt»; zum Ganzen auch GOHARI, Diss., 303 ff. m.Nw.

488 So GOHARI, Diss., 310.

489 SCHLUEP, AJP 1996, 807; dazu auch die Ausführungen in N 6.

490 Vgl. etwa HANGARTNER, 57.

491 BGer, RPW 2009/1, 109 ff., E. 3.1.2 – Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission betr. Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro Interchange Fee) = BGE 135 II 60 (H.v.d.V.).

492 BGer, RPW 2009/1, 109 ff., E. 3.1.2 – Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission betr. Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro Interchange Fee) = BGE 135 II 60 (H.v.d.V.).

493 Dazu die Ausführungen in der Kommentierung von Art. 2 N 10 ff.

494 BGE 139 II 328 E. 3.4 (H.v.d.V.); so auch BVGer, 18.12.2018, B-381/2011, Rz 611 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

495 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.); nahezu gleiche Formulierung in BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 3.4 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72: «Das Bundesgericht hatte bisher nicht zu entscheiden, ob die Kartellgesetzgebung die Konkurrenten untereinander in eine besondere Beziehungsnähe versetzt. Allerdings hat das Bundesgericht mit Bezug auf die Konkurrentenbeschwerde im Bereich des Versicherungswesens darauf hingewiesen, dass die Interessen der Konkurrenten an einem wirksamen Wettbewerb über das Wettbewerbsrecht und insbesondere die Kartellgesetzgebung geschützt werden […]. Im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung des Art. 48 VwVG ist zu berücksichtigen, dass die Konkurrentenbeschwerde im Bereich der Kartellgesetzgebung dazu beiträgt, *die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der Konkurrenten* […] *und damit wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten* (Art. 96 BV)» (H.v.d.V.).

496 Die Ausgangslage der Problematik schildert BULST, RabelsZ 2009, 719 ff., in sehr anschaulicher Weise.

497 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570.

498 So der in der Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570, geschöpfte Begriff.

499 BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v. d.V.).

500 Der entscheidende Satz in der Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570, welcher das hier angesprochene Dogma aufstellt, lautet: «Jeder einzelne Sachverhalt muss […] dahingehend überprüft werden, ob die in Artikel 7 Absatz l E *enthaltenen generellen Missbrauchskriterien* erfüllt sind» (H.v.d.V.); wie in N 63 gezeigt, ist Art. 7 Abs. 1 eine *Generalklausel*, die nach den Regeln der Allgemeinen Rechtslehre *unmöglich* «generelle Missbrauchskriterien» enthalten kann; dementsprechend gründet das bundesrätliche Dogma auf einer *rechtstheoretischen Chimäre* und deshalb auch auf einem *juristischem Irrtum* (s. N 69 ff.); dieser Umstand führt denknotwendig zum Befund, dass das bundesrätliche Dogma eine *Irrlehre* darstellt.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

501 Demgegenüber steht das Bundesverwaltungsgericht diesem Dogma skeptisch gegenüber; zum Ganzen – mit den einschlägigen Hinweisen auf das Fallrecht dieser Instanz – die Ausführungen in N 70 f.

502 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 653 – Sport im Pay-TV (H.v.d.V.; dazu auch *op. cit.*, Rz 609, 621); dazu vor allem GOHARI, Diss., 404 f.

503 Vgl. nebst WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 653 – Sport im Pay-TV; namentlich BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 351 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 173 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; WEKO, RPW 2006/4, 544 ff. Rz 98 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

504 Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings der Sonderfall der *preisbezogenen Diskriminierung*; dazu die Erläuterungen in N 339 ff.

505 Wie in N 296 ff. ausführlich dargestellt, sind die Effekte dieser zwei Missbrauchsvarianten insofern verschiedenartig, als man es im Fall der *secondary-line discrimination* effektiv mit einer gezielten Diskriminierung von Handelspartnern zu tun hat, währendem die *primary-line discrimination* die Rivalen des Marktbeherrschers auf dem beherrschten Markt nicht diskriminiert, sondern undifferenziert verdrängt.

506 An dieser Stelle gilt es auf die Existenz einer *«de facto»*-Praxis der Wettbewerbsbehörden und des Bundesgerichts hinzuweisen (vgl. diesbezüglich auch FN 505): Diese Instanzen halten sich in ihren Entscheidungen nicht an ihre wiederholten Erklärungen, dass sie an einem einheitlichen Unzulässigkeitsmassstab festhalten (was in der Sache zu begrüssen ist); viele Beispiele können genannt werden, um diese Tatsache aufzuzeigen; hier sei zur Illustration nur auf die sorgfältige Analyse sämtlicher Art. 7 Abs. 2 lit. a betreffender Fälle der WEKO, des Sekretariats und der Gerichte bis Ende 2016 hingewiesen, die GOHARI, Diss., 381 ff., durchgeführt hat; diese Studie zeigt, dass diese Instanzen seit längerer Zeit bei der Anwendung von lit. a *unterschiedliche* Unzulässigkeitsmassstäbe verwenden. Aus dieser Studie sei nur ein Passus, der die Praxis der WEKO betrifft, wiedergegeben, der die wahre Sachlage resümiert: «Der Missbrauchsstandard der WEKO für Verweigerungen von Geschäftsbeziehungen hat eine beachtliche Entwicklung durchgemacht. Zögerte die Behörde in den frühen Fällen noch, Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG als einzige oder zentrale Gesetzesgrundlage zu nennen, benutzt sie in den jüngeren Fällen einen zunehmend durchdachten und auf diesen Artikel zugeschnittenen Standard»; das bedeutet zumal, dass der Missbrauchsstandard unter lit. a dogmatische und wertungsmässige Unterschiede zu Missbrauchsstandards aufweisen kann (und in der Tat auch aufweist, wie das Beispiel der lit. d zeigt), die bei anderen Missbrauchstypen von Art. 7 Abs. 2 angewendet werden.

507 Nachgewiesen wurde in N 69, dass das Dogma, die Untersuchung von Sachverhalten, die unter einen der Tatbestände der Fallbeispiele von Art. 7 Abs. 2 fallen, habe in Verbindung mit den (wohlgemerkt: nicht existierenden) Merkmalen des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 1 zu erfolgen, inhaltsleer und rechtsmethodisch verfehlt ist; wie jede Generalklausel muss auch Art. 7 Abs. 1 durch die Methode der *Fallgruppenbildung* konkretisiert werden, was Art. 7 Abs. 2 ja gerade anstrebt (s. N 68 ff.).

508 Vgl. FN 1989.

509 MARSDEN/BISHOP, 258.

510 Vgl. SALOP, Standard, 336; ferner auch GOHARI, Diss., 273.

511 Vgl. in diesem Zusammenhang auch CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Article premier N 7.

512 Art. 4 Abs. 2 definiert das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung, die als solche zulässig ist (s. N 72); allerdings bedeutet dies nicht, dass Art. 4 Abs. 2 *nicht* Träger einer *wettbewerbspolitischen Wertung* wäre; das Gegenteil trifft zu: Weil mit der Erfüllung des Tatbestands der Marktbeherrschung industrieökonomisch besagt wird, dass durch die Präsenz eines beherrschenden Unternehmens auf dem Markt der Wettbewerb bereits geschwächt ist (s. N 72), wird an die Erfüllung des Beherrschungstatbestandes eine Rechtsfolge angebunden, die in der Entstehung einer *«besonderen Verantwortung»* des Marktbeherrschers (s. N 72 f.) besteht; vgl. zu diesem Punkt eingehend die Ausführungen in der Kommentierung von Art. 2 N 43 ff.

513 Vgl. hierzu die Ausführungen in der Kommentierung von Art. 2 N 39 ff.

514 Vgl. allerdings FN 127.

515 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

516 BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v. d.V.).

517 Dazu GOHARI, Diss., 332 f. m.Nw.; einen kurzen, aber aufschlussreichen Bericht über die Entwicklung und schliesslich Abschaffung der *per se*-Regel unter Art. 102 AEUV (in der Form, wie sie in EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 258 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II), zugrundegelegt wurde) geben ZENGER/WALKER , 205 ff.; es ist darauf hinzuweisen, dass der prinzipielle Ausschluss von *per se*-Regeln aus dem Recht der Missbrauchskontrolle vereinzelte Ausnahmen kennt; vgl. in dieser Hinsicht die Erläuterungen in N 139.

518 Vgl. namentlich EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 73 – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark II); EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 29 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência; zu diesem Ausschluss von *per se*-Verboten und vergleichbaren Untersuchungsvereinfachungen aus der Missbrauchskontrolle BELLAMY/CHILD, Rz 10.064 m.Nw.; O'DONOGHUE/PADILLA, 269 m.Nw.; HEINEMANNN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 87 FN 189.

519 BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v. d.V.).

520 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.064.

521 Vgl. zuletzt BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217: «Massstab für die Frage, ob es sich um zulässige oder unzulässige Verhaltensweisen handelt, bildet […] die *Gewährleistung von wirksamem Wettbewerb*» (H.v.d.V.); mit den in diesem Zitat von uns in kursiv gesetzten Vokabeln wird evident, dass das Bundesgericht sich für einen *effects-based approach* entschieden hat; zum Ganzen eingehend die Ausführungen in N 127.

522 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 250 – Deutsche Telekom AG/Kommission: «[Es …] ist vorab festzustellen, dass das Gericht in den Randnrn. 234 bis 244 des angefochtenen Urteils zu Recht das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen hat, wonach bereits das bloße Bestehen einer Preispolitik eines beherrschenden Unternehmens, die zur Beschneidung der Margen seiner zumindest ebenso effizienten Wettbewerber führe, einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EG [jetzt: Art. 102 AEUV] darstelle, ohne dass eine wettbewerbswidrige Wirkung darzutun wäre»; vgl. ferner die Rechtsprechungsnachweise in BELLAMY/CHILD, Rz 10.064 FN 260.

523 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 20 (H.v.d.V.).

524 Dazu eingehend ZENGER/WALKER, 207 ff.

525 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 64 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

526 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 62 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB (H.v.d.V.).

527 Der hier fragliche Begriff der «Eignung» setzt somit genau besehen eine zusätzliche Anforderung an den fraglichen Nachweis voraus: Ausgedrückt wird mit diesem Begriff, dass das Genügenlassen einer «potenziellen Wirkung» sich lediglich dann rechtfertigt, wenn trotz «Eignung» der Wirkung «[…] das angestrebte Ziel, d.h. die Verdrängung [… von] Wettbewerber[n], [aus irgendeinem Grund] letztlich nicht erreicht wird»; so EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 65 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

528 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 63 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

529 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 65 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II).

530 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

531 ZENGER/WALKER, 185.

532 Vgl. MARSDEN/BISHOP, 259.

533 Es sei an dieser Stelle in Erinnerung gerufen, dass Ausgangspunkt dieses Abschnitts eine Kritik am dualen Prüfraster der höchstrichterlichen Rechtsprechung war (s. N 100 f.), die u.a. den mit diesem Prüfraster einhergehenden ausnehmend breiten und eben darum staatsrechtlich heiklen Ermessensbereich der Behörden problematisierte; der im vorliegenden Abschnitt entwickelte dreipolige Rahmen (s. N 110 f.) zur verfassungs- und wettbewerbsrechtlichen Einbindung der Missbrauchsanalyse zielt zumal darauf ab, diesen Bereich durch eine Schmälerung seiner Reichweite rechtsstaatlich zu fundieren; von dieser Perspektive scheint ROTH, Wettbewerber, 339 f., abzuweichen, wenn er schreibt: «Der Anspruch des *more economic approach*, über eine

einzelfallweise *theory of harm* [sc. Missbrauchsstandard] hinsichtlich der Unzulässigkeit des inkriminierten Verhaltens zu verfügen, sieht sich bedeutenden Schwierigkeiten bei seiner Umsetzung gegenüber: Ein notwendigerweise erhöhter diskretionärer Spielraum der rechtsanwendenden Behörden steigert die Verfahrenskosten und ist der Rechtssicherheit abträglich».

534 Seit einigen Jahren geht die Industrieökonomik sogar davon aus, dass der *«form-based approach»* wettbewerbsbeeinträchtigende Folgen auslösen kann; vgl. statt anderer ZENGER/WALKER, 205: «What the evidence on the effects of unilateral conduct does imply, however, is that form-based prohibitions will inevitably deter and inhibit wide ranges of intrinsically pro-competitive conduct».

535 ZENGER/WALKER, 195.

536 Was die in der vorliegenden Kommentierung von Art. 7 verwendete Teminologie anlangt, so gilt es zu präzisieren, dass der *wettbewerbspolitische Standard* des Kartellgesetzes – als *Endzweck* des Erlasses – nicht mit dem *Schutzobjekt* des Kartellgesetzes – dem *Wettbewerb als Institution* – verwechselt werden darf; dieses Schutzobjekt wird in N 103 ff. näher behandelt.

537 BLAIR/SOKOL, 474.

538 Vgl. zu den Schwierigkeiten, in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Rechtsmethode für die vom Bundesrat begründete Theorie (Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570) zu finden, wonach ein Tatbestand aus dem Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 nur dann den subsumierten Sachverhalt mit einem Missbräuchlichkeitsbefund versehen kann, wenn auch die in Art. 7 Abs. 1 vermeintlich «enthaltenen *generellen Missbrauchskriterien*» Beachtung gefunden haben; vgl. die Ausführungen in N 69 ff.

539 Vgl. zu den materiellen Normen des Kartellgesetzes die Ausführungen in der Kommentierung von Art. 2 N 34 ff. m.Nw.

540 RHINOW/GUROVITS, 616 (H.v.d.V.); ebenso RHINOW/BIAGGINI, 107.

541 CR Concurrence (1ère éd. 2002)-TERCIER, Introduction générale N 56 (H.v.d.V.); weiterhin gl.A., freilich leicht moderierter CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Article premier N 29; in diesem Sinne im Übrigen auch schon Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 474; vgl. ferner auch HETTICH, 105 f.

542 Dazu schon Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 500.

543 Zur Terminologie FN 536.

544 Zur Terminologie FN 536.

545 Zum Ganzen VARIAN, Mikroökonomik, 277 ff.

546 Dazu SALOP, Loyola Consumer L. Rev. 2010, 336 f.

547 Zum Ganzen SALOP, Loyola Consumer L. Rev. 2010, 336 ff.

548 Vgl. statt anderer M. REINERT, 6 m.Nw.

549 Dazu M. REINERT, 6.

550 Zum Ganzen ausführlich GOHARI, Diss., 314 ff. m.Nw.

551 SALOP, Question, 336 (H. teilweise v.d.V.).

552 SALOP, Loyola Consumer L. Rev. 2010, 336.

553 Vgl. aber immerhin die wertvollen Beiträge von: CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Article premier N 13 ff.; GOHARI, Diss., 315 ff., sowie 344 f., 355 ff.; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 51, 61, 76 f., 151, 264; HETTICH, 103 ff.; ROTH, Wettbewerber, 68 ff.; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 259; WEBER, Methodenlehre, 25 ff.; LÜSCHER, Rz 66 ff., 84 ff., 412 ff.

554 Dazu CARLTON, Antitrust, 157.

555 ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 259, mit Hinweis auf die Botschaft 2012, BBl 2012 I 3905, 3942 f.

556 In diesem Sinne auch EVALUATIONSGRUPPE P17, Rz 47; merke aber: «Auf lange Sicht sind wir alle tot» (KEYNES, 83).

557 Botschaft 2012, BBl 2012 I 3905, 3946 (H.v.d.V.); dazu ferner EVALUATIONSGRUPPE P17, Rz 22: «Als Mittelweg zwischen diesen beiden Ansätzen wäre jedoch auch die Verwendung eines *dynamischen Konsumentenwohlfahrts-Standards* denkbar. Dieser würde eine Maximierung der Konsumentenwohlfahrt über die Zeit in den Vordergrund rücken und somit nicht nur statische, sondern eben auch ökonomisch wichtige dynamische Effekte berücksichtigen».

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

558 ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 259.

559 ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 328.

560 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 5.

561 Vgl. insbesondere BAARSMA, 563; O'DONOGHUE/PADILLA, 273, 274 ff. m.Nw.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.057 m.Nw.

562 So auch EVALUATIONSGRUPPE P17, Rz 22 und insbesondere 48: «Nebst den praktischen Problemen mit der Umsetzung eines Gesamtwohlfahrts-Standards, erscheint eine Orientierung am in der EU verwendeten Konsumentenwohlfahrts- Standard auch aus Gründen der Harmonisierung sinnvoll».

563 ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 259.

564 Diese Gesetzesfragmente wurden in der vorstehenden Analyse hauptsächlich den Art. 96 Abs. 1 BV , Art. 94 Abs. 2 BV sowie Art. 5, 7 und 10 KG entnommen (s. N 115).

565 Ursprünglich stammt diese Einsicht von der *Chicago School*: vgl. nur POSNER, J. Legal Stud. 1973, 399 ff.; ferner auch EVANS, World Competition 2005, 93 ff.; zum Ganzen aus heutiger Perspektive O'DONOGHUE/PADILLA, 224 f.

566 Vgl. In diesem Zusammenhang STUCKE, 588 f.

567 Zum Ganzen CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 61.

568 Vgl. im Kontext auch ROTH, Wettbewerber, 103 f.

569 Vgl. zuletzt BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 m.Nw.

570 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 63 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II) (H.v.d.V.).

571 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 64–69 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II).

572 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 224 f.; WHISH/BAILEY, 198 f.; I.L.O. SCHMIDT, 8; RÖLLER, 529 f.; HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 32; GOHARI, Diss., 321 f.; ferner auch EAGCP-Paper, 7.

573 ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 561.

574 Zu den jeweils spezifischen Kosten, die mit Entscheidungsfehlern des Typs I und des Typs II einhergehen, ausführlich JOSKOW/KLEVORICK, 223 ff.

575 Vgl. EAGCP-Paper, 6 f.

576 Dazu WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 252 f.

577 Vgl. O'DONOGHUE, 329 ff.

578 SCHWEITZER, 162 f.

579 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 165 ff. m.Nw., 254.

580 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 255.

581 Vgl. z.B. ROTH, Wettbewerber, 108 ff. m.Nw.

582 ROTH, Wettbewerber, 109.

583 Die These einer «Schutzzielkonformität» des schweizerischen Kartellrechts und der Wettbewerbsregeln des AEUV ist nicht frei von Schwierigkeiten (ROTH, Wettbewerber, 154 ff.; **a.A.** STURNY, 191 ff.; STRAUB, 244); sie kann und muss vorliegend nicht ausführlich gewürdigt werden; immerhin seien zwei ihrer (im Kontext relevanten) Probleme skizzenhaft angeschnitten: (1) ROTH s These reflektiert einmal die Implikationen des Umstands nicht, dass das Wettbewerbsrecht der Schweiz ein *ganzheitliches* «Einebenensystem» bildet (Näheres dazu in N 386), während die Art. 101 ff. AEUV demgegenüber bloss *einen* der verschiedenen Bestandteile des wettbewerbsrechtlichen «Mehrebenensystems» der Union und ihrer Mitgliedstaaten darstellen (Näheres dazu in N 387); diese Tatsache hat verschiedene, namentlich methodische Konsequenzen, mit denen sich die Ausführungen in N 388 auseinandersetzen; (2) ROTHs These schenkt alsdann der «doppelte[n] Unbestimmtheit […] hinsichtlich des Ziels sowie hinsichtlich der einsetzbaren Mittel» (RHINOW/GUROVITS, 616; ferner RHINOW/BIAGGINI, 107), die Art. 96 Abs. 1 BV aneignet und für die schweizerische Wirtschaftsverfassung von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist (s. N 114, 144), nicht hinlänglich Aufmerksamkeit; vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere das klare und als Kontrastfolie zu ROTHs These aufschlussreiche Votum von StR RHINOW im Stöckli anlässlich der Eintretensdebatte über die Kartellgesetzrevision von 1994 (AB S

1995, 849). Im Übrigen sei an dieser Stelle auch auf die Botschaft 1994 verwiesen, die unzweideutig festhält: «Die Anlehnung an das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union findet für die Ausgestaltung der schweizerischen Wettbewerbsordnung [...] dort ihre Grenze, wo aufgrund der Unterschiede in der Sache (z.B. Fusionskontrolle in einer kleinen offenen Volkswirtschaft) oder im System (die schweizerische Wirtschaftsverfassung lässt keine Verbotsgesetzgebung zu) spezifische Lösungen angezeigt sind» (Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 531).

584 O.W. HOLMES, 5.

585 In diesem Sinne WHISH/BAILEY, 199.

586 EuGH, 25.10.1977, Rs. 26/76, ECLI:EU:C:1977:167, Rz 20 – Metro SB Großmärkte GmbH & Co KG /Kommission.

587 Vgl. ROUSSEVA/MARQUIS, 32.

588 *Missbrauchsuntersuchungsstandards* sind von den *Missbrauchsstandards* (s. N 147 ff.) scharf zu trennen, was in der Doktrin nicht immer sorgfältig getan wird; zu der im Lauftext angesprochenen Unterscheidung «Missbrauchsuntersuchungsstandard/Missbrauchsstandard» trefflich O'DONOGHUE/PADILLA, 269.

589 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 5; dazu namentlich AKMAN, Reform, 148 ff.; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 9 f.

590 Die Terminologiefrage wurde schon in N 112 behandelt, sodass hier auf diese Stelle ebenfalls verwiesen sei.

591 HOVENKAMP, Florida. L. Rev. 2018, 91; vgl. ferner FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 10.

592 Vgl. vor allem O'DONOGHUE/PADILLA, 74; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 9 f.; sodann auch HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 10 ff.; I.L.O. SCHMIDT, 5 ff. m.Nw.; HETTICH, 414 f.

593 Zum Verhältnis von *pe se-rules/rule of reason* und Entscheidungsfehlern EAGCP-Paper, 6 f.

594 Vgl. BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 7; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 2; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 117; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1647; GOHARI, Diss., 132, 181, 184, 259 f., 290, 332 f., 353 f.; HEINEMANN, Jusletter 29.6.2015, 26 f.; HETTICH, 351, 377 f.; vgl. ferner die weitergehende Studie von BRUNET, 1 ff., 7 ff., 11 ff., der eine Übersicht über die vier verschiedenen *rationes* gibt, die im US-amerikanischen Schrifttum in der Vergangenheit besprochen worden sind (stichwortartig: *considerable experience, restraints having a pernicious effect on competition, bright line effect, streamlining litigation*); vgl. sodann die Vertiefung des Themas in N 137 ff.

595 Vgl. für eine eingehende Analyse der ratio einer *per se rule* BRUNET, 1 ff. m.Nw.; ferner die Bemerkungen in N 107.

596 O'DONOGHUE/PADILLA, 225.

597 Vgl. für eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem *«form-based» approach* N 127.

598 *The Competition Law Forum's Article 82 Review Group*, The Reform of Article 82: Recommendations on Key Policy Objectives, Brussels 10.2.2005, 3 (H.v.d.V.).

599 **A.A.** ROTH, Wettbewerber, 105: «Der *more economic approach* kann in seiner idealtypischen Form als ein Ansatz verstanden werden, im Rahmen dessen zum einen propagiert wird, wettbewerbliches Verhalten anhand seiner tatsächlichen (wohlfahrtsökonomischen) Effekte (Effektorientierung; *effects-based approach*) anstatt seiner *rechtlichen* Formen zu beurteilen» (letzte H.v.d.V.).

600 Vgl. in diesem Zusammenhang WHISH/BAILEY, 201.

601 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 10.

602 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 10; ARTHUR, 337 ff.; TOM/PAK, 391 ff.; I.L.O. SCHMIDT, 5 ff.; SCHMIDT/VOIGT, 4 f.; vgl. auch BAUM, 912 ff.

603 EAGCP-Paper, 3; zu diesem Arbeitsdokument allgemein O'DONOGHUE/PADILLA, 70 f.

604 O'DONOGHUE/PADILLA, 224 f.; WHISH/BAILEY, 204 ff.; vgl. ferner auch Sekretariat, RPW 2006/3, 449 ff. Rz 56 ff. – Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen.

605 EAGCP-Paper, 6 (H.v.d.V.); auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.064, unterstreichen diesen Punkt mit Nachdruck: «The older case law of the EU Courts indicates that, notwithstanding the reference to effect in the hallowed definition of exclusionary abuse in *Hoffmann-La Roche*, at least some practices of a dominant undertaking were deemed to be abusive without the need to consider

factual or economic evidence on their effects. It appears, however, that the EU Courts recognise that a *per se* approach runs the risk of the prohibition being applied to conduct to which it should not be applied»; vgl. ebenfalls FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 10.

606 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.064.

607 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 75 ff. – Tomra Systems ASA u.a. /Kommission.

608 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 71, 73 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II).

609 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 138 ff. – Intel Corporation/Kommission.

610 Dazu FREEMAN, 201.

611 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 5 (H.v.d.V.).

612 Verordnung (EG) 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen («EG-Fusionskontrollverordnung»), ABl. 29.1.2004 L 24/1.

613 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 68 f.

614 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 71 ff.

615 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009; vgl. zur Geschichte dieses Reformprozesses etwa AKMAN, Reform, 148 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 67 ff.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.004; WHISH/BAILEY, 182 f.; GOHARI, Diss., 526 f.

616 Dazu BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 92 m.Nw.

617 Der Haupteinwand des systemtheoretischen Ansatzes gegen eine industrieökonomisch aufgeklärte Anwendung des Kartellrechts besteht darin, Letztere würde *«ergebnisorientiert»* verfahren; dies sei deshalb verfehlt, weil eine Wettbewerbspolitik stets *«ergebnisoffen»* konzipiert werden müsse, ansonsten man sich inexistentes Wissen anmasse; «Anmassung von Wissen» (VON HAYEK, Law, 8 ff.) führe zu einer inadäquaten Anwendung des Kartellrechts; so z.B. KÜNZLER, 133, 228 f., 289, 341, 406 ff., 460 f., 464 f., 501 ff.; zu diesem Argumentarium hat ROTH, Wettbewerber, 63 FN 182, angemerkt: «[I]nwiefern diese begriffliche Unterscheidung [sc. ‹ergebnisorientiert/ergebnisoffen›] tatsächlich erkenntnisbereichernd ist, kann hinterfragt werden, zumal mittels Schutzes des Wettbewerbs auf einem Markt ‹die dahinterliegenden Freiheitsspielräume der Marktbeteiligten optimiert und gegeneinander angemessen abgegrenzt› werden […]; Wettbewerb wird also auf dieses Ergebnis orientiert geschützt; darüber hinaus sollen mittels Wettbewerbsfreiheit ‹gute, im einzelnen aber nicht genau vorhersehbare ökonomische Ergebnisse produziert werden› […]; diese ‹guten ökonomischen Ergebnisse› werden wohl nicht ‹unmittelbar› angestrebt, aber doch erwartet und auch zur Legitimation angeführt […]»; ähnlich die Einschätzung von MARTENET/HEINEMANN , 38 FN 94: «Les auteurs qui accordent une importance décisive à la liberté d'action sur le plan économique arrivent malgré tout à la conclusion que le bien-être social, voire le seul bien-être des consommateurs, constitue le but final poursuivi par la LCart (voir spécialement Roger Zäch, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes? – Schranken des Rechts, in: [… Roger Zäch {Hrsg.}, Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten?, Zürich/St. Gall 2009], 1–31, 3 et 18 f.: ‹Wirtschaftliche Wohlfahrt ist zwar das Endziel auch des Kartellgesetzes. Dieses Ziel soll aber nicht direkt, sondern indirekt erreicht werden, und zwar durch die Gewährleistung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Unternehmen und damit des Wettbewerbs.› […]»; eine konsequente Befolgung der Lehre von der «Anmassung von Wissen» mündet formallogisch zwangsläufig im Befund, vorzuziehen sei immer *wettbewerbspolitische Abstinenz*; dies wird zwar von Anhängern des systemtheoretischen Ansatzes bestritten: An die Stelle einer industrieökonomisch aufgeklärten Kartellrechtsanwendung sollen *«pattern predictions»* (VON HAYEK, Theorie, 7 ff.) treten; diese bilden in der Diktion von KÜNZLER (*op. cit.*, 117) «[…] Erkenntnisse […, die] sich auf gewisse allgemeine Eigenschaften und allenfalls *auf die kurz- und mittelfristige Richtung der ablaufenden Prozesse [beziehen]* und […die] insofern auch ein *Wissen* [liefern], das gegebenenfalls *zur Beeinflussung dieser Prozesseigenschaften und der Richtung des Prozesses dienen kann*» (H.v.d.V.); *«pattern predictions»* – semantisch bezieht sich der Begriff der «Prädiktion» auf die Zukunft, die niemand kennt, d.h. auf etwas, worüber kein Wissen vorhanden ist – sind indes nach dem VON HAYEKschen Massstab selber wissensanmassend; darin liegt eine rare und von der Hayek-Forschung – nahezu als «Theoriefaszinosum» – immer wieder auf ihre Gründe hin analysierte Inkonsequenz im Bau der Sozialphilosophie VON HAYEKs; dazu ausführlich AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 41 ff. m.Nw. *Coda*: Wettbewerbspolitik kann *nicht anders* als wissensanmassend sein, da sie mit Hypothesen und Prognosen arbeiten muss – eine Alternative ist nicht vorhanden –, die in aller Regel auf Regressionsanalysen gründen; diese sind indes stets mit Ungewissheit behaftet und daher wissensanmassend im VON HAYEKschen Sinne; dieser Umstand lässt sich nicht aus der Welt schaffen; die allein relevante und weiterführende Frage lautet: Wie ist mit fragmentiertem und fragmentarischem Wissen bei der Kartellrechtsanwendung umzugehen?

618 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 5 ff., 19 ff.; vgl. schon EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 54; zum Ganzen in erster Linie AKMAN, Reform, 149 ff. m.Nw.; sodann auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.0045; KORAH, 142 f.; WHISH/BAILEY, 204 f.; CARRON, Abus, 4; HEINEMANN, Verhaltenskontrolle, 166 ff.; BÜYÜKSAGIS, 53, 61 ff.; aus ökonomischer Perspektive I.L.O. SCHMIDT, 408 ff.; **a.A.** ZÄCH/KÜNZLER, EuZ 2009, 31 ff.; im Ergebnis ähnlich IMMENGA, 481; demgegenüber überzeugend die Stellungnahmen von BEHRENS, Comment, 225 ff.; FOX, Comment, 232; vgl. auch BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 22 ff.

619 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 6 (H.v.d.V.); vgl. in diesem Zusammenhang auch HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 61; AMSTUTZ/REINERT, sic! 2005, 549 f.; ferner *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993): «It is axiomatic that the antitrust laws were passed for ‹the protection of competition, not competitors.› Brown Shoe Co. v. United States, 370 U.S. 294, 320 (1962)»; a.A. WEBER, EuZ 2006, 106.

620 Vgl. BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

621 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 3.

622 Als Beispiel dieses Umstandes kann zumal das *Intel*-Urteil des EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 108 ff. – Intel Corporation/Kommission angeführt werden.

623 ROTH, Wettbewerber, 118; vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 75 ff., 274.

624 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 266 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 lit. f); WEKO, RPW 2017/3, 410 ff. Rz 73 – Vorsorgliche Massnahmen Eishockey im Pay-TV (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung); WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 695 – Sport im Pay-TV (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Voraussetzungen der Effizienzrechtfertigung); WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 91, 197 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 lit. f); WEKO, RPW 2014/2, 396 ff. Rz 65 – ETA Preiserhöhungen (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Bestimmung der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2); WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 337 – Swatch Group Lieferstopp (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 lit. a); WEKO, RPW 2012/1, 74 ff. Rz 133 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Bestimmung der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2); WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 332 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 lit. a); Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 75 – Netzwerkgeräte Cisco Systems (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 lit. f); Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. FN 91 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz; Sekretariat, RPW 2011/1, 87 ff. Rz 46, 180, 352 – Switch/Switchplus Zürich (Beizug der Prioritätenmitteilung für die Bestimmung der Marktbeherrschung gemäss Art. 4 Abs. 2 sowie für die Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 lit. a).

625 HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 87 (mit Zitat aus der Botschaft BV 1997, 301); zur Frage, dass sich der Verfassungsgeber in Art. 96 Abs. 1 BV zu den *Mitteln* der Kartellpolitik *nicht* geäussert hat, BORER, KG-Kommentar, Art. 1 N 6 f.; zur Einmütigkeit in der Doktrin, dass der Gesetzgeber demzufolge frei ist, im Ausmass seines weitreichenden Gestaltungsspielraums – d.h. mit der einzigen Ausnahme, ein *integrales* Wettbewerbsbeschränkungsverbot vorzusehen (dazu RHINOW/GUROVITS, 606; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 141) –, die *Mittel* der Wettbewerbspolitik selber zu bestimmen: MOECKLI, DIKE-KG, Art. 1 N 25; SGK-JACOBS, Art. 96 N 21 ff.; BORER, *op. cit.*, Art. 1 N 13; vgl. schliesslich zur Einhelligkeit in der Lehre, dass dem Kartellgesetzgeber die *Kompetenz* zum Erlass von *selektiven Kartellverboten* zusteht, die Ausführungen von RHINOW/GUROVITS, 601.

626 Vgl. HEINEMANN, Grundlagen, 46.

627 Vgl. grundlegend RHINOW/BIAGGINI, 101; sodann MOECKLI, DIKE-KG, Art. 1 N 24; DAVID/JACOBS, Rz 601; zum Konzept dieser Differenz grundlegend O'DONOGHUE/PADILLA, 274; **a.A.** BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1200 ff., 1239 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC); dazu eingehend N 145 sowie FN 687.

628 Vgl. ausführlich SGK-JACOBS, Art. 96 N 15 ff., 24 ff.

629 Vgl. CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Article premier N 29; SGK-JACOBS, Art. 96 N 16; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 20 Rz 24; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 13 Rz 4, 13, 56; RUBIN, in: SHK Kartellgesetz, Art. 1 N 4.

630 RHINOW/GUROVITS, 600 f.: «Die Verfassung nennt als entscheidendes Kriterium die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit des wettbewerbsbeeinträchtigenden Verhaltens».

631 SGK-JACOBS, Art. 96 N 16: «Zu verlangen ist […] der Nachweis, dass die zur Diskussion stehende Verhaltensweise den Wettbewerb tatsächlich spürbar beschränkt, da ohne eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung auch keine spürbaren volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen

Auswirkungen zu erwarten sind. Letztere sind aber Voraussetzung für eine Intervention gestützt auf Art. 96 Abs. 1 [BV]».

632 Vgl. RHINOW/GUROVITS, 601; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 20 N 24; BSK BV-UHLMANN, Art. 96 N 11 ff.; SGK-JACOBS, Art. 96 N 16; BORER, Kommentar KG, Art. 1 N 14 ff.; KRAUSKOPF/KAUFMANN, 74.

633 SGK-JACOBS, Art. 96 N 16 m.Nw.

634 Vgl. BIRKHÄUSER/STANCHIERI, Rz 39 f.; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 4 N 30 f.; KÖCHLI/REICH, in: SHK Kartellgesetz, Art. 4 N 25.

635 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 330 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, wo diese Voraussetzung am Beispiel von Art. 5 veranschaulicht wird: «Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass das Potenzial zur Entfaltung von nachteiligen Einwirkungen auf den Wettbewerb bereits mit Herbeiführung der rechtsgeschäftlichen bzw. faktischen Einigung gegeben ist […]. Hierfür spricht auch der Umstand, dass die Wettbewerbsbehörden bei frühzeitiger Kenntniserlangung von einer wettbewerbswidrigen Abrede nicht erst eine Umsetzung und den tatsächlichen Eintritt einer nachteiligen Einwirkung zu Lasten sonstiger Wirtschaftsteilnehmer abzuwarten hätten, um Massnahmen gegenüber dem wettbewerbswidrigen Verhalten treffen zu können».

636 BVGer, RPW 2014/3, 610 ff., E. 6.3.1.17 – Paul Koch AG/Wettbewerbskommission; in Sekretariat, RPW 1997/4, 460 ff. Rz 25 – Kodex zwischen Krankenversicherern, ist über diese Voraussetzung hinaus festgehalten worden: «Die Massnahmen gemäss RZ 22 [sc. der Informationsaustausch, die Festlegung von Arbeitsthemen, die Koordination in Fragen der Prämieneingaben und die Mandatierung von Mitgliedern für Verhandlungen] könnten somit allenfalls künftig die Grundlage für Wettbewerbsabreden in bestimmten Märkten bilden, sind jedoch mangels aktuellen Marktbezugs, mangels direkter Beeinflussung von Wettbewerbsparametern in bestimmten Märkten bzw. mangels konkreter Umsetzung selber nicht als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren, die Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken».

637 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 555 (H.v.d.V.).

638 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 555 (H.v.d.V.); **a.A.** BVGer, 18.12.2018, B-381/2011, Rz 1200 ff., 1239 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC); dazu eingehend N 145 sowie FN 687.

639 DOLMANS, viii; vgl. ferner zu der in diesem Zitat angesprochenen Problematik der *judicial review* eingehend GAL, 427 f.

640 Vgl. EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 250 – Deutsche Telekom AG /Kommission: «[Es ist …] festzustellen, dass das [EuG …] zu Recht das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen hat, wonach bereits das bloße Bestehen einer Preispolitik eines beherrschenden Unternehmens, die zur Beschneidung der Margen seiner zumindest ebenso effizienten Wettbewerber führe, einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EG [jetzt: Art. 102 AEUV] darstelle, ohne dass eine wettbewerbswidrige Wirkung darzutun wäre»; ferner auch O'DONOGHUE /PADILLA, 269 m.Nw.; genau besehen entspricht dieses Prinzip dem «wirkungsbasierten» Ansatz; vgl. allerdings die Ausführungen in N 137.

641 RHINOW/BIAGGINI, 103; diese Feststellung wurde im Verfassungsmässigkeitsgutachten über die Revision von 2001 nochmals bestätigt; vgl. RHINOW/GUROVITS, 603.

642 Vgl. AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 12; nebst der Wettbewerbsordnung gibt es noch die Planwirtschaft und den Korporatismus als *idealtypische* Lösungen des Problems des Umgangs mit Ressourcenknappheit; dazu SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, Rz 3 m.Nw.

643 Zur Kategorie des Wirtschaftsfolgerechts AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 21 ff.

644 Dazu GAL, 424, 425.

645 Zum Ganzen CARLTON, Antitrust, 159 f.

646 Dazu EASTERBROOK, Texas L. Rev. 1984, 5.

647 Vgl. EASTERBROOK, Texas L. Rev. 1984, 2.

648 Die Figur der *pattern prediction* wird in FN 617 näher besprochen, wo auch w.Nw. angegeben werden.

649 CARLTON, Antitrust, 160.

650 AREEDA, Per Se Rule, 28 (H.v.d.V.).

651 AREEDA, Per Se Rule, 30 (H.v.d.V.).

652 *Broadcast Music, Inc.* v. *Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 441 U.S.1 (1979); die im Zitat wiedergegebene Stelle befindet sich auf den Seiten 19–20 dieses Urteils.

653 BRUNET, 15; vgl. ferner AREEDA, Per Se Rule, 30: «In Jerrold Electronics, the court found a tie-in and acknowledged Supreme Court cases declaring tying unlawful per se. Nevertheless, *the judge correctly ruled that general per se language did not preclude him from thinking about that which has not heretofore been thought*» (H.v.d.V.); zum Ganzen auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.064.

654 CARLTON, Antitrust, 160.

655 Vgl. AMSTUTZ/REINERT, sic! 2005 Teil I, 537 ff.

656 Dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.063 m.Nw.

657 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 22.

658 Vgl. KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1642 – Intel.

659 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547 – Intel Corporation/Kommission.

660 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 129 ff. – Intel Corporation/Kommission.

661 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 139–141 – Intel Corporation/Kommission.

662 PODSZUN, 60.

663 ROTH, AJP 2017, 1345 m.Nw.

664 Vgl. in diesem Sinne Justice T. MARSHALL in seinem oft zitierten *dissent* in *Container Corp. Of America*: «Per se rules always contain a degree of arbitrariness. They are justified on the assumption that the gains from imposition of the rule will far outweigh the losses and that significant administrative advantages will result. In other words, the potential competitive harm plus the administrative costs of determining in what particular situations the practice may be harmful must far outweigh the benefits that may result. If the potential benefits in the aggregate are outweighed to this degree, then they are simply not worth identifying in individual cases» (*United States* v. *Container Corp. of America*, 393 U.S. 333, 341 (1969) (Marshall, J., dissenting).

665 HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 89; DERS., Grundlagen, 52 ff.; ähnlich ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 141 f.; vgl. in diesem Zusammenhang auch ZÄCH, Kartellrecht, Rz 137 f.

666 HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 89.

667 HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 96 (H.v.d.V.); vgl. in diesem Zusammenhang auch ZIRLICK /BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 142).

668 So HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 96; vgl. in diesem Zusammenhang auch ZÄCH, Kartellrecht, N 431 ff.

669 HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 99; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 144; in diese Richtung argumentiert auch das **a.A.** BVGer, 18.12.2018, B-381/2011, Rz 1200 ff., 1239 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC): «Massgebend für die Beurteilung der Verwirklichung einer Wettbewerbsverfälschung ist vielmehr allein die Eignung der Verweigerung einer Mitteilung der DCC-Schnittstelleninformationen zur Herbeiführung von nachteiligen Einwirkungen auf dem Markt für ep2-Terminals durch die SIX-Gruppe. Hingegen bedarf es für die Feststellung einer Wettbewerbsverfälschung keines Nachweises, welche konkreten Auswirkungen auf dem Terminalmarkt auch tatsächlich eingetreten sind»; dazu eingehend N 145 sowie FN 687.

670 RHINOW/GUROVITS, 606, die nachweisen, dass der verfassungsrechtliche Kartellartikel «[…] kein durchgängiges Verbot aller Kartelle [gestattet]».

671 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 553 (h.v.d.V.).

672 Zwar meint HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 89, dass dieses Prinzip *«nicht verfassungsrechtlich vorgegeben»* sei; damit widerspricht er indes einer *nahezu einmütigen Verfassungslehre*; vgl. nur RHINOW/GUROVITS, 600 ff.; SGK-JACOBS, Art. 96 N 16 m.Nw., sowie die Kommentierung von Art. 4 Abs. 1 N 30 ff. m.Nw. Das Missbrauchsprinzip der Bundesverfassung steht weder dem Gesetzgeber noch – was ebenfalls unstreitig ist – dem Bundesgericht bzw. dem Bundesverwaltungsgericht zur Disposition; HEINEMANNs Berufung auf BGer, RPW 2017/2, 348 ff., E. 5.3.4 – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) = BGE 143 II 297, und BVGer, RPW 2016/3, 831 ff., E. 7.2.1. – Nikon = BVGer, 16.9.2016, B-581/2012, mit dem Argument, dass sich diese zwei Urteile vom Missbrauchsprinzip «distanziert» hätten (HEINEMANN, *loc. cit.*), ist deshalb – selbst wenn dieses Argument richtig wäre, was im Lichte von Art. 190 BV fragwürdig scheint, halten sich doch diese Gerichte streng an diese Vorgabe –bedeutungslos.

673 Nämlich in HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 96.

674 Vgl. z.B. SCHLUEP, Revision, 74: «Der Gegensatz ‹Missbrauchsgesetz›/‹Verbotsgesetz› ist […] unecht und steht für ein auf blosse Gesetzgebungstechnik reduziertes Scheinproblem».

675 Vgl. RHINOW/GUROVITS, 606: «[A]us der ‹Missbrauchsnatur› des schweizerischen Wettbewerbsrechts [lässt sich] wenig ableiten».

676 Vgl. die Literaturhinweise in RHINOW/GUROVITS, 605 FN 29.

677 Vgl. nur CRANDALL/WINSTON, 23.

678 In diesem Sinne BORER, KG-Kommentar, Art. 1 N 8: «Welches System – eine Missbrauchsgesetzgebung oder Verbotsgesetzgebung – zur Überprüfung [sc. von Wettbewerbsbeschränkungen] heranzuziehen ist, ist eine Frage der effizienten Ausgestaltung der Gesetzgebung und nicht von künstlich wirkenden Verfassungsinterpretationen».

679 HEINEMANN, DIKE-KG, Nach Art. 1 N 92.

680 Vgl. die Kommentierung von Art. 1 N 53.

681 Damit wird keineswegs bestritten, dass Art. 1 wie jede andere Norm des einfachen Gesetzesrechts einer Verfassungsgrundlage bedarf. In skizzenhafter Umschreibung lässt sich mit RHINOW /GUROVITS, 598, festhalten, dass auch Art. 1 – wie das geltende Kartellgesetz insgesamt – an die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen gebunden ist, dass diese Norm also im Einzelnen «durch ein anerkanntes und überwiegendes öffentliches Interesse [… gerechtfertigt sein], […] den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahr[en] und […] das Bestimmtheitsgebot respektier[en muss]»; die vorliegend zur Diskussion stehende Frage ist lediglich, ob Art. 96 Abs. 1 BV «inhaltlich und sprachlich» etwas zur Interpretation von Art. 1 beitragen kann.

682 **A.A.** die Kommentierung von Art. 1 N 53; in diesem Sinne auch (freilich mit anderer Begründung) HEINEMANN, Grundlagen, 46.

683 RHINOW/GUROVITS, 616; ebenso RHINOW/BIAGGINI, 107.

684 RHINOW/GUROVITS, 603; ebenso RHINOW/BIAGGINI, 103; angesichts der «doppelten Unbestimmtheit» des verfassungsrechtlichen Kartellartikels ist die wirtschaftsverfassungsrechtliche Konstruktion ROTHs (Wettbewerber, 81: «Nach wohl richtiger Ansicht ist Art. 96 Abs. 1 BV als Konkretisierung der in Art. 27 in Verbindung mit Art. 35 Abs. 3 BV an den Staat gerichteten Verpflichtungen zu verstehen, auch die individuelle Wirtschaftsfreiheit zu gewährleisten; der Schutz wirksamen Wettbewerbs ist demnach zugleich [institutionalisierter] Individualschutz») doch sehr mutig. Nun: Soviel Fliegen lassen sich kaum mit einem Schlag beseitigen. Die Lehre der staatlichen Schutzpflichten in den Kartellartikel «einzubringen» unter gleichzeitiger Ausstaffierung der individuellen Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV mit Drittwirkungen, die, so angereichert, als «Gesamtpaket» ins Kartellgesetz eingeschleust wird, ist ein nicht zu bewältigendes Vorhaben. Wie soll mit einem juristisch derart verschachtelten Konstrukt die Ausgewogenheit des staatlichen Schutzes der Dynamik des Wettbewerbs einerseits und der *incentives* des Marktsystems als Triebfeder der privatwirtschaftlichen *entrepreneurship* andererseits noch gewährleistet werden? Vieles spricht dafür, das ROTHs Konstruktion einen «juristischen Superlativismus» darstellt, und zwar schon deshalb, weil sich die Lehre der staatlichen Schutzpflichten und die Drittwirkung von Grundrechten nicht ausgewogen kombinieren lassen (vgl. AMSTUTZ/ABEGG/KARAVAS, 45); aus soziologischer Perspektive ist der Verdacht nicht unbegründet, dass systemschädigende *«unintended consequences»* auftreten würden. Die gesamte Frage kann hier nicht vertieft werden. Deshalb nur so viel: Zu bedenken gilt es hier namentlich – aber dies ist nur eine Facette der vielen Probleme, die die These ROTHs aufwirft –, «[…] dass Grundrechte für die Drittwirkung an einer Art ‹strukturellen Unzulänglichkeit› leiden: Nur in der *Asymmetrie* können sie überhaupt funktionieren; werden Grundrechte ‹symmetrisiert›, d.h. auf beiden Seiten eines konfligierenden Verhältnisses gleichmässig verteilt, ist nicht mehr klar, ob das Grundrecht oder das Gegengrundrecht [bzw. die Gegeninstitution] vorgeht; dieser Punkt sticht aus heutiger Sicht geradezu ins Auge bei der Lektüre der frühen Studie von NIPPERDEY (1961): 18 f. [sc. Grundrechte und Privatrecht, Krefeld]» (AMSTUTZ/ABEGG/KARAVAS, 42 FN 158). Es sollte jedenfalls vermieden werden, das Verhältnis zwischen der grundrechtlichen Dimension von Art. 27 BV und der institutionellen Programmatik von Art. 96 Abs. 1 BV anhand einer in der Sache nicht weiterführenden Konkretisierungssemantik zu verschleiern. Unserer Auffassung nach sollte man sich in diesem Zusammenhang darauf beschränken, den verfassungsrechtlichen Kartellartikel als das limitative *supplément* der Wirtschaftsfreiheit zu verstehen (dazu AMSTUTZ, ZfRSoz 2008, 133 ff.), die, wie jede Freiheit, mit der inhärenten Neigung versehen ist, sich selbst aufzuheben; so einleuchtend SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, Rz 1–3; allzu zahlreiche unglückliche Hypostasierungen der Wirtschaftsfreiheit sind im jüngeren Schrifttum postuliert worden (s. N 6).

685 CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Article premier N 1 (H.v.d.V.).

686 So WEBER, Methodenlehre, 7.

687 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 555 (H.v.d.V.); **a.A.** HEINEMANN, Grundlagen, 46, der den «Bezugspunkt der Kartellgesetzgebung» unmittelbar in den Wortlauten von Art. 5 und 7 erblickt: «Nach Art. 5 KG sind Wettbewerbsabreden unzulässig, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, oder die jedenfalls den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und sich

nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Nach Art. 7 KG ist nicht der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung als solcher unzulässig; es ist lediglich verboten, durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern oder die Marktgegenseite zu benachteiligen»; mit dieser Konstruktion wird eine Stufe in der Argumentation, nämlich die Anwendung von Art. 1, übersprungen; dieser «Sprung» führt dazu, dass das Konzept der «Schädlichkeit» von Art. 1 bei der Anwendung der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes unberücksichtigt bleibt; in BVGer, 18.12.2018, B-381/2011, Rz 1200 ff., 1239 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) vertritt auch das Bundesverwaltungsgericht dieselbe Auffassung; seine Argumentation lässt erkennen, dass es die im Lauftexte erläuterten Zusammenhänge übersieht und damit Art. 1 (als Bundesrecht) verletzt; im Übrigen sind gegen seine Sicht der Dinge die gleichen Einwände anzubringen, die im Fliesstext (N 145) gegen die Meinung von Heinemann, loc. cit., vorgetragen worden sind.

688 Vgl. RHINOW/GUROVITS, 601: «Der unbestimmte Begriff der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkung erweist sich damit […] als *Schlüsselbegriff* für die konkretisierende Ausgestaltung der Kartellgesetzgebung» (H.v.d.V.).

689 «Schädlichkeit» bedeutet nicht «Schaden»; während die zweitgenannte Vokabel einen Zustand bezeichnet (also *statisch* ist), weist der erstgenannte Ausdruck auf eine *Dynamik* hin, die einen Schaden betrifft, der gleichsam «hängig» ist, sich im Prozess einer allfälligen Materialisierung befindet; diese Attribute zeichnen in ihrer Typizität eine «Wirkung» aus; in Wikipedia liest man in diesem Sinne: «Schädlich steht für […] zu Schaden *führend*, sich nachteilig *auswirkend*» (H.v.d.V.); ‹https://de.wikipedia.org/wiki/Schädlich› (20.5.2021).

690 Diesen Punkt übersehen ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 241.

691 HEINEMANN, Grundlagen, 47 (H.v.d.V.); in diesem Sinne auch ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 141 (wobei diese Autoren die Variante der Rechtsanwendung erwähnen).

692 RHINOW/GUROVITS, 611 (H.v.d.V.); diesem Standpunkt widersprechen ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 241: «Die BV gibt das Ziel vor, nicht aber die zur Zielerreichung einzusetzenden Mittel, weshalb in erster Linie der Legislative – im Ergebnis aber auch der Judikative bei der Anwendung der Gesetze – ein beachtlicher Spielraum ein- geräumt wird. Die genannten Normen sind so zu verstehen, dass zwar ein generelles Kartellverbot mit Erlaubnisvorbehalt unzulässig wäre, nicht jedoch selektive bzw. ‹partielle Verbote von nachweislich besonders schädlichen Abreden oder Verhaltensweisen›. Die BV enthält m.a.W. kein ‹Verbot der Verbotsgesetzgebung›»; dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, und zwar aus einem doppelten Grund: (1) Schon die Ausführungen von RHINOW/GUROVITS *(loc. cit.)* legen in wünschenswerter Deutlichkeit dar, dass die Annahme von ZIRLICK/BANGERTER, der Gesetzgeber habe sich in den materiellen Kartellrechtsnormen (Art. 5, 7 und 9 f.) zur Missbrauchsuntersuchungsstandardsfrage in irgendeiner Weise geäussert, abzulehnen ist; (2) sodann hat die Frage nach der verfassungsrechtlich eingeräumten Möglichkeit eines selektiven Kartellverbots keinen Zusammenhang zur Frage des *Auswirkungsstandards* bzw. der kartellgesetzlichen Voraussetzungen der Sachverhaltsanalyse: Dass die Wirtschaftsverfassung die Möglichkeit eines partiellen Wettbewerbsbeschränkungsverbotes vorsieht, heisst noch nicht, dass diese Möglichkeit von den Wettbewerbsbehörden oder den Gerichten i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB *modo legislatoris* geschaffen werden darf; das Bundesgericht hat in konstanter Praxis wiederholt daran erinnert, dass Richterrecht eine klare Grenze kennt; diese wird dann überschritten, wenn der Richter neue Werte in das Recht einführt; das ist ihm verwehrt (vgl. BGE 103 Ia 501, E. 7); nur die Räte sind hierfür kompetent (symptomatisch für die argumentativen Schwächen von ZIRLICK/BANGERTER ist die von ihnen benutzte Floskel des «Verbots der Verbotsgesetzgebung»; diese ist *in casu* unpräzis und jedenfalls nur zur Hälfte korrekt: Art. 96 Abs. 1 BV enthält sehr wohl ein «Verbot der *integralen* Verbotsgesetzgebung», nicht aber ein «Verbot der *selektiven* Verbotsgesetzgebung»).

693 Vgl. SGK-JACOBS, Art. 96 N 14, 16 f., 26; mit einem «wirkungsbasierten» Ansatz wird auch die Frage entschieden, ob Effekte unter Art. 7 eine bestimmte *«Schwere»* oder *Erheblichkeit* haben müssen. Die Antwort ist *negativ*, was daraus folgt, dass gemäss diesem Ansatz Auswirkungen grundsätzlich immer zu analysieren sind.

694 In diesem Sinne O'DONOGHUE/PADILLA, 225; PODSZUN, 65.

695 Der «wirkungsbasierte» Ansatz ist heute in der Praxis der Ausgangspunkt der Prüfung, was nicht bedeutet, dass er in allen Fällen Anwendung findet; wie namentlich in der Union gilt er unter Beachtung von typisierten Fallgruppen, die in Spezialfällen den Beizug andersartig strukturierter Tests als gerechtfertigt erscheinen lassen; dazu ausführlich N 137 ff.; einen wichtigen Entscheid zum *«effects-based» approach* hat das Bundesverwaltungsgericht im *Siegenia-Aubi AG*-Fall gefällt (der zwar Wettbewerbsabreden und nicht missbräuchliches Verhalten betraf, was vorliegend, da es um das Prinzip geht, aber keine Rolle spielt); die Kernaussage dieses Entscheids zur hier relevanten Problematik lautet: «Im Zusammenhang mit der Frage nach dem rechtsgenüglichen Nachweis von bestehendem Restwettbewerb gilt es an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass *im Gegensatz zur EU*, in der seit dem 1. Mai 2004 auf Wettbewerbsbeschränkungen eine Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme Anwendung findet,

in der Schweiz statt per se-Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt […]. Folglich hat die Vorinstanz *de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird.* Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit *keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt durch die Vorinstanz zu untersuchen sind*» (BVGer, RPW 2014/3, 548 ff., E. 6.1.3 – Siegenia-Aubi AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Unzulässige Wettbewerbsabrede = BVGer, 23.9.2014, B-8399/2010 [H.v.d.V.]; es ist unklar, ob BGer, RPW 2017/2, 344 ff., E. 5, 6 – Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) gegen Wettbewerbskommission = BGE 143 II 297 diesen bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheid *overruled* hat; dazu statt aller BIRKHÄUSER/REINERT, 135 f.); aber auch das Bundesgericht hat im Fall *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW*, in welchem es um eine missbräuchliche Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b) ging, an die grundsätzliche Einschlägigkeit des «wirkungsbasierten» Ansatzes erinnert und festgehalten, «[m]assgebend [sei …] allemal, dass die *Missbräuchlichkeit* (einschliesslich der Wettbewerbs*schädigung*) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird» (BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 [H.v.d.V.]); in Missbrauchsfällen stützt sich auch die WEKO grundsätzlich auf den «wirkungsbasierten» Ansatz (vgl. z.B. WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 543 ff., 568 f. – Supermédia; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 657 ff. – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 500 ff. – Swisscom WAN-Anbindung); die Rekurskommission hatte ihrerseits entschieden, dass «[c]'est […] l'effet anticoncurrentiel de la pratique en cause qui condamne en définitive celle-ci» (REKO/WEF, RPW 2002/4, 672 ff., E. 7.2 – Entreprises Electriques Fribourgeoises); **a.A.** STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 80: «Da der wirkungsbasierte Ansatz einer Ergebnisbeurteilung gleichkommt, ist er abzulehnen und hat sich daher in der Schweizer Gerichts- und Behördenpraxis zu Art. 7 KG bisher zu Recht nicht durchgesetzt».

696 Vgl. ZENGER/WALKER, 204 f.; MARSDEN/BISHOP, 257, haben diese Entwicklung mit der (wohl auf Selbsterfahrungen fussenden) Bemerkung eingefangen: «Case handlers at DG Comp have noted that now even their most junior colleague will ask them: ‹What is your theory of harm?› Hopefully this will mean that enforcement action will no longer depend on the form a business practice takes; officials will have to identify and articulate an anti-competitive effect if their case is to be successful».

697 BELLAMY/CHILD, Rz 10.059 (H.v.d.V.).

698 ROTH, Wettbewerber, 105 f.; dieser Autor ist allerdings hinsichtlich der Frage skeptisch, ob die Verwendung einer *theory of harm* in der Missbrauchsanalyse ratsam ist (vgl. *op. cit.*, 344 f.).

699 Also: Konkret braucht es Leitlinien betreffend praktische Fragen, wie z.B.: Soll die *Form* oder sollen die *Auswirkungen* des Verhaltens eines Marktbeherrschers analysiert werden, um die Missbräuchlichkeit gemäss Art. 7 nachzuweisen? Oder: Genügt der Nachweis einer *potenziellen* Auswirkung (was weniger aufwändig ist) oder muss ein *aktueller* Effekt des erwähnten Verhaltens dargetan werden (was deutlich aufwändiger ist), um die Tatbestandsmässigkeit von Art. 7 zu erstellen? Usw.; zum Ganzen ausführlich N 126 ff.

700 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

701 ZENGER/WALKER, 205 («[…] hopelessly detached from competitive realities»).

702 Vgl. ZENGER/WALKER, 205.

703 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 85 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

704 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 84 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

705 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 87 f. – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

706 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 98–109 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

707 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 108 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

708 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 107 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

709 Vgl. die gesamte Argumentenkette in EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 72–114, 248–260 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II), sowie das Dispositiv in: *op. cit.*, S. II-4187.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

710 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 258 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II) (H.v.d.V.).

711 Vgl. FN 710.

712 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 107 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

713 Dazu ZENGER/WALKER, 205.

714 Vgl. EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 90, 100 – Hoffmann-La Roche & Co. AG /Kommission.

715 Vgl. FN 714.

716 «Bekanntlich» deshalb, weil das folgende Zitat in der vorliegenden Kommentierung von Art. 7 schon einmal (partiell) wiedergegeben worden ist: s. N 148.

717 BELLAMY/CHILD, Rz 10.059 (H.v.d.V.).

718 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19.

719 Dazu MARSDEN/BISHOP, 257 ff. m.Nw.

720 MARSDEN/BISHOP, 258 (H.v.d.V.).

721 Vgl. die Übersichten über die in Doktrin und Praxis entwickelten Ansätze bei ZENGER/WALKER, 185 ff. m.Nw.; sowie bei MARSDEN/BISHOP, 257 ff. m.Nw.

722 Vgl. EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 129 ff. – Intel Corporation/Kommission; dazu die Ausführungen in N 139; ferner auch die Übersicht über die in der Praxis entwickelten Ansätze bei BELLAMY/CHILD, N 10.059; krit. O'DONOGHUE/PADILLA, 449 f.

723 Nach unserer gegenwärtigen Sicht der Dinge hat nur einer dieser Vorschläge eine reelle Aussicht darauf, die Wettbewerbsbehörden sowie die Gerichte inskünftig bei der Lösung des hier diskutierten Problems zu unterstützen; aber dies nur, sofern es gelingt, diesen Vorschlag noch weiter zu konkretisieren und auszubauen. Es handelt sich dabei um die von ZENGER/WALKER vorgeschlagene *«‹ability, incentive, harm to consumers› methodology»* (ZENGER/WALKER, 188), die folgendermassen resümiert werden kann: (1) Zunächst muss nach dieser Methode im Rahmen der Auswirkungsanalyse gemäss Art. 7 ein *plausibles «Narrativ»* aufgestellt werden, das schildert, wie der Wettbewerb und letztlich die Konsumentenwohlfahrt im Verhältnis zu einem *adäquat definierten Kontrafaktual* (d.h. einem kontrafaktischen Konditionalsatz) beeinträchtigt werden (merke: Ein «kontrafaktischer Konditionalsatz» (oder Kontrafaktual) ist ein Satz, der nach dem *«wenn …, dann …»*-Muster aufgebaut ist. Das bedeutet, dass der Satz eine zweistufige Struktur besitzt, die aus einem Vordersatz und einem Nachsatz besteht, die ihrerseits folgende semantische Eigenschaften besitzen: Der Vordersatz schildert eine Situation, die tatsächlich nicht geschehen ist, die aber hätte geschehen können (sog. Kontrafaktizität oder *irrealis*); der Nachsatz zieht die Konsequenz aus dieser nichtgeschehenen Situation; Bsp.: Wenn sich Medvedev im Finalspiel nicht verletzt hätte, so hätte er das Wimbledon-Turnier gewonnen). Worin dieser erste Prüfungsschritt konkret besteht, kann am Beispiel von *interchange fees*-Systemen (*«multilateral interchange fees»* oder «MIFs») veranschaulicht werden (dieses Beispiel stellt zwar ein solches gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV dar; dies macht aber für die Erklärung des Prinzips keinen Unterschied; es ist in dieser Hinsicht zu bemerken, dass unter Art. 7 die hier diskutierte Methode gestaltungstechnisch noch Schwierigkeiten kennt; vgl. ZENGER/WALKER, 203 ff.; um die Darstellung dieser Methode vorliegend durch diese Schwierigkeiten nicht zu verfälschen, ist bewusst ein *«non-cartel restriction of competition»*-Beispiel gewählt worden). MIFs-Systeme – aber auch andere Systeme, die eine ähnliche Struktur aufweisen – bringen den relevanten Markt (d.h. *in casu* den Markt für Issuers/Cardholders) überhaupt erst zur Entstehung. Ohne die entsprechende Zusammenarbeit von Banken und Finanzinstituten, die diese Systeme gemeinsam ins Leben rufen, würden die Effizienzen verloren gehen, die auf dem relevanten Markt erzielt werden (vgl. ZENGER/WALKER, 202: «[…] interchange fees generally lead to lower cardholder fees for final consumers and higher investment incentives for issuing banks»). Insofern entfaltet diese Zusammenarbeit *prokompetitive* Effekte *«almost by construction»* (ZENGER/WALKER, 202). Dennoch gibt es eine Tendenz in der Praxis, MIFs-Systeme oder ähnliche Systeme als *antikompetitiv* einzustufen, weil sie – mit Beipflichtung eines immer noch viel zu grossen Teils der Doktrin – als «bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen» (s. N 67) qualifiziert werden können (nämlich als Preisabreden i.S. v. Art. 5 Abs. 3). So zu argumentieren hat für Wettbewerbsbehörden den Vorteil, dass eine *theory of harm* schon erst einmal gar nicht aufgestellt werden muss. Allerdings rächt sich eine solche Unterlassung: Ohne das Kontrafaktual, welches bei Bildung einer *theory of harm* definiert werden muss, kommt nicht zum Vorschein, dass in Wirklichkeit das als «bezweckte Wettbewerbsbeschränkung» abqualifizierte und abgewertete Verhalten effizienzfördernd ist. Die fraglichen Effizienzen können dann gar nicht zum Abgleich mit den Nachteilen gebracht werden, die sich aus der Beschränkung ergeben, denn sie bleiben unidentifiziert. Ohne *theory of harm* ist die Effektenanalyse gleichsam «blind». (2) Gemäss der hier fraglichen Methode ist alsdann in der

Wirkungsanalyse nach Art. 7 zu überprüfen, ob die verwendete *theory of harm* in ihrer internen Konstruktion *logisch konsistent* angelegt ist. Das ist z.B. dann nicht der Fall, wenn bei der Zurechnung eines Wettbewerbsschadens *spekulative Momente* benutzt werden. Wenn beispielsweise MIFs-Systeme oder ähnliche Systeme ohne eine solche Analyse geradewegs und ohne Weiteres der Kategorie der «bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen» (s. N 67) zugeschlagen werden, so liegt in dieser Kategorisierung eine offenkundige Spekulation, die die «interne Logik» der Entscheidung vernichtet. Man könnte diese Facette eines Missbrauchsstandards auch dahingehend umschreiben, dass in einem solchen Fall der «gesunde Menschenverstand» eine Art Alarm der «Entscheidungsunplausibilität» auslösen wird, wenn das Kontrafaktual eine Adäquanzprüfung nicht überlebt. (3) Schliesslich fordert die vorliegend diskutierte Methode die Anwendung von *zwei Tests* der *Fakten* eines Falles. (a) Geprüft werden muss einmal, ob das wirkungserzeugende Verhalten überhaupt die *Tauglichkeit* besitzt, die unterstellten Effekte auszulösen (*ability*-Test). Im *Michelin II*-Entscheid (s. N 149) war in diesem Sinne leicht erkennbar, dass ein Rabattsystem mit siebenundvierzig Rabattstufen, das bei Nichterreichen der Zielmenge zu einem Strafabschlag von lediglich 0.06% pro Stufe führt, besagte Tauglichkeit nicht vorhanden war. (b) Der zweite Test betrifft die Frage, ob das inkriminierte Unternehmen überhaupt ein *Interesse* daran hat, das vorgehaltene Verhalten zu praktizieren (*incentive*-Test). Im Hinblick auf MIFs-Systeme oder ähnliche Systeme zeigt dieser Test, dass den beteiligten Banken und Finanzinstituten in der Regel der Wille fehlen wird, die Rivalität auf dem geschaffenen Markt zu verfälschen, und zwar ganz einfach deshalb, weil daraus für die erwähnten Akteure keine Vorteile entstehen.

724 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

725 Vgl. zur Frage der Missbrauchswirkungen auf verbundenen Märkten N 159 ff.

726 Die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Merkmal (2) und Merkmal (3) ist eine der wesentlichen Erkenntnisse des industrieökonomischen Ansatzes im Kartellrecht (s. N 157). *In nuce* : Eine Wettbewerber verdrängende Verhaltensweise ist nicht notwendigerweise wohlfahrtsschädlich. Deshalb genügt es nicht, bloss eine Verfälschung des Wettbewerbsspiels zu beweisen; es bedarf zusätzlich (in irgend einer Form) des Nachweises, dass die Wohlfahrt durch das fragliche Verhalten beeinträchtigt wird. Die Norm, die dieses Konzept wohl am anschaulichsten versinnbildlicht, ist Art. 7 Abs. 2 lit. e; dazu eingehend N 624 ff.

727 Vgl. AMSTUTZ, sic 2011, 532 ff.

728 Vgl. WEBER, Jusletter 1.11.2010, Rz 13.

729 BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 13.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2017; vgl. in diesem Zusammenhang auch HEINEMANN, Jusletter 21.6.2010, Rz 38; ferner EHRSAM/EMCH, 606; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1641.

730 Dazu statt aller EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 6 – Hoffmann-La Roche & Co. AG /Kommission.

731 Dazu WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 198 – Terminierung Mobilfunk (mit Blick auf die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. c): «Zu beachten ist jedoch, dass in der Aussicht, Gewinne über dem Wettbewerbsniveau zu erzielen, oftmals der Anreiz zu risikoreichen Investitionen und Innovationen liegt. Die Bekämpfung von Preisen über Wettbewerbsniveau darf somit nicht dazu führen, dass dieser Anreiz, den Leistungswettbewerb überhaupt erst aufzunehmen, zum Erliegen kommt».

732 Vgl. TSCHUDIN, Rabatte, 119.

733 WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 448 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; zum Ganzen ausführlich TSCHUDIN, Rabatte, 120 ff.

734 So auch mit zutreffender Argumentation VAHRENHOLT, 503.

735 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 91 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission.

736 BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1129; TSCHUDIN, Rabatte, 120; ZÄCH, Kartellrecht, Rz 623.

737 Vgl. BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1129 f.; ferner auch TSCHUDIN, Rabatte, 119; VLCEK, Rz 176.

738 BELLAMY/CHILD, Rz 10.009.

739 Vgl. BGer, RPW 2011/3 440 ff. E. 4.3.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

740 Vgl. WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 413 – Supermédia; so auch CHERPILLOD, 70 N 310; STÄUBLE /SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 28 f. (im Widerspruch zu den Ausführungen in *op. cit.*, Art. 7 N 76: «[Es] ist grundsätzlich immer dann von einer missbräuchlichen Verhaltensweise i.S.v. Art. 7 Abs. 1 KG auszugehen, wenn der *Einsatz der marktbeherrschenden Stellung* objektiv *wettbewerbswidrige Auswirkungen* auf dem relevanten Markt zur Folge hat» [H.v.d.V.]).

741 Vgl. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 898 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 448 f. – Online-Buchungsplattformen für Hotels; das Erfordernis der Nachweisbarkeit von *Kausalität 3* im Rahmen der Anwendung von Art. 7 wird schon allein durch den Umstand gefordert, dass die Komplexität der Funktionsweise eines Marktes *a priori* verbietet, die Hypothese zur Diskussion zu stellen, dass eine natürliche Vermutung dieser kausalen Beziehung gelte.

742 *Locus classicus* ist das 1956 veröffentlichte Paper von LIPSEY/LANCASTER, 11 ff.; vgl. ferner auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 504 f. m.Nw.; zum Ganzen ausführlich SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, Rz 178 ff.

743 Dazu HETTICH, 349 f.

744 Vgl. in diesem Sinne Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 512: «Nach diesem Wettbewerbsverständnis [sc. dem Verständnis des wirksamen Wettbewerbs als wettbewerbspolitisches Leitbild des geltenden Kartellgesetzes] kann es […] keineswegs Aufgabe der Wettbewerbspolitik sein, alle vermeintlichen ‹Unvollkommenheiten› von Marktprozessen zu beseitigen»; dazu SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, Rz 179.

745 Ein formales bzw. typisiertes Muster des Missbrauchs verlangt etwa HEINEMANN, Jusletter 29.6.2015, 25: «Art. 102 AEUV und Art. 7 KG untersagen den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. [… Es] stellt sich […] in diesem Zusammenhang die Frage, welche Anforderungen im Spektrum zwischen Akt und Potenz an die Tatbestandsverwirklichung zu stellen sind. Traditionell werden zur Konkretisierung des Missbrauchsverbots bestimmte Verhaltensweisen typisiert, welche den Kategorien von Ausbeutungs-, Behinderungs- und Strukturmissbrauch zugewiesen werden».

746 Das bedeutet insbesondere auch: Der Umstand, dass eine vollkommene Wahrnehmung der Wirtschaftsfreiheit durch Wettbewerber gestört wird, kann zuweilen seine Ursache in den Unvollkommenheiten des Marktes haben; vgl. WHISH/BAILEY, 200 ff.

747 Zur Frage des Beweismasses beim Nachweis dieser Kausalität TSCHUDIN, Rabatte, 122 ff.

748 CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, Article premier N 29; in diesem Sinne auch BIRKHÄUSER /REINERT, 128 f., 134 f.; SGK-JACOBS, Art. 96 N 16 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 13 Rz 4, 13, 56; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 20 Rz 24; RUBIN, in: SHK Kartellgesetz, Art. 1 N 4.

749 Dazu auch AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, 153 f.

750 So ausdrücklich WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 337 – Sport im Pay-TV.

751 Vgl. hierzu BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1120: «Da die Marktbeherrschung nicht als solche rechtswidrig ist, kann die darauf beruhende – der Marktmacht ohnehin innewohnende – Abweichung vom Verhalten eines Unternehmens unter Bedingungen vollkommenen Wettbewerbs nicht missbräuchlich sein. (Wenn Marktmacht etwa durch die Möglichkeit definiert wird, Preise oberhalb der Grenzkosten zu verlangen, suboptimale Mengen und Qualitäten zu produzieren oder in den Innovationsanstrengungen nachzulassen, dann kann nicht schon die Ausnutzung dieser Möglichkeiten missbräuchlich sein). Hieraus folgt dass das Unwerturteil der Missbräuchlichkeit eine Frage des Grades der Abweichung von den normalen Folgen der Marktbeherrschung ist»; dazu auch BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence = BGE 129 II 497; diese bei der Anwendung von Art. 7 Abs. 1 zu beachtenden Zusammenhänge werden von ZÄCH, Kartellrecht, Rz 623, nicht berücksichtigt.

752 Vgl. ROUSSEVA/MARQUIS, 42, 43.

753 BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1120.

754 Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 198 – Terminierung Mobilfunk.

755 Dieses dritte Argument gibt lediglich eine sehr grobe Tendenz wieder; die Anreizproblematik im Rahmen der Anwendung von Art. 7 ist in Wahrheit äusserst komplex; vgl. die ausführliche Analyse dieser Problematik im Hinblick auf Art. 7 Abs. 2 lit. a von GOHARI, Diss., 322 ff., die in aller Schärfe deren verschiedenen Dimensionen und Schwierigkeiten aufzeigt.

756 Dazu trefflich TSCHUDIN, Jusletter 25.3.2013, Rz 4: «Demgemäss kann die Form einer Verhaltensweise allein – abgesehen von offensichtlichen und klaren Fällen – nicht als Grundlage für den Entscheid über die Unzulässigkeit dienen».

757 So aber WEBER, EuZ 2006, 102 f.; ZÄCH, SIWR V/4, 164 f., vorbehaltlos gefolgt von KÜNZLER, 434 f.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 41 f. (im Widerspruch zu den Ausführungen in *op. cit.*, Art. 7 N 8: «Aus diesem Grund [sc. wegen des notwendige Schutzes der Wettbewerber vor nicht leistungsbezogenen Verhaltensweisen von Marktbeherrschern] setzt die Verhaltenskontrolle von

Art. 7 KG *erst* ein, wenn zum Strukturmerkmal der marktbeherrschenden Stellung eine unzulässige Verhaltensweise hinzutritt» [H.v.d.V.]); ablehnend TAUSCH, 131 f.

758 REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.3.8 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO.

759 Vgl. etwa SAVARY, 150 f. m.Nw.

760 Vgl. im Einzelnen KÜHNE, 65 ff.; ferner auch TAUSCH, 131 f. m.Nw.

761 Vgl. AMSTUTZ, sic! 2011, 532.

762 Vgl. GOHARI, Diss., 20 f.

763 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; aus der europäischen Rechtsprechung: EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 85 f. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB; EuG, 12.12.2000, Rs. T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, Rz 164 – Aéroports de Paris/Kommission; zum Ganzen etwa BELLAMY/CHILD, Rz 10.009.

764 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 724 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 12.3.2 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007; WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 485 ff. – Supermédia; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 660 ff., 898 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 439 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 387 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 102 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; aus der europäischen Rechtsprechung: EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 86 ff. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB; EuGH, 3.10.1985, Rs. 311/84, ECLI:EU:C:1985:394, Rz 25 f. – Centre Belge d'Etudes du Marché-Télémarketing/Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA et Information Publicité Benelux SA; EuGH, 6.3.1974, Rs. 6–7/73, ECLI:EU:C:1974: 18, Rz 22 – Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A und Commercial Solvents Corporation /Kommission; EuG, 17.12.2003, Rs. T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, Rz 127 – British Airways plc /Kommission; EuG, 7.10.1999, Rs. T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, Rz 167 – Irish Sugar plc /Kommission; ferner auch EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 45 – AKZO Chemie BV/Kommission; aus der Doktrin: BELLAMY/CHILD, Rz 10.009; BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1130; RIZIOTIS, 179 ff.; VAHRENHOLT, 504; **a.A.** DAVID/JACOBS, Rz 719.

765 Vgl. die Nw. in FN 1764; ferner auch Sekretariat, RPW 2005/4, 605 ff. Rz 63 – Clauses d'architecte ou d'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève; dazu statt anderer CHERPILLOD, 70 Rz 311.

766 Vgl. im vorliegenden Kontext namentlich WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 302 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC): «Eine solche Marktverschliessung tritt insbesondere dann auf, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen ebenfalls auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist. Es besteht dann die Möglichkeit, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen versucht, seine Marktmacht auf den benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt zu übertragen (Leverage), indem Konkurrenten auf dieser Marktstufe behindert werden. Die einfachste Form, dies zu erreichen, ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen mit möglichen Konkurrenten auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt. Andere Möglichkeiten sind etwa die Bevorzugung des eigenen, auf dem benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt tätigen Unternehmens (eigene Tochter- oder Schwestergesellschaft) oder Koppelungsverträge».

767 EuG, 6.10.1994, Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rz 116 ff. – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II).

768 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 ECLI:EU:C:1996:436, Rz 31 f., 48 – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II).

769 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 31 f. – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II).

770 Vgl. eingehend zu diesen Fallkonstellationen CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 67 m.Nw. aus der europäischen Praxis.

771 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 67.

772 WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 486 – Supermédia.

773 WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 486 – Supermédia.

774 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 28 – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II).

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

775 WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 486 f. – Supermédia; diese Regel gilt im Übrigen auch für das Verhältnis zwischen Missbrauch und *legitimate business reasons*; dazu Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. Rz 221 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz: «Bei der Prüfung von ‹legitimate business reasons› ist im Allgemeinen zu beachten, dass zwischen der Wettbewerbsbeschränkung und dem geltend gemachten Rechtfertigungsgrund ein enger sachlicher Zusammenhang bestehen muss. Obwohl vorliegend der geltend gemachte Rechtfertigungsgrund andere Märkte (Liefermärkte) betrifft, als jene, auf denen die allfälligen Kartellrechtsverstösse stattfinden würden (Transport- bzw. Verteilmärkten), wäre ein solch enger sachlicher Zusammenhang aufgrund der besonderen Beziehungsnähe zwischen den Liefermärkten einerseits und den Transport- und Verteilmärkten andererseits wohl zu bejahen»; aus der europäischen Rechtsprechung: EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 24 f., 31 f., 48 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II).

776 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 84 ff. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

777 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 29 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II) (H.v.d.V.); vgl. auch EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 86 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

778 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 87 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

779 WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 486 – Supermédia.

780 Vgl. zu diesem Begriff die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 400 ff.

781 EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 41 ff. – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission.

782 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 67.

783 BELLAMY/CHILD, Rz 10.052.

784 Dazu grundsätzlich AMSTUTZ, Marktbeherrschung, 27 ff.; eingehend zum *case law* BELLAMY/CHILD, Rz 10.051: «The Commission has indicated, however, that common conduct does not have to include the conduct alleged to be abusive: an abuse of a collective dominant position may be committed by some but not all of the undertakings held to be collectively dominant. In Atlantic Container Line u Commission (‹TACA›) the General Court held that the existence of a collective dominant position does not require the adoption by those undertakings of the same conduct for all aspects of competition on the relevant market» (mit Hinweis auf KOMM., COMP/39.388 und 39.389 – E.ON; EuG, 30.9.2003, T-191/98 u.a., Rz 655 ff., EU:T:2003:245 – Atlantic Container Line u Commission («TACA»); ferner auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 44.

785 HILDEBRAND, 451 ff.; MERKT, 72 f., der eine Übersicht über die Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden zur kollektiven Marktbeherrschung gibt.

786 Vgl. dazu eingehend TEMPLE LANG, Abuse, 159 f., der freilich darauf aufmerksam macht, dass die ökonomische Analyse des Missbrauchs im Oligopol in der Regel komplexer ist als im Falle der Marktbeherrschung durch ein einziges Unternehmen: «[A]n analysis of the economic effects would certainly be needed, but no new or different concept of abuse» (160); dazu sodann auch WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 432 – Online-Buchungsplattformen für Hotels.

787 Freilich ist hervorzuheben, dass der erste Satz in Rz 87 in diesem Schlussbericht (Sekretariat, RPW 2003/1, 87 ff. Rz 59 – VSW-Aufnahmebedingungen), unklar ist; eine gewisse Interpretation des Letzteren halten wir für nicht tunlich; s. N 95.

788 Sekretariat, RPW 2003/1, 87 ff. Rz 59 – VSW-Aufnahmebedingungen.

789 WEKO, RPW 2003/4, 753 ff. Rz 75 – Veterinärmedizinische Tests/Migros.

790 WEKO, RPW 2003/4, 753 ff. Rz 75 – Veterinärmedizinische Tests/Migros.

791 WEKO, RPW 2003/4, 753 ff. Rz 75 – Veterinärmedizinische Tests/Migros; vgl. auch REKO/WEF, RPW 2000/4, 716 ff., E. 4 – Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG; ferner auch (unklar) WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 84 – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit.

792 WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 266 – Terminierung Mobilfunk.

793 BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 12.3.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007; zu diesem Urteil HEINEMANN, Jusletter 21.6.2010, Rz 1 ff.; BOVET/ALBERINI, 102 f.; C. SEITZ, AJP 2010, 653 ff.; WEBER, Jusletter 1.11.2010, Rz 1 ff.

794 An einer Stelle des Urteils scheint das Gericht davon auszugehen, dass zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch eine Kausalität bestehen muss: «In diesem Sinne verweist der im Kontext von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG verwendete Begriff ‹Erzwingung› […], auf die wirtschaftliche Macht eines beherrschenden Unternehmens, das seinen Vertragspartnern seinen Willen aufzwingen kann, weshalb es auf deren Verhandlungsgeschick nicht ankommen kann […]»

(BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 11.3.1.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2010, B-2050/2007); diese Ausführungen lassen aber keine klare und unzweideutige Interpretation zu.

795 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.3, 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

796 Dazu AMSTUTZ, sic! 2011, 530 ff.; gemäss LÜSCHER, 258, ist diese Kausalitätsregel in BGE 129 II 497 aufgestellt worden; allerdings gibt dieser Autor die Sätze oder Passagen in diesem Entscheid nicht an, auf welche er seine Aussage stützt; nach Analyse des Urteils vermuten wir, dass dieser Autor folgende *zwei Stellen* in den richterlichen Erwägungen meinen könnte: (1) E. 6.1: «Les conditions d'application de l'art. 7 LCart sont: qu'il existe une entreprise au sens de l'art. 2 al. 1 LCart […], qu'il s'agisse d'une entreprise dominant le marché au sens de l'art. 4 al. 2 LCart […], qu'elle entrave l'accès aux autres entreprises à la concurrence ou son exercice ou encore désavantage les partenaires commerciaux […] *et enfin, que cela résulte d'un abus de sa position dominante* […]» (H.v.d.H.); (2) E. 6.5.3: «La recourante utilise sa position de fait dominante, qu'elle tire de son réseau de transport, pour ne pas devoir s'ouvrir à la concurrence. Son comportement est donc directement dirigé contre une possible instauration de la concurrence *et exclut, dans le résultat, toute concurrence entre les fournisseurs d'énergie*. Ce comportement doit donc être qualifié d'abusif, dans la mesure où il ne peut pas être justifié par des motifs objectifs» (H.v.d.V.); untersucht man diese zwei höchstrichterlichen Passagen, lässt sich zweierlei zu LÜSCHERs Ansicht sagen. *Zunächst* : In die soeben wiedergegebenen und in Kursivschrift gesetzten Satzteile könnte man durchaus einen Kausalitätsgedanken hineinprojizieren; allerdings würde eine solche Sinnprojizierung, hielte man diese für passend, angemessen und gerechtfertigt, keine Auskunft darüber geben, zwischen welchen Merkmalen des Tatbestandes von Art. 7 Abs. 1 einen Kausalzusammenhang nach höchstrichterlicher Ansicht bestehen müsste; *sodann*: In sämtlichen Erwägungen des Urteils ist keine Stelle oder Passage auffindbar, wo das Gericht über die vorliegend zur Diskussion stehende Kausalitätsfrage *explizit reflektiert*; aus diesen Gründen folgen wir der Einschätzung von LÜSCHER nicht.

797 Dass diese Differenzierung vom Bundesgericht lediglich unzureichend durchgehalten wurde, dass sie von dieser Instanz aber durchaus getroffen wurde, ist in verschiedenen doktrinellen Urteilsbesprechungen gänzlich übersehen worden; dementsprechend wurde in diesen Beiträgen die vorliegend analysierte Argumentation des Bundesgerichts über das Merkmal der Kausalität in BGer, RPW 2011/3, 440 ff. – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 auch nicht erkannt; zu dieser mangelnden Klarsicht der Lehre N 48.

798 VAHRENHOLT, 503.

799 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 (H.v.d.V.).

800 LÜSCHER, 172, meint, dass mit dem Wort «Erfordernis» an dieser Stelle des Urteils ein «Erfordernis, dass eine marktbeherrschende Stellung allein noch nicht missbräuchlich sei» gemeint ist; diese Ansicht ist wegen der bei LÜSCHER vorgenommenen Dekontextualisierung der bundesgerichtlichen Ausführungen abzulehnen.

801 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 (H.v.d.V.).

802 So auch WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 443 ff. – Online-Buchungsplattformen für Hotels (u.a. mit Hinweis auf BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199).

803 Bestätigt wird diese Deutung von drei Umständen: (1) Einmal durch den letzten Satz der Erwägung 4.3.4, der hervorhebt, der Begriff «Erzwingung» sei dahingehend zu begreifen, «[…] dass die fraglichen [sc. unangemessenen] Bedingungen der Marktgegenseite aufgezwungen werden müssen», weshalb diesem Begriff «[…] eine *eigenständige Bedeutung* zuzumessen [ist]» (*loc. cit.*, E. 4.3.4 [H.v.d.V.]). (2) Als zweite Bestätigung der hier vertretenen Deutung ist die Aussage aus Erwägung 4.3.3 aufzufassen: «Im Übrigen führt selbst nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union die wirtschaftliche Macht des Marktbeherrschers noch nicht für sich allein dazu, dass dessen Preise missbräuchlich sind, sondern *es ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen* […]. Damit ergibt sich [… keineswegs] die zwangsläufige Folgerung, dass bereits bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung von einem Missbrauch auszugehen ist, *ohne dass dem Tatbestandselement des ‹Erzwingens› eine davon unabhängige selbständige Bedeutung zukäme*» (*loc. cit.*, E. 4.3.3 [H.v.d.V.]).(3) Schliesslich bestätigt auch der vorletzte Satz von Erwägung 4.3.3 die hier vertretene Deutung.

804 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

805 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.2 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

806 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 64 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

807 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.009; VENIT, Post Danmark I and II, 169; FUNK/JAAG, 16; ROUSSEVA /MARQUIS, 44; BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1129; BRISIMI, 63 f.; sodann auch RIZIOTIS, 251.

808 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 44 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I): «Um zu entscheiden, ob […] wettbewerbswidrige Auswirkungen vorliegen, ist zu prüfen, ob *diese Preispolitik* [sc. die missbräuchliche Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens] ohne eine objektive Rechtfertigung *zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung dieses Wettbewerbers* [sc. des Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens] *zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt*» (H.v.d. V.); EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 69 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II): «Diese Beurteilung dient der Feststellung, ob das *Verhalten* des Unternehmens in beherrschender Stellung *zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung von Wettbewerbern zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt* (Urteil Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, Rn. 44)» (H.v.d.V.); vgl. zur Bestätigung des vorliegend diskutierten Kausalitätsgrundsatzes durch den EuGH in *Post Danmark II* die resümierende Bemerkung von VENIT, Post Danmark I and II, 169: «[T]he Court recognises and addresses in § 69 of the judgment […that] there is a causal relationship between a rebate's loyalty-inducing effects and its market foreclosure effects […]»; ferner auch ROUSSEVA/MARQUIS, 44 (zur Rz 44 von *Post Danmark I*).

809 Vor den Urteilen *Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige, Post Danmark I* und *II* war die hier besprochene Kausalitätsfrage in der Europäischen Union kontrovers (vgl. VOGELENZANG, 61 ff.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.009; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 128 f., 140 f.; BIANCHI, 95 ff.). Die Diskussion war hauptsächlich durch das Urteil *Continental Can* nicht unbedeutend blockiert, in dem der EuGH die Voraussetzung eines kausalen Zusammenhangs zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch abgelehnt hatte: «Bei diesem Sinn und der Tragweite des […Art. 102 AEUV] kommt es auf die von den Klägern aufgeworfene Frage des ursächlichen Zusammenhangs, der nach ihrer Ansicht zwischen der beherrschenden Stellung und der missbräuchlichen Ausnutzung bestehen muss, nicht an, denn die Verstärkung der Stellung eines Unternehmens kann ohne Rücksicht darauf, mit welchen Mitteln und Verfahren sie erreicht worden ist, missbräuchlich und nach […Art. 102 AEUV …] verboten sein, sofern sie die vorstehend beschriebenen Wirkungen hervorruft» (EuGH, 21.2.1973, Rs. 6/72, ECLI:EU:C:1973:22, Rz 27 – Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc./Kommission; bestätigt in EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 91 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; so auch KOMM, ABl. 1985 L 374/1 Rz 85, *ECS/AKZO*). Ein Teil der älteren Lehre hat diese Rechtsprechung vor allem mit dem Argument begrüsst, dass sich in der Irrelevanz der hier fraglichen Kausalität «[…] die Erkenntnis wider[spiegelt], dass bei marktbeherrschenden Unternehmen jedes Marktverhalten, das unter Wettbewerbsbedingungen nicht zu beanstanden wäre, in den Dienst der Marktbeherrschung gestellt werden kann» (vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 136; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 26 m.Nw. in FN 47). Allerdings begann sich die europäische Rechtsprechung vom Urteil *Continental Can* allmählich zu lösen. Im Jahre 1996 hielt der EuGH im Urteil *Tetra Pak II* fest: «Es trifft zu, dass die Anwendung von Artikel […102 AEUV] einen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich missbräuchlichen Verhalten voraussetzt, der in der Regel nicht gegeben ist, wenn sich ein Verhalten auf einem von dem beherrschten Markt verschiedenen Markt dort auswirkt. Handelt es sich wie im vorliegenden Fall um verschiedene, aber verbundene Märkte, so können *nur besondere Umstände* eine Anwendung von Artikel […102 AEUV] auf ein Verhalten rechtfertigen, das auf dem verbundenen, nicht beherrschten Markt festgestellt wurde und sich dort auswirkt» (EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 27 – Tetra Pak International SA/Kommission [Tetra Pak II; H.v.d.V.]). In der Folge ist diese Aussage oft dahingehend interpretiert worden, dass es sinnwidrig wäre, «… to blame a dominant firm for adverse effects on a rival firm or competition that are not caused by anything done by the dominant firm» (O'DONOGHUE/PADILLA, 265 m.Nw.; vgl. auch EILMANSBERGER, 141 f.); vgl. auch BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1130).

810 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

811 Vgl. AMSTUTZ, sic! 2011, 531 f.; ferner auch VAHRENHOLT, 503 f., der diesen Punkt zwar durchaus sieht (und insofern analytisch exakt und präzis ist), aber aus nicht leicht nachvollziehbaren Gründen kritisiert («Gänzlich falsch jedoch ist, dass deshalb die für die Wettbewerbsanalyse relevanten Auswirkungen des mutmasslichen Ausbeutungsmissbrauchs nur noch im Verhältnis der Swisscom und der übrigen Fernmeldediensteanbieterinnen auftreten können […]» [504]).

812 WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 448 – Online-Buchungsplattformen für Hotels.

813 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 562 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; vgl. sodann auch Rz 562 und 724 dieses Urteils.

814 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 781 Rz 898 – Sport im Pay-TV.

815 WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 485 – Supermédia (H. teilweise v.d.V.).

816 RUFFNER, AJP 1996, 838; GRÜNIGER, 195.

817 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 66; VAHRENHOLT, 503 (der einen Kausalzusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch als «Essenz des kartellrechtlichen Dominanzregimes» betrachtet); KÜNZLER, 462; CANDREIA, Rz 503.

818 ZÄCH, Kartellrecht, Rz 623.

819 GOHARI, Diss., 68; TSCHUDIN, Rabatte, 121 f.; DERS., Jusletter 25.3.2013, Rz 2, 4; AMSTUTZ, sic! 2011, 531 ff.; VLCEK, Rz 484 ff., insbesondere Rz 487; DAVID/JACOBS, Rz 718, 721; CHERPILLOD, 70 f. Rz 312 f.; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 3; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 30; unschlüssig SAVARY, 150; jegliche Kausalität **abl**. KIENER, 208 f.; ZÄCH, Kartellrecht, Rz 623; DUPOVAC, 16.

820 Diesen Gesichtspunkt übersieht BAARSMA, 575, was ihre Kritik der Anerkennung von *legitimate business reasons* fragwürdig werden lässt.

821 EuGH, 31.5.2005, Rs. C-53/03, ECLI:EU:C:2005:333, Rz 72 – Syfait u.a./GlaxoSmithKline u.a., EU:C:2004:673; dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.069; O'DONOGHUE/PADILLA, 282 f.; WHISH/BAILEY, 217.

822 Das bedeutet allerdings nicht, dass aus dem blossen Fehlen von *legitimate business reasons* ohne Weiteres auf das Vorliegen eines Missbrauchs i.S.v. Art. 7 geschlossen werden darf; m.a.W. kann auch die Missbrauchsanalyse (s. N 98 ff.) zu einem *negativen* Befund führen; ansonsten wäre ihre Durchführung entbehrlich; **a.A.** STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 99: «In der Praxis wird zur Prüfung, ob ein missbräuchliches Verhalten vorliegt, primär auf das Konzept der legitimate business reasons abgestellt. Gemäss diesem Konzept liegt ein unzulässiges Verhalten immer dann vor, wenn keine sachlichen Gründe […] oder Effizienzgründe […] für die Behinderung oder Ausbeutung vorgebracht werden können», dies unter Verweisung auf BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; dem ist nicht zu folgen; die Lehre von den *legitimate business reasons* befreit nicht von der Notwendigkeit eines Nachweises der schädlichen Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens; es ist unzutreffend, dass in BGE 139 I 72 eine Prüfung solcher Auswirkungen nicht stattgefunden hat und nur das Vorliegen einer Rechtfertigungsmöglichkeit untersucht wurde, wie STÄUBLE/SCHRANER mit ihrem Zitat in FN 126 meinen; die Auswirkungsprüfung ist in diesem Urteil in den E. 10.2.2, 10.4.2 und 10.4.3 durchaus vorgenommen worden; vgl. die überzeugende Kritik von GOHARI, Diss., 464 f., der Argumentation von STÄUBLE/SCHRANER am Beispiel von Art. 7 Abs. 1 lit. a: «Abschliessend ist auf eine in der Lehre vorhandene Ansicht einzugehen, die sinngemäss wie folgt lautet: Werden Geschäftsbeziehungen ohne sachliche Rechtfertigungsgründe verweigert, sind sie missbräuchlich. Diese Lehrmeinung stellt jede Geschäftsverweigerung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen unter Generalverdacht. Folgt man dieser Ansicht, obliegt es a priori dem marktbeherrschenden Unternehmen, seine Verweigerung zu rechtfertigen […]. Dies gilt selbst dann, wenn ein Nachfrager zu Unrecht Zugang verlangt, weil er selbst in der Lage wäre, eine Alternative zur Ressource des marktbeherrschenden Unternehmens zu finden oder zu erarbeiten. In der Sprache der Missbrauchsstandards hat man es gleichsam mit einer Vermutung der Missbräuchlichkeit zu tun. […] Die Grundtendenz (Verletzung von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG – und damit möglicherweise eine Kontrahierungspflicht –, ausser es ist ein sachlicher Rechtfertigungsgrund beweisbar) ist mit dem Telos von Art. 96 BV jedoch nur schwer vereinbar. Es ist nämlich keineswegs so, dass eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen schon dem Grundsatz nach verdächtig ist. Sie ist es nur, wenn sie volkswirtschaftlich oder sozial schädlich ist. Diese analytische Zurückhaltung geht der erwähnten Formulierung gänzlich ab und sie verdreht die Dogmatik von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG: Richtigerweise ist zuerst die Wettbewerbsschädlichkeit zu beweisen, erst dann kann über sachliche Rechtfertigungen überhaupt nachgedacht werden» (Hervorhebungen weggelassen).

823 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 569; vgl. ferner zu dieser Definition auch BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2001/1, 95 ff. Rz 53 – Intensiv SA, Grancia; Sekretariat, RPW 2003/1, 87 ff. Rz 72 – VSW-Aufnahmebedingungen; Sekretariat, RPW 2003/2, 240 ff. Rz 45 – Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson & Johnson; Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff. Rz 81, 173 – Produktebündel «Talk & Surf».

824 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 9; MARBACH/DUCREY/WILD, 374 Rz 1644; der Rest der Lehre geht in dieser Frage freilich rein kasuistisch vor: P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 7; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 145 ff.; vgl. auch VENTURI/FAVRE, 19 f., die zuweilen die Fragen der Wettbewerbsverfälschung und der Rechtfertigung zu vermengen scheinen; unklar ferner auch BECK, 38.

825 Auch wenn man die kaufmännischen Rechtfertigungsgründe fraglos mit diesen Worten ausdrücken kann, werden mit diesen die *industrieökonomischen* nicht erfasst, die erst von der späteren Praxis dogmatisiert wurden; vgl. ausführlich N 174 f.

826 Allgemein betrachtet zeichnet sich der «Stil» der WEKO und des Sekretariats – und dies im auffallenden Unterschied zur Europäischen Kommission – dadurch aus (und dies bis heute), die Aufstellung von sog. *bright line rules* zu vermeiden, um sich immer noch eine Möglichkeit der

Intervention in Fällen vorzubehalten, die z.B. in Bekanntmachungen unter einen Grundsatz gestellt worden sind (ganz nach der volkstümlichen Weisheit «man weiss ja nie …»). Für die Kosten der dadurch geschaffenen Rechtsunsicherheit zeigen sich die schweizerischen Wettbewerbsbehörden wenig empfindsam; zur Veranschaulichung sei auf die Beispielfälle in N 138, verwiesen.

827 Vgl. Sekretariat, RPW 2000/1, 1 ff. Rz 40 f. – Lokoop AG vs. SBB; Sekretariat, RPW 2000/4, 571 ff. Rz 46 ff. – Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt; Sekretariat, RPW 2001/1, 81 ff. Rz 37 ff. – Watt /Migros–SIE; WEKO, RPW 2001/1, 95 ff. Rz 53 ff. – Intensiv SA, Grancia; WEKO, RPW 2001/2, 255 ff. Rz 176 ff. – Watt/Migros–EEF; WEKO, RPW 2003/1, 106 ff. Rz 264 ff. – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft; WEKO, RPW 2003/4, 753 ff. Rz 79 ff. – Veterinärmedizinische Tests/Migros; WEKO Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff. Rz 81 ff. – Produktebündel «Talk & Surf»; WEKO, RPW 2004 /2, 407 ff. Rz 173 ff. – Swisscom ADSL; WEKO, RPW 2006/2, 227 ff. Rz 112 ff. – Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG); WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Rz 198 ff., 220 ff., 211 ff., 226 f., 267 ff., 227 ff., 274 ff. – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; vgl. demgegenüber jetzt BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 565 ff. – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 265 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich = BVGer, 24.11.2016, B-3618 /2013.

828 REKO/WEF, RPW 2002/4, 672 ff. E. 7.3 – Entreprises Electriques Fribourgeoises.

829 WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 242 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO.

830 Vgl. zum Unterschied zwischen Marktmacht und Marktbeherrschung die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 1 f.

831 WEKO, RPW 2004/3, 778 ff. Rz 69 – TicketCorner.

832 Vgl. zu dieser Unterscheidung auch WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 99 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

833 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 408 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (H.v.d. V.); bestätigt in WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 679 ff. – Sport im Pay-TV.

834 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 408 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

835 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 408 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

836 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 411 – 482– SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

837 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; ebenso WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 124 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

838 **A.A.** STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 104: «[D]as Effizienzkriterium [hat] in die konstante Schweizer Rechtspraxis zu Art. 7 KG bislang keinen (ausdrücklichen) Eingang gefunden».

839 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 680 – Sport im Pay-TV.

840 Vgl. zu dieser Systematik auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 78; O' DONOGHUE/PADILLA, 283 ff.; ALBORS-LLORENS, 1755; BELLAMY/CHILD, Rz 10.069; CARRON, Abus, 11; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 147; WHISH/BAILEY, 217 f.; ferner auch WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 679 – Sport im Pay-TV.

841 Vgl. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 680 – Sport im Pay-TV.

842 Vgl. EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 41 – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark I); ferner auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.069; WHISH/BAILEY, 218.

843 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 680 – Sport im Pay-TV.

844 Man darf nicht vergessen, dass der Vergleich des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens mit demjenigen eines Unternehmens ohne qualifizierte Marktmacht insofern zu falschen Schlüssen führen kann, als jenem eine «besondere Verantwortung» zukommt, d.h. dass er in seiner Verhaltensfreiheit begrenzt ist und nicht mehr alles tun darf, was er vor der Erlangung seiner beherrschenden Marktstellung tun durfte; deshalb sollte ein solcher Vergleich prinzipiell vermieden werden; dazu ausführlich N 72 f.; zutreffend deshalb CR Concurrence-CLERC

, Art. 7 I N 101: «Le comportement d'une entreprise dominante peut être qualifié d'abusif même si une autre entreprise ne disposant pas de la même puissance sur le marché aurait adopté un comportement similaire dans les mêmes circonstances».

845 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 29; vgl. schon EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 80; zum Ganzen BELLAMY/CHILD, Rz 10.148; krit. ALBORS-LLORENS, 1756.

846 EuG, 12.12.1991, Rs. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, Rz 118 f. – Hilti/Kommission; EuG, 6.10.1994, Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rz 83 f., 138 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II); dazu WHISH/BAILEY, 218.

847 Vgl. EuGH, 16.9.2008, C-468/06 u.a., ECLI:EU:C:2008:504, Rz 50 – Sot. Lelos kai Sia EE v GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proionton.

848 ALBORS-LLORENS, 1756.

849 EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 189 ff. – United Brands/Kommission; EuG, 1.4.1993, Rs. T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31, Rz 69 – BPB Industries plc und British Gypsum Ltd /Kommission; EuG, 7.10.1999, Rs. T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, Rz 112 – Irish Sugar plc /Kommission.

850 Vgl. ALBORS-LLORENS, 1757 f.

851 Zum Ganzen O'DONOGHUE/PADILLA, 283 m.Nw.; ferner KOMM, ABl. 1987 L 286/36 Rz 19 – BBI /Boosey & Hawkes.

852 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 694 – Sport im Pay-TV; dazu CARRON, Abus, 11; für das europäische Wettbewerbsrecht EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 42 – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark I); EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 49 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II).

853 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 30; vgl. schon EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 84 ff.; dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.024, 10.071; WHISH /BAILEY, 217, 218.

854 Vgl. zum Ganzen O'DONOGHUE/PADILLA, 285 f.; ALBORS-LLORENS, 1758 f.

855 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 76 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB; EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 41 f. – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I); EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 47 f. – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark II).

856 Vgl. im Einzelnen O'DONOGHUE/PADILLA, 286 ff. m.Nw.

857 Theoretisch nicht auszuschliessen ist grundsätzlich eine dritte Variante: Die dogmatisch eigenständige Lösung der Voraussetzungsfrage; dies ist allerdings in der gegenwärtig geführten Diskussion eine derart fernliegende Variante, dass sie vorliegend nicht in Betracht gezogen wird.

858 WEKO, RPW 2017/3, 410 ff. Rz 73 – Vorsorgliche Massnahmen Eishockey im Pay-TV.

859 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 695 – Sport im Pay-TV.

860 WEKO, RPW 2017/3, 410 ff. Rz 73 – Vorsorgliche Massnahmen Eishockey im Pay-TV (H.v.d.V.); WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 695 – Sport im Pay-TV.

861 In seiner Dissertation zu Kosten-Preis-Vergleichen in den behördlichen und gerichtlichen Praxen zu Art. 7 KG und zu Art. 102 AEUV, die ROTH 2017 auf dem Stand Juli 2016 veröffentlicht hat (und der mithin vom Fall *Sport im Pay-TV* keine Kenntnis haben konnte), wird im Hinblick auf die von der WEKO praktizierte Missbrauchsanalyse die Prognose gestellt: «Beachtenswert scheint […], dass die WEKO wahrscheinliche negative Effekte auf die (Konsumenten-)Wohlfahrt offenbar […nicht] betrachtet» (ROTH, Wettbewerber, 151). Im Lichte dieser Bemerkung wäre als Hypothese zur Erklärung der von der WEKO ausgesuchten Lösung zwar naheliegend gewesen, dass diese Behörde damit beginnen wollte, ihre Praxis zu den *legitimate business reasons* in dieselbe wettbewerbstheoretische Richtung zu entwickeln, in welche sie seit mehreren Jahren generell die verschiedenen Standards des Art. 7 Abs. 2 unter aufmerksamer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Unionsgerichte aufbaut (s. N 47 ff.). Dass sich die Vorhersage, die in ROTHs Promotionsarbeit vorgetragen wird, nicht bewahrheitet hat, tut der Qualität dieser Studie selbstredend keinen Abbruch. Mit ihrer Wahl belegt die WEKO insofern eine hohe Kohärenz ihrer Arbeit, als sie diese in die Logik der Gesetzgebungsmaterialien einreiht und Stimmigkeit mit den Urteilen *TeliaSonera* (EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 76 – Konkurrensverket /TeliaSonera Sverige AB), *Post Danmark I* (EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 43 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet [Post Danmark I]) und *Intel* (EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 140 – Intel Corporation/Kommission) schafft; vgl. in diesem

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

Zusammenhang auch die Ausführungen in BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

862 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 267 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 409 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 125 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 681 – Sport im Pay-TV.

863 Vgl. in erster Linie SIEVERS, 82 ff.; ferner auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 99; VENTURI /FAVRE, 20, die allerdings zu Unrecht das Verhältnismässigkeitsprinzip als «motif justificatif» qualifizieren.

864 Dazu SIEVERS, 84 f. m.w.N.

865 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 138 f. Rz 613 ff.

866 Vgl. SIEVERS, 86 m.Nw.

867 Dazu SIEVERS, 85.

868 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 409 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 125 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

869 Vgl. N 177 zur Praxis der WEKO, die Kriterien von Art. 101 Abs. 3 AEUV im Rahmen der Rechtfertigungsordnung von Art. 7 anzuwenden.

870 Vgl. GOHARI, Diss., 1 m.Nw.; OJHA, 228 ff.; mit Blick auf das europäische Recht: BELLAMY/CHILD, Rz 10.149; FAULL/NIKPAY, Rz 4.558; BEHRENS, Wettbewerbsrecht, 1228.

871 Vgl. eingehend die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 23 ff., 462 ff.

872 Vgl. in erster Linie GOHARI, Diss., 277 m.Nw.; ferner CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 4 f.; aus der Behördenpraxis WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 306 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. Rz 103 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz.

873 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 5035; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 6; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 11; DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 100;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 10 ff.; MEIER-SCHATZ, in: Zäch, Das neue Schweizerische Kartellgesetz, 56 f.; zum europäischen Recht JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 179.

874 Zu diesem Begriff der von lit. a erfassten Verhaltensweise statt aller GOHARI, Diss., 75 f.; DERS., sic! 2019, 533 ff.; zum Ganzen auch N 248 ff.

875 GOHARI, Diss., 334 m.Nw.; DERS, sic! 2019, 545 ff.

876 Vgl. GOHARI, Diss., 277 m.Nw.

877 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 510.

878 Vgl. statt aller die ausführliche Untersuchung des *Begriffs* der Geschäftsverweigerung von GOHARI , Diss., 75 ff.; ferner auch in *entstehungsgeschichtlicher* Sicht relevant Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570.

879 Dazu statt aller GOHARI, Diss., 178 ff., 227 ff.

880 Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. Rz 103 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz.

881 Dazu die sehr differenzierte Behandlung der *remedies* unter Art. 7 Abs. 2 lit. a GOHARI, Diss., 741 ff., der mit guten Gründen für weniger einschneidende Massnahmen plädiert, als dies eine Zugangs- oder eine Kontrahierungspflicht darstellt.

882 Vgl. dazu illustrativ WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 291 m.Nw. – Swatch Group Lieferstopp; EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 58 – Oscar Bronner/Mediaprint; SUBIOTTO/O' DONOGHUE, 684.

883 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 515 f.; GOHARI, Diss., 322 ff.

884 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 293 m.Nw. – Swatch Group Lieferstopp; MOTTA, 68.

885 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 214.

886 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570.

887 Zum Ganzen ausführlich GOHARI, Diss., 12 ff.

888 Die differenzierteste und ausserordentlich detaillierte Typologie von Verhaltensweisen, die von Art. 7 Abs. 2 lit. erfasst werden, findet man bei GOHARI, Diss., 77 ff.; vgl. ferner CR Concurrence-

CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 8; mit Blick auf Art. 102 AEUV WHISH/BAILEY, 209 ff.; BEHRENS, Wettbewerbsrecht, 1228 ff. m.Nw.

889 Vgl. grundlegend EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19, 70 ff.

890 Krit. zu diesem Begriff GOHARI, Diss., 335.

891 Vgl. WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 286 – Swatch Group Lieferstopp; dazu VENTURI/FAVRE, 23; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.80; aus der europarechtlichen Praxis KOMM, ABl. 1987 L 286/36 Rz 19 – BBI/Boosey & Hawkes.

892 Vgl. WEKO, RPW 2003/4, 753 ff., Rz 36 – Veterinärmedizinische Tests/Migros: «Die Schlachthöfe und indirekt auch die Migros bieten den Labors Absatzwege für BSE-Tests an, indem sie solche durchführen lassen. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission werden deshalb die Nachfrager bestimmter Güter oder Dienstleistungen bei Vorliegen einer Nachfragemacht-Problematik als Anbieter von Vertriebswegen betrachtet (vgl. Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 380, Rz 84; Spitallisten bei Halbprivatversicherungen, RPW 1999/2, S. 230, Rz 50; Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 510, Rz 27). Im Folgenden werden die Labors daher als Nachfrager und die Schlachthöfe (bzw. indirekt die Migros) als Anbieter von Vertriebswegen für BSE-Tests bezeichnet»; ferner WEKO, RPW 2004/3, 674 ff. Rz 128 – Markt für Schlachtschweine (Teil A); zum Ganzen statt aller GOHARI, Diss., 93 f. m. Nw.

893 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 308 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2004/1, 102 ff. Rz 14, 56 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; WEKO, RPW 1999/1, 75 ff. Rz 9 – Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern; vgl. für das europäische Recht SASINOWSKA, 539 ff. m.Nw.

894 Die Thematik der *vertikalen Integration* eines Unternehmens in beherrschender Stellung wird nicht vorliegend im Rahmen der Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. a, sondern in demjenigen der Kommentierung von Art. 7 Abs. 2 lit. d behandelt (s. N 544).

895 Vgl. grundsätzlich GOHARI, Diss., 151 f.; ferner EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 72; WHISH/BAILEY, 210 f.; HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff /Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 102 N 210 ff.; sodann aus der schweizerischen Praxis: WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 286 f. – Swatch Group Lieferstopp; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 307 – SIX /Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

896 Vgl. in erster Linie GOHARI, Diss., 112 ff.; ferner Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 565; aus der Praxis: WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 314 – Swatch Group Lieferstopp; WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Rz 107 – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse; vgl. schliesslich auch FAULL/NIKPAY, Rz 4.561; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 178.

897 Vgl. GOHARI, Diss., 112 ff.

898 Vgl. ausführlich GOHARI, Diss., 169 ff.; aus der Praxis insbesondere WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 290 – Swatch Group Lieferstopp.

899 Vgl. zum Unterscheidungskriterium körperliche/unkörperliche Güter GOHARI, Diss., 169.

900 Dazu statt aller GOHARI, Diss., 227 ff.; DERS., sic! 2019, 1 ff.; ferner CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI , Art. 7 II N 75 f.; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 13; SCHINDLER, 76 ff.; HÜBSCHER/RIEDER, 440 ff.; VENTURI/FAVRE, 25; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 284.

901 Dazu in erster Linie GOHARI, Diss., 170 ff.

902 Vgl. AMSTUTZ, AcP 2018, 527.

903 Dazu ausführlich GOHARI, Diss., 211 ff.

904 Dazu AMSTUTZ, AcP 2018, 495 ff.

905 Vgl. auch GOHARI, Diss., 78 ff.

906 VENTURI/FAVRE, 23 FN 112.

907 **Gl.A.** BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 505 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 9 f.; GOHARI, Diss., 8 ff.

908 Vgl. WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 487 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 195 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

909 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 9.

910 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 724 – Sport im Pay-TV.

911 Sekretariat, RPW 1997/2, 138 ff. Rz 15–18 – Post PTT–Adressaktualisierungen.

912 Vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 9 und 88; BELLAMY/CHILD, Rz 10.151.

913 GOHARI, Diss., 76 FN 326.

914 Dazu GOHARI, Diss., 84 ff. m.Nw.

915 Ausführlich dazu GOHARI, Diss., 126 ff. m.Nw.; ferner WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 309, 314 – SIX /Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 79; BELLAMY/CHILD, Rz 10.151; JONES/SUFRIN/DUNNE, 496 ff.; WHISH/BAILEY, 716 ff.; GOHARI, Diss., 117 ff., 126 ff.

916 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 616 – Sport im Pay-TV; Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 147 – Netzwerkgeräte Cisco Systems; vgl. Sekretariat, RPW 2000/4, 561 ff. Rz 39 ff. – Watt/Migros-EBL; Sekretariat, RPW 2000/1, 8 ff. Rz 17 – Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo; ferner auch GRONER, recht 2002, 69; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.80; FAULL/NIKPAY, Rz 4.565 f.

917 In diesem Sinne Sekretariat, RPW 2000/4, 561 ff. Rz 43 – Watt/Migros–EBL.

918 In diesem Sinne BELLAMY/CHILD, Rz 10.169.

919 BELLAMY/CHILD, Rz 10.164; JONES/SUFRIN/DUNNE, 497.

920 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 208.

921 MOTTA, 64; auch WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 447 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

922 Vgl. GOHARI, sic! 2019, 545 ff.; in diesem Zusammenhang auch aus *industrial organization*-Perspektive MOTTA, 66 ff.; MONTI, 223 f., 231 ff.; ROBINSON, 1177 ff.; vgl. auch MCI Communications Corp/AT&T, 708 F.2d 1081 [7th Cir. 1983].

923 KORAH, 206 f.

924 *United States/Terminal Railroad Association*, 224 US 383 (1912).

925 Vgl. Verizon Communications inc v Law Offices of Curtis/Trinko LLP, 540 US 398 [2004]; vgl. auch JONES/SUFRIN/DUNNE, 537 ff.; DOHERTY, 398 ff.; ELHAUGE, Stanford L. Rev. 2003, 262; GERADIN, Scope of Article 82 EC, 1519 ff.; LIPSKY/SIDAK, 1195 ff.; OWEN, 887 ff.; PITOFSKY/PATTERSON /HOOKS, 445 ff.; RIDYARD, E.C.L.R. 1996, 447 ff.; GOHARI, Diss., 227 ff., 244 f.; GRONER, SZW 2001, 270 f.; vgl. für das EU-Recht, SASINOWSKA, 539 ff.; rechtsvergleichend CAPOBIANCO, 551 f.

926 MOTTA, 490.

927 BEHRENS, Wettbewerbsrecht, 1235.

928 Vgl. dazu auch VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, 75 ff.; SCHERER/ROSS, 637 ff.

929 Vgl. zum Investitionsverhalten von Unternehmen HAY/MORRIS, 433 ff.

930 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 213.

931 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 514 ff. m.Nw.; WHISH/BAILEY, 713 ff.; AREEDA, Epithet, 841.

932 HAUSMAN/LEONARD, 237 ff.; PETRIN, 705 ff.; GOHARI, Diss., 593 FN 3150, 601.

933 So auch WINKLER, 187 ff.

934 Vgl. insbesondere CARLTON/PERLOFF, 525 ff. m.Nw.; CLARKSON/MILLER, 391 ff. und 397 ff.; CABRAL, 295 ff.; ferner HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting /Meyer-Lindemann, Art. 102 N 259 ff.

935 Vgl. MOTTA, 65 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, 518 ff.; WHISH/BAILEY, 814 ff.

936 SHY, 233 f.; vgl. zu den möglichen Optionen der Politik des geistigen Eigentums im Verhältnis zur Wettbewerbspolitik MARTIN, 181 f.

937 CARLTON/PERLOFF, 530.

938 GILBERT, 526 f.

939 Vgl. DASGUPTA/STIGLITZ, 315 ff.; GILBERT/SHAPIRO, 354; SCHERER/ROSS, 621.

940 Vgl. GILBERT/SHAPIRO, 354 ff.

941 Vgl. CARLTON/PERLOFF, 525 f.; TIROLE, 390; SHY, 234 f.

942 HAY/MORRIS, 467 f.

943 GILBERT, 526.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

944 Vgl. CALTON/PERLOFF, 95 f.

945 Vgl. auch HAY/MORRIS, 468 ff.; GOHARI, Diss., 212 ff.

946 Vgl. GILBERT, 529; SCHERER/ROSS, 622 f.; HAY/MORRIS, 472 ff.; ferner D'ASPREMONT/JACQUEMIN, 318 f.

947 SCHERER/ROSS, 623; vgl. ferner auch BAIN/QUALLS, 490; ROBINSON, 1210.

948 SCHERER/ROSS, 624.

949 Vgl. im Einzelnen SCHERER/ROSS, 626 ff.

950 In diesem Sinne WHISH/BAILEY, 738.

951 TIROLE, 392 ff., 399 f.

952 SHY, 239 ff.; vgl. auch BAIN/QUALLS, 491 f.

953 Vgl. MOTTA, 65 f.; NORDHAUS, passim; SHAPIRO, 119 ff.

954 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 523.

955 Vgl. D.S. EVANS, World Competition 2005, 95.

956 O'DONOGHUE/PADILLA, 523; vgl. dazu auch TIROLE, 399 f.; SHY, 239 f.

957 TIROLE, 410.

958 TIROLE, 411 ff.

959 TIROLE, 413.

960 Vgl. TOWNSEND, 129 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 524 ff.; MOTTA, 66; GOHARI, Diss., 216 ff.

961 Vgl. generell ELHAUGE, Stanford L. Rev. 2003, 294 ff.

962 CARLTON/PERLOFF, 530 f.

963 GILBERT, 524; GOHARI, Diss., 216 ff.

964 Dazu AMSTUTZ, AcP 2018, 527, 530 ff.

965 Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 43 – NOK–Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR; Sekretariat, RPW 2000/1, 8 ff. Rz 18 – Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo.

966 Auch MOTTA, 64.

967 Ferner WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 108 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Rz 107 – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse; WEKO, RPW 2004/1, 102 ff. Rz 5 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; Sekretariat, RPW 2000/1, 8 ff. Rz 18 – Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo; WEKO, RPW 1999/2, 204 ff. Rz 32 – Teleclub AG vs. Cablecom AG; RUFFNER, AJP 1996, 841.

968 Zum Ganzen auch die Übersicht von CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 16 ff.; GOHARI, Diss., 617 ff.; **a.A.** KÜNZLER, 472 ff., der diese vier Merkmale verwirft und folgende Lösung vorschlägt: «[…] grundsätzlich [behindern] alle Lieferverweigerungen Unternehmen im Wettbewerb […] und [sind] daher, von Bagatellfällen abgesehen, angesichts der verfassungsmässig geschützten Wettbewerbsfreiheit *grundsätzlich* unzulässig […]» (*op. cit.*, 474); der Autor vertritt die Ansicht, dass *de lege lata* der Marktbeherrscher gegenüber sämtlichen Unternehmen auf nachgelagerten Märkten eine Lieferpflicht hat (*op. cit.*, 474 f.); es erübrigt sich, diesen Vorschlag zu kommentieren.

969 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 309 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); **abl**. Sekretariat, RPW 2011/1, 87 ff. Rz 42 – Switch/Switchplus; Sekretariat, RPW 1997/4, 465 ff. Rz 17 – Schifffahrtsgesellschaft Vierwaldstättersee.

970 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 616 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 309 und 316 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); zur Einstellung oder Beschränkung bestehender Geschäftsbeziehung, vgl. N 241 ff.

971 WEKO, RPW 2000/2, 153 ff. Rz 45 m.Nw. – Watt/Migros–EEF.

972 Vgl. BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 438 – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633 /2009; WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Rz 120 ff. – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse; dennoch **abl**. Sekretariat, RPW 2011/1, 87 ff. Rz 46 – Switch/Switchplus; vgl. in diesem Zusammenhang auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 81.

973 Vgl. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 207 ff.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

974 Dazu die Analyse dieser Entscheide in N 223.

975 BGer, RPW 2015/4, 896 ff., E. 7 – Coopérative des producteurs de fromages d'alpages «l'Etivaz» = BGE 139 II 316; BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF) /Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497.

976 Vgl. insbesondere EuGH, 16.7.2015, C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, Rz 49 – Huawei/ZTE; EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, Rz 38 – IMS Health; EuGH, 26.11.1998, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 41 – Oscar Bronner/Mediaprint; EuGH, 6.4.1995, C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98, Rz 53 – Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) /Kommission (Magill); EuGH, 6.3.1974, 6–7/73, ECLI:EU:C:1974:18, Rz 25 – Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A und Commercial Solvents Corporation/Kommission; EuG, 13.12.2018, T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, Rz 98 f. – Slovak Telekom; EuG, 9.9.2009, T-301/04, ECLI:EU:T:2009:317, Rz 147 – Clearstream Banking AG und Clearstream International SA/Kommission; EuG, 17.9.2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 Rz 332 – Microsoft/Kommission.

977 WEKO, RPW 2016/4, 920 Rz 615, 627 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2017/3, 410 Rz 50 – Eishockey im Pay-TV (vorsorgliche Massnahmen); vgl. auch WEKO, RPW 2011/1, 96 Rz 308, 332 und 341 – SIX /Terminals mit Dynamic Currency Conversion [DCC], in diesem Punkt lehnt sich die WEKO sehr eng an die europäische Kommissionspraxis an; vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 83.

978 Sekretariat, RPW 1999/3, 375 Rz 58–63 – Swisscom; Angebot von Mietleitungen.

979 Dazu vor allem EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 41–44 – Oscar Bronner /Mediaprint; vgl. auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.157.

980 «Duplikation» bedeutet hier generell, dass eine alternative Bezugsquelle, die ebenso effizient wie die primäre ist, in absehbarer Frist geschaffen wird, damit es den Wettbewerbern möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt zur Entwicklung eines disziplinierenden Wettbewerbsdrucks auf das marktbeherrschende Unternehmen beizutragen; vgl. WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 321 f. – Swatch Group Lieferstopp.

981 Vgl. ROBINSON, 1227 ff.; ECONOMIDES, 469 ff.

982 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 332 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); EuG, 15.9.1998, Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, ECLI:EU:T:1998:198, Rz 209 FN 34 – European Night Services Ltd (ENS) et al./Kommission; vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 545 f.

983 In diesem Sinne FAULL/NIKPAY, Rz 4.571.

984 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 547 m.Nw.

985 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 976.7 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

986 WEKO, RPW 2021/1, 160 ff. Rz 286 ff. – Eishockey im Pay-TV.

987 Vgl. AMSTUTZ, NZZ 13.3.2013, 54.

988 Eine ausführliche Darstellung dieser Theorie GOHARIs findet man in seiner Studie: Diss., 591 ff., 731 ff.

989 GOHARI, Diss., 591 f., 732.

990 Vgl. z.B. Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 148 – Netzwerkgeräte Cisco Systems; Sekretariat, RPW 2011/1, 87 ff. Rz 77 – Switch/Switchplus.

991 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 652 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2011/3, 400 ff. Rz 36–38 – Swatch Group Lieferstopp; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 345 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), mit weiteren Angaben der relevanten Entscheide der WEKO in FN 326–330.

992 Vgl. WHISH/BAILEY, 713 f.

993 Es gilt in diesem Zusammenhang darauf zu achten, dass der Begriff «Missbrauchsstandard» immer in seinem angestammten Sinne verwendet wird. In WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 477 – SIX /Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), wird ausgeführt: «[D]er Entscheid […] [enthält] eine ökonomisch nachvollziehbare ‹theory of harm› […]. Diese lautet kurz zusammengefasst, dass die Multipay ihre marktbeherrschende Stellung in den Acquiringmärkten dazu verwendet hat, die Marktstellung ihrer Schwestergesellschaft Card Solutions auf dem Terminalmarkt zu stärken, indem sie die anderen Terminalanbieter beim Zugang zur DCC-Funktion behindert hat. Es handelt sich somit um eine klassische, in Literatur und Praxis anerkannte ‹Foreclosure›-Theorie […]»; die Kategorie der «Marktverschliessung» ist, wie ZENGER /WALKER, 207, dargetan haben, keine *theory of harm*.

994 Vgl. zu dieser Fragestellung ausführlich GOHARI, Diss., 457 ff. m.Nw.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

995 Vgl. ELHAUGE, Stanford L. Rev. 2003, 311; O'DONOGHUE/PADILLA, 518; AHLBORN/EVANS /PADILLA, 1130; BISHOP/WALKER, RZ 6-122; GOHARI, Diss., 323 f.; RUFFNER, AJP 1996, 841; **a.A.** wohl HETTICH, Rz 775.

996 Vgl. GOHARI, Diss., 311 m.Nw.

997 So auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 85.

998 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 75.

999 Vgl. in erster Linie EuGH, 6.3.1974, verbundene Rs. 6–7/73, ECLI:EU:C:1974:18 – Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. und Commercial Solvents Corporation/Kommission; EuGH, 3.10.1985, Rs. 311/84, ECLI:EU:C:1985:394, Rz 26 – Centre Belge d'Etudes du Marché-Télémarketing /Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA et Information Publicité Benelux SA; EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 41 – Oscar Bronner/Mediaprint; ferner auch EuG, 9.9.2009, Rs. T-301/04, ECLI:EU:T:2009:317, Rz 147 – Clearstream Banking AG und Clearstream International SA/Kommission.

1000 EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, Rz 38 – IMS Health GmbH & Co. OHG/NDC Health GmbH & Co. KG (H.v.d.V.).

1001 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 653 – Sport im Pay-TV (s. auch Rz 609, 621); so auch WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 351 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. ferner BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 173 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; ferner auch WEKO, RPW 2006/4, 544 Rz 98 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

1002 Damit ist zugleich gesagt, dass die wiedergegebenen Erwägungen dieser Behörde auf einem problematischen Gleichbehandlungsverständnis beruhen: Es gilt eben auch und besonders im Rahmen von Art. 7, wie an anderer Stelle ausführlich dargetan (s. N 70 f.), Gleiches gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Hinzu kommt noch ein Weiteres: Wie die ausführliche und präzise Analyse sämtlicher Fälle der WEKO (bis WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. – Sport im Pay-TV), in denen Art. 7 Abs. 2 lit. a zur Anwendung gelangte oder diskutiert wurde, in der Studie von GOHARI, Diss., 381 ff., nachweist, benutzt die WEKO bereits schon *bei der Anwendung dieser Bestimmung unterschiedliche Missbrauchsstandards*.

1003 Nachgewiesen wurde in N 69 ff., dass das Dogma, die Untersuchung der jeweiligen Tatbestände der Fallbeispiele von Art. 7 Abs. 2 habe in Verbindung mit den Merkmalen von Art. 7 Abs. 1 zu erfolgen, inhaltsleer und in der Sache inkohärent ist; wie jede Generalklausel muss auch Art. 7 durch die Methode der *Fallgruppenbildung* konkretisiert werden (s. N 63, 69 ff.). Und das bedeutet: Falls das Ziel von Art. 7 darin besteht, das wettbewerbsbeeinträchtigende Potenzial der Missbrauchsvariante einer jeder Fallgruppe zu bekämpfen, schadet es nicht, wenn dabei ein unterschiedlicher Missbrauchsstandard *(theory of harm)* eingesetzt wird, als dies bei einer anderen Fallgruppe zutrifft (nochmals: das entspricht dem Grundsatz des Gleichbehandlungsgebotes: Gleiches gleich, Ungleiches ungleich nach Massgabe seiner Ungleichheit zu behandeln).

1004 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 652 – Sport im Pay-TV (H.v.d.V.).

1005 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 652 – 677 – Sport im Pay-TV.

1006 WEKO, RPW 2016/4, 920 Rz 678 – Sport im Pay-TV (H.v.d.V.).

1007 MARSDEN/BISHOP, 260 (H.v.d.V.).

1008 WEKO, RPW 2021/1, 160 ff. Rz 286 ff. – Eishockey im Pay-TV.

1009 Dazu statt aller BULST, RabelsZ 2009, 719.

1010 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 91 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission.

1011 Zum Ganzen BULST, RabelsZ 2009, 719.

1012 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 438 – Preispolitik Swisscom ADSL= BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

1013 KOMM, ABl. 2007 L 32/23, Rz 562 – Microsoft.

1014 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 85, 87 f.; vgl. ferner WEKO, RPW 2000/1, 29 ff. Rz 25 – BKW FMB Energie AG; WEKO, RPW 2000/2, 153 ff. Rz 42 – Watt/Migros–EEF.

1015 **Gl.M.** BELLAMY/CHILD, Rz 10.157 m.Nw.; VENTURI/FAVRE, 25; ferner EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 38 – Oscar Bronner/Mediaprint; BELLAMY/CHILD, Rz 10.137; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 85.

1016 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 354 m.Nw. – Swatch Group Lieferstopp.

1017 Vgl. krit. GOHARI, Diss., 91 f.

1018 In diesem Sinne WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 103 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; in dieser Entscheidung wurde die Stellung von Unique als «Doppelstellung» angeschaut, weil diese Bewilligungsinstanz für Parkiermöglichkeiten und Wettbewerberin des Valet-Parking-Unternehmens zugleich war; vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 541, die das Vorliegen zweier Märkte als unabdingbar ansehen.

1019 Vgl. Sekretariat, RPW 1998/1, 14 ff. Rz 6, 35–38 – Schweizer Spielmesse St. Gallen.

1020 Vgl. WEKO, RPW 1999/1, 75 ff. Rz 9 – Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern; in die ähnliche Richtung geht der Fall eines Ärzteverbandes, der seinen Mitgliedern verbietet, mit einer Versicherungsgesellschaft Geschäftsbeziehungen aufzunehmen, die nur mit gewissen Verbandsmitgliedern zusammenarbeiten will; WEKO, RPW 1998/1, 32 ff. Rz 13 ff. – SWICA; ferner EuGH, 14.2.1978, Rs. C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 182–203 – United Brands/Kommission, wo die Verweigerung der Geschäftsbeziehung auf einen Geschäftspartner abzielte, der mit einem Konkurrenten des verweigernden Marktbeherrschers Handel trieb.

1021 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19 FN 2.

1022 Ähnlich EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 563 – Microsoft/Kommission: «Massgebend für den Nachweis einer Verletzung von Art. 102 AEUV ist nämlich, dass die fragliche Weigerung jeglichen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt auszuschalten droht oder dazu geeignet ist. Dass die Konkurrenten des beherrschenden Unternehmens in marginaler Weise in bestimmten ‹Marktnischen› präsent bleiben, kann nicht ausreichen, um auf die Existenz eines solchen Wettbewerbs zu schliessen»; vgl. auch DOHERTY, 425; GERADIN, Scope of Article 82 EC, 1519 ff.; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 362 f.

1023 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 552; vgl. indessen auch VENTURI/FAVRE, 25, für die es genügt, wenn die Wettbewerbsfähigkeit des von der Geschäftsverweigerung betroffenen Unternehmens beseitigt wird, was richtiger Meinung nach ungenügend ist, wenn die Konsumentenwohlfahrt nicht geschädigt ist; auch ungenügend ist die Anforderung in Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff. Rz 74 – Produktebündel «Talk & Surf», wonach lediglich die Behinderung von «andere[n] Unternehmen in Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs» genügt; wie hier WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 115 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking: «Durch die […] Geschäftsverweigerung benachteiligte Unique somit Sprenger und AP auf dem sachlich relevanten Markt und behinderte Sprenger und AP als sich auf einem benachbarten Markt befindende Konkurrenten bzw. verwehrte ihnen den Zugang zum benachbarten Markt. Damit sanken die Ausweichmöglichkeiten für die Konsumenten, da sie – soweit sie mit dem Auto anreisen – gezwungen waren, nunmehr die teureren Parkingmöglichkeiten von Unique (oder Europcar) zu benutzen und mehr als zuvor zu zahlen. Damit sank die Konsumentenrente.»

1024 GOHARI, Diss., 591 ff., 731 ff.

1025 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 38 – Oscar Bronner/Mediaprint; EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, Rz 44 – IMS Health/NDC Health; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 79; vgl. auch HATZOPOULOS, 1617.

1026 Vgl. BULST, RabelsZ 2009, 720 f.

1027 Eine umfassende und ausführliche Darstellung sowie krit. Besprechung dieser Ansätze findet man bei GOHARI, Diss., 332 ff. m.Nw.

1028 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 86 ff.

1029 Vgl. die von BULST, RabelsZ 2009, 721 ff., aufgestellte Liste solcher Schäden.

1030 Vgl. auch WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 679 ff. – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 408 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); zur dogmatischen Bedeutung der *legitimate business reasons* in der Praxis GOHARI, Diss., 447 ff.

1031 Vgl. etwa WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 694 – Sport im Pay-TV, wo im Zusammenhang mit einer Verweigerung von Vorleistungsangeboten an TV-Plattformanbietern als mögliche Gründe objektiver Notwendigkeit «technische Faktoren» erwähnt werden.

1032 WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Rz 139 – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse. Auch kann eine mangelnde Kapazität die Verweigerung rechtfertigen (BGer, RPW 2015/4, 896 ff. E. 8 – Recours de la coopérative des producteur de fromage d'alpages «L'Etivaz» = BGE 139 II 316; BGer, RPW 2003/4, 925 ff. E. 6.5.4 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497); WHISH/BAILEY, 713 ff.; GOHARI, Diss., 733 ff.; PALASTHY, 303.

1033 BGer, RPW 2015/4, 896 ff. E. 8 – Recours de la coopérative des producteur de fromage d'alpages «L' Etivaz» = BGE 139 II 316.

1034 Vgl. WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Rz 143 – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse Suisse; WEKO, RPW 2001/1, 95 ff. Rz 53 ff. – Intensiv SA, Grancia, wo gewisse Ansprüche, nämlich das Erfordernis eines Handelsregistereintrags und der Nachweis der Zahlungsfähigkeit, als objektive Rechtfertigungsgründe akzeptiert wurden; das Erfordernis der Kundenbetreuung mittels Aussendienst wurde demgegenüber abgelehnt; vgl. auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.154 und 10.161; GOHARI, Diss., 737 f.

1035 FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 313 m.Nw.

1036 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 694 – Sport im Pay-TV.

1037 BGer, RPW 2003/4, 925 ff. – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497 m.Nw.; vgl. auch FAULL/NIKPAY, Rz 4.624 ff.; GRONER, SZW 2000, 166; ferner GOHARI, Diss., 738 f., der die Ansicht vertritt, dass Effizienzgründe nicht als legitimate business reasons, sondern vielmehr im Rahmen der eigentlichen Missbräuchlichkeitsprüfung berücksichtigt werden sollten.

1038 So WEKO, RPW 2016/4, 920 ff., Rz 682 – Sport im Pay-TV: «Bei der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist insbesondere zu prüfen, ob diese zum Schutz von Investitionen oder zur Gewährleistung der Innovationsanreize für das marktbeherrschende Unternehmen notwendig ist»; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 447 m.Nw. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1039 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 449 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); verneint im Fall WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 380 – Swatch Group Lieferstopp mit der Begründung, es handle sich um bereits ältere Produkte, welche während vielen Jahren freiwillig an Drittkunden geliefert wurden; Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. Rz 111 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz.

1040 In diesem Sinne EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 82.

1041 Vgl. WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 108, 112 ff. – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; vgl. JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 239; hinsichtlich des Eigenverwertungsinteresses bei der Verweigerung von Immaterialgüterrechtslizenzen, STIRNIMANN, 235.

1042 EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 189 ff. – United Brands/Kommission; vgl. auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.154, 10.157; VENTURI/FAVRE, 25; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 53.

1043 WEKO, RPW 2017/3, 410 ff. Rz 67 f. – Vorsorgliche Massnahmen Eishockey im Pay-TV, hier versuchte Cablecom, das Ausbleiben eines eigenen Angebots für die Hockeyübertragungen damit zu begründen, dass erstens die Swisscom selbst in der Vergangenheit kein Angebot für Fussballübertragungen unterbreitet habe, und Cablecom zweitens jahrelang Opfer der kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen von Swisscom wurde.

1044 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 682 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 410 – SIX /Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. zum Ganzen eingehend N 180.

1045 WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 112 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; auch WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 316 ff. – Swatch Group Lieferstopp; WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Rz 106 – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

1046 Vgl. WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 354 m.Nw. – Swatch Group Lieferstopp; WEKO, RPW 2004/1, 102 ff. Rz 55 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking; ferner EuGH, 6.3.1974, Rs. C-6–7/73, ECLI: EU:C:1974:18, Rz 25 – Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A und Commercial Solvents Corporation /Kommission; vgl. JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 179; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 312; HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 102 N 214 f.; GOHARI, Diss., 112 ff.; HUMPE/RITTER, 2.

1047 In diesem Sinne WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 116 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking.

1048 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 5035 f.; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf /Münch, Rz 8.82.

1049 Vgl. zum Ganzen ausführlich EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 84; ferner auch VENTURI/FAVRE, 28.

1050 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 34; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 8.100; vgl. auch FAULL/NIKPAY, Rz 4.610 ff.; JUNG, in: Grabitz/Hilf /Nettesheim, Art. 102 N 180 f.; in diesem Sinne WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 380 – Swatch Group Lieferstopp.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1051 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 84.

1052 Vgl. eingehend zum Problem AMSTUTZ/REINERT/KELLER, 118 ff. m.Nw.

1053 Vgl. WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 385 ff. – Swatch Group Lieferstopp.

1054 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 571; WEKO, RPW 2006/4, 625 ff. Rz 100, 118 – Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking, wonach eine Kündigung allenfalls nach Durchführung einer wettbewerbsneutralen Ausschreibung zulässig gewesen wäre; WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 387 – Swatch Group Lieferstopp, wo Kapazitätsengpässe als *legitimate business reasons* nicht akzeptiert wurden, da verschiedene Grossabnehmer weiterhin beliefert wurden.

1055 EuG, Rs. T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31, Rz 94 – BPB Industries plc und British Gypsum Ltd /Kommission; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 57; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 181.

1056 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 566; Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. Rz 111 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 181.

1057 VENTURI/FAVRE, 27.

1058 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 394 – Swatch Group Lieferstopp, wonach ein geplanter kurzfristiger und umfassender Lieferstopp keine verhältnismässige Massnahme zur Fälschungsbekämpfung darstellt.

1059 O'DONOGHUE/PADILLA, 569 ff. m.Nw.; GOHARI, Diss., 734 ff.

1060 WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Ziff. 3 des Dispositivs – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

1061 WEKO, RPW 2005/1, 128 ff. Ziff. 3 des Dispositivs – ETA SA Manufacture Horlogère Suisse.

1062 Dazu die Übersicht über die Doktrin von GOHARI, Diss., 227 ff.; DERS., sic! 2019, 535 f. m.Nw.; ferner SCHINDLER, 76 ff.; HÜBSCHER/RIEDER, 439 ff.; ROBINSON, 1209 ff.; sodann auch DUCREY, 286 ff. m.Nw.; MARTENET/HEINEMANN, 126.

1063 NEALE, 67 (wir zitieren aus der 2. Aufl., nicht aus NEALE/GOYDER, 3. Aufl., wo die im Fliesstext wiedergegebene Definition geändert wurde); BELLAMY/CHILD, Rz 10.156; vgl. auch GOHARI, sic! 2019, 535 f.; RIZVI, Rz 23 ff.

1064 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 512.

1065 Vgl. RIDYARD, E.C.L.R. 1996, 439.

1066 Vgl. etwa RATNER, 346; ferner auch RIZVI, Rz 5.

1067 Vgl. statt anderer SGK-SCHWEIZER, Art. 35 N 14.45.

1068 Vgl. in diesem Zusammenhang RIZIOTIS, 295 ff., der sich an der Frage abmüht und abquält, ob die *essential facilities doctrine* mit Art. 14 GG vereinbar ist; dass bei dieser Fragestellung nichts Weiterführendes herauskommen konnte, war gleichsam vorprogrammiert; wer mit zivilistischer Schuljurisprudenz kartellrechtliche Probleme angehen will, ist Opfer eines Kategorienfehlers geworden; zur Unumgänglichkeit *wirtschaftsrechtlich-funktionalen* Denkens im Wettbewerbsrecht: vgl. N 29 f.

1069 Vgl. generell WILLIAMSON, Institutionen, 268 ff.

1070 Dazu ALCHIAN, 818: «By a system of property rights I mean a method of assigning to particular individuals the ‹authority› to select, for specific goods, any use from a non-prohibited class of uses».

1071 Vgl. grundlegend DEMSETZ, 347 ff.

1072 Dazu DEMSETZ, 349: «[P]roperty rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization».

1073 O'DONOGHUE/PADILLA, 510.

1074 Vgl. zum eigentumsrechtlichen Konzept der «Handlungsmöglichkeiten» AMSTUTZ, AcP 2018, 481 f., 531 f. m.Nw.

1075 Vgl. in diesem Zusammenhang auch TSCHUDIN, Rabatte, Rz 102.

1076 So z.B. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 230.

1077 **A.A.** BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.2, 6.5.3 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497.

1078 Vgl. zur Frage der «institutionellen Evolution» z.B. VANBERG, 690 ff.; EGER, 211 ff.

1079 Zum Problem WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 182 m.Nw.

1080 Vgl. in diesem Zusammenhang auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.157; DONOGHUE/PADILLA, 510; ferner auch WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 177.

1081 Vgl. in diesem Zusammenhang ROTH, Wettbewerber, 197, der meint, dass die *essential facilities doctrine* im Sinne eines Regulierungsrechts «als eine Form ‹Sonderkartellrecht›» zu deuten sei; da sich das Kartellrecht im Vergleich zu Regulierungen dadurch auszeichnet, dass es sich darauf beschränkt, die Evolutionsfähigkeit und die Dynamik von *Wettbewerbsprozessen* zu schützen (und *keine konkreten Ergebnisse* anpeilt, dies freilich mit Ausnahme des *wettbewerbspolitischen Standards*, der immer, sozusagen von der «Natur der Sache» her eine Zweckdefinition darstellt; s. N 114 ff.), teilen wir diese Auffassung nicht; ein «Sonderkartellrecht» im erwähnten Sinne gibt es nicht; es würde Sinn und Zweck des Kartellrechts zersetzen, wenn man als Einwand einbrächte, das *margin squeeze* habe eine regulierende Komponente und sei dennoch eine Fallgruppe von Art. 7, so stimmt das zwar; aber in dieser Kommentierung von Art. 7 wird die Meinung vertreten, dass die Kategorie der Kosten-Preis-Schere keine kartellgesetzlich fundierte, sondern eine *regulatorische* Kategorie darstellt; dazu ausführlich N 519, 556.

1082 Zum Begriff der *«antitrust doctrine»* statt anderer CARLTON, Antitrust, 173: dazu eingehend N 88.

1083 Zu diesem Problem eingehend und trefflich die Analyse von GOHARI, sic! 2019, 537, 538 ff., 546 ff.

1084 Vgl. EVANS/PADILLA, Antitrust Rules, 77 f.; POSNER, U. Pa. L. Rev. 1979, 936 f.; HOVENKAMP, Economics, 191 ff.

1085 Vgl. HOVENKAMP, Michigan L. Rev. 1985, 272 f.; EAGCP-Paper, 26 ff.; ferner namentlich WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 506 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) m.Nw. aus der industrieökonomischen Literatur.

1086 Vgl. z.B. REIFFEN/KLEIT, 420; Ausnahmen sind denkbar bei staatlicher Preisregulierung und bei sog. *«metering problems»*; ferner auch GERBER, 1088 ff.

1087 Der Unterschied zwischen dem Lieferverweigerungsrecht und der *essential facilities doctrine* liegt darin, dass diese in einer juristischen Konstruktion besteht, die auf einer Logik des *Innehaltens («Habensstruktur»)* einer nicht duplizierbaren «Einrichtung» gründet (und insofern als *antitrust doctrine* nicht geringfügige *institutionentheoretische* Bedenken weckt; s. N 249 f.), während jenes (in kartellrechtlich klassischer Weise) auf einer Logik der *Verweigerung («Handlungsstruktur»)* von Geschäftsbeziehungen, der objektive Gründe fehlen, fusst (was wettbewerbsrechtlich folgerichtig angedacht ist); vgl. trefflich BELLAMY/CHILD, Rz 10.157; zur Unterscheidung zwischen «Habens-» und «Handlungsstruktur» AMSTUTZ, AcP 2018, 481 f., 531 f.

1088 Vgl. WERDEN, St. Louis U.L.J. 1987, 472.

1089 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 510, 530, 583 f.

1090 Vgl. GOHARI, sic! 2019, 538 f.

1091 Vgl. HYLTON, 1269 f.

1092 Vgl. HYLTON, 1268 f.

1093 Vgl. GOHARI, sic! 2019, 540 f. m.Nw.; sodann auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 68.

1094 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 24 – Oscar Bronner/Mediaprint; vgl. GOHARI, sic! 2019, 540 f.

1095 Dazu (mit unterschiedlichen Interpretationen) HANCHER, 1290 ff.; HATZOPOULOS, 1616 ff.; ferner BELLAMY/CHILD, Rz 10.157; BERGMANN, 59 ff.; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 248 ff.; HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 102 N 276 ff.; BEHRENS, Wettbewerbsrecht, 1238 ff.

1096 EuGH, 26.11.1998, Rs. C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, Rz 41 – Oscar Bronner/Mediaprint; dazu GOHARI , sic! 2019, 540 f. m.Nw.; AMSTUTZ, AJP 1999, 1494 ff.

1097 Vgl. EuG, 15.9.1998, Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, ECLI:EU:T:1998:198 Rz 151, 192, 202 – European Night Services Ltd (ENS) et al./Kommission; EuG, 12.12.2000, Rs. T-419/03, ECLI:EU:T:2011:102, Rz 104–110 – Altstoff Recycling Austria AG; EuG, 12.12.2000, Rs. T-128/98, ECLI:EU:2000:290, Rz 82, 164 – Aéroports de Paris.

1098 Dazu GOHARI, sic! 2019, 541.

1099 Vgl. insbesondere KOMM, ABl. 1994 L 15/8 – Sea Containers/Stena Sealink; KOMM, ABl. 1994 L 55 /52 – Port of Rødby; dazu MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 491 ff.; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 278 ff.; GOHARI, Diss., 234 ff.; DERS., sic! 2019, 541 f., jeweils mit einer ausführlichen Darstellung der Kommissionspraxis; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 68 m.Nw.; ferner RIZVI, Rz 51 ff.

1100 Vgl. GOHARI, sic! 2019, 542 f. m.Nw., der eine breite Übersicht über die unterschiedlichen Lehrmeinungen gibt; dieser Autor zeigt auch (*op. cit.*, 542), dass in der Praxis oft auf EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98, Rz 48 ff. – Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP)/Kommission (Magill), und EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418 /01, ECLI:EU:C:2004:257, Rz 49 und 52 – IMS Health/NDC Health, als *essential facilities doctrine*-Fälle verwiesen wird, was bei sorgfältiger Lektüre der Erwägungen des EuGH fragwürdig erscheint.

1101 Vgl. nur O'DONOGHUE/PADILLA, 510.

1102 Vgl. GOHARI, sic! 2019, 538 f. m.Nw.; ferner SCHINDLER, 171 ff.; STIRNIMANN, 241; sodann auch RIZVI, Rz 78 ff.; OJHA, 238 ff; vgl. schon Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 571.

1103 BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1–6.5.3 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497.

1104 BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.3 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; vgl. auch BGer, RPW 2003/4, 912 ff., E. 4.2.2 – Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen = BGer, 5.9.2003, 2A.142/2003; dazu vor allem GOHARI, sic! 2019, 538; ferner CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 73;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 13; JOVANOVIC, 88 ff.; FIALA, 69 f.; vgl. auch HGer AG, RPW 2004/4, 1203 ff. – Instruktionsrichter des Handelsgerichts Aarau, Fussball-Club Aarau 1902, FC Aarau AG, David Sesa/Swiss Football League.

1105 BGer, RPW 2015/4, 896 ff., E. 6.1 – Coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz» = BGE 139 II 316 (H.v.d.V.).

1106 Vgl. GOHARI, Diss., 231; DERS., sic! 2019, 538; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 231; so schon aufgrund von BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.3 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497, DÄHLER/KRAUSKOPF /STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.83;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 13; ambivalent BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 13.

1107 Im Vorfeld zu diesem Entscheid hat die WEKO die *essential facilities doctrine* in zwei Verfügungen erwähnt, ohne dazu materiellrechtlich Stellung zu nehmen; vgl. WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 303 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG /WEKO; WEKO, RPW 2009/4, 383 ff. Rz 336 – Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia.

1108 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 348 m.Nw. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); freilich gilt es zu beachten, dass die WEKO in Rz 307 dieses Entscheides *obiter* erwähnt, dass die *essential facility doctrine* eine Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 lit. a darstelle.

1109 Vgl. WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 351 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1110 Die Argumentation der WEKO wird in N 108 f. mit ausführlicher Begründung widerlegt; in diesem Sinne auch CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 119.

1111 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 348 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); so auch BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 6.5.1 – Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497.

1112 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 349 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), mit Hinweis auf BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 13.

1113 Vgl. nur O'DONOGHUE/PADILLA, 509 f.

1114 Zutreffend CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 73.

1115 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 302 f., 348, 506 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1116 WEKO, RPW 2011/2, 302 ff. Rz 34 – Avis de la Commission de la concurrence pour le Tribunal cantonal du Canton de Vaud dans la cause A. Cornamusaz contre Coopérative des producteurs de fromages d'alpage «L'Etivaz» (H.v.d.V.); dazu GOHARI, sic! 2019, 538.

1117 Mit dieser «pratique décisionnelle des autorités de concurrence» meint die WEKO (gemäss FN 14 in WEKO, RPW 2011/2, 302 ff. Rz 34 – Avis de la Commission de la concurrence pour le Tribunal cantonal du Canton de Vaud dans la cause A. Cornamusaz contre Coopérative des producteurs de fromages d'alpage «L'Etivaz») den in RPW 2007/3, 359 ff. Rz 44 – NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR, veröffentlichten Schlussbericht des Sekretariats vom 2.7.2007, wo zu lesen ist: «Die schweizerische Praxis bei der Beurteilung der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen lehnt sich an diese – international im Übrigen nicht einheitliche – Praxis [sc. *essential facilities doctrine*] an, ohne diese notwendigerweise in jedem Punkt zu übernehmen»; ob diesem Satz des Sekretariats die Bedeutung einer «Entscheidungspraxis» zukommt, bleibe dahingestellt.

1118 Vgl. die Kommentierung von Art. 15 N 27.

1119 BRÄNDLI, N 278.

1120 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 290 – Swatch Group Lieferstopp.

1121 BRÄNDLI, Rz 278, 589 m.Nw.

1122 **A.A.** STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 231.

1123 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 313 ff. – Swatch Group Lieferstopp.

1124 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Rz 401 – Swatch Group Lieferstopp.

1125 Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 44 – NOK-Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR; vgl. auch Sekretariat, RPW 1997/3, 308 ff. Rz 23 – Telecom PTT/Flexnet; Sekretariat, RPW 2000/2, 153 ff. Rz 42 ff. – Watt/Migros–EEF; Sekretariat, RPW 2001/1, 81 ff. Rz 32 ff. – Watt/Migros–SIE.

1126 Sekretariat, RPW 2014/1, 110 ff. Rz 104 – Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz; vgl. auch Sekretariat, RPW 2011/4, 483 ff. Rz 158 – Gebäudeversicherung Bern.

1127 Vgl. die ausführliche Übersicht über die vertretenen Lehrmeinungen bei GOHARI, Diss., 233 f., 245 f., 247 ff.

1128 GOHARI, sic! 2019, 545 f.

1129 GOHARI, sic! 2019, 547.

1130 GOHARI, sic! 2019, 548 f.

1131 Diese parallele kartellrechtliche Wertung drückt sich in der Anwendung derselben oder analogen Standards aus.

1132 Dazu AMSTUTZ, AcP 2018, 471 ff.

1133 Vgl. GOHARI, Diss., 209; STIRNIMANN, 234; RUFFNER, AJP 1996, 844; GRONER, recht 2002, 72 f.; FIALA, 120 ff.; THOUVENIN, 470; zur Frage der Marktabschottung bei Parallelimporten WINKLER, 189 ff.; vgl. auch JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 183; HEINEMANN, sic! 2007, 177, der für eine Eingliederung des Immaterialgüterrechts in die geltende Kartellrechtsordnung eintritt; aus der Rechtsprechung insb.: EuGH, 5.10.1988, Rs. C-238/87, ECLI:EU:C:1988:477 – AB Volvo/Erik Veng (UK) Ltd; EuGH, 5.10.1988, Rs. C-53/87, ECLI:EU:C:1988:472 – Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli und Maxicar/Régie nationale des usines Renault; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 319, 330–336 – Microsoft/Kommission.

1134 **A.A.** VENTURI/FAVRE, 28; die von diesen Autoren vorgetragenen Überlegungen entsprechen einem überkommenen immaterialgüterrechtlichen Schutzverständnis, das in der modernen Doktrin kaum noch vertreten wird.

1135 Die WEKO hat die objektive Notwendigkeit von Schnittstelleninformationen z.B. in Verbindung mit der Entwicklung von mit der DCC-Funktion kompatiblen Terminals analysiert (WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 332 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)). Die WEKO teilt die von der EU-Kommission vertretene Auffassung, dass bei der Beurteilung der Verweigerung von Schnittstelleninformationen, welche zur Herstellung von Interoperabilität notwendig sind, ein tieferer Standard einzusetzen ist als bei anderen Geschäftsverweigerungen (WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 352 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC), mit Hinweis auf EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 68 ff. sowie auf die Argumentation der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren *Microsoft*; vgl. EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007: 289, Rz 275 ff. – Microsoft/Kommission.

1136 Vgl. BARTL, 272 ff.; JOVANOVIC, 133 ff.; FIALA, 61 ff.; ferner EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU: C:2004:257, Rz 49 – IMS Health/NDC Health; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 335 – Microsoft/Kommission; **a.A.** P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 14, welcher nur auf den Ausschluss des Wettbewerbs abstellt; vgl. auch RIDYARD, E.C.L.R. 2004, 669.

1137 Vgl. HEINEMANN, sic! 2007, 172 ff.; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 239; EuGH, 29.4.2004, Rs. C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, Rz 49 und 52 – IMS Health/NDC Health; vgl. auch BELLAMY/CHILD, Rz 9.054, 10.150; FAULL/NIKPAY, Rz 4.615 f.

1138 Dazu GOHARI, Diss., 346, mit krit. Bemerkungen.

1139 KOMM, ABl. 2007 L 32/23, Rz 709 ff. und 783 – Microsoft; s. auch WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 453 m.Nw. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1140 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 469 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1141 Vgl. EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 647 – Microsoft/Kommission: «Das Auftreten eines neuen Produkts […] kann nicht der einzige Parameter sein, anhand dessen geklärt werden kann, ob eine Weigerung, für ein Recht des geistigen Eigentums eine Lizenz zu erteilen, den Verbrauchern i.S.v. Art. [102] Abs. 2 Bst. b [AEUV] schaden kann».

1142 Zum Netzwerksystem als wirtschaftliche Organisationsform ausführlich die Kommentierung von Art. 2 N 94 ff.

1143 Vgl. in diesem Zusammenhang auch ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 440; ferner Sekretariat, RPW 2014/1, 153 Rz 102 ff. – Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung.

1144 Vgl. die Kommentierung von Art. 5 N 54 ff.

1145 Vgl. AMSTUTZ/REINERT, Vertikale Preisabreden, 106 f.; GRONER, SZW 2001, 275; DERS., recht 2002, 70 ff.; vgl. auch ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 314.

1146 Vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 26, 432, 435.

1147 Vgl. DIEBOLD, 169 f.

1148 Vgl. GOHARI, Diss., 741 ff., 780 ff.; KËLLEZI, 274 ff.

1149 In diesem Sinne und im Zusammenhang mit Art. 102 AEUV vgl. JONES/SUFRIN/DUNNE, 497.

1150 WEKO, RPW 1999/1, 75 ff. Rz 84 – Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

1151 **A.A.** DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 167.

1152 Vgl. GOHARI, Diss., 764 ff.

1153 WEKO, RPW 2014/1, 215 ff. Dispositiv Ziff. 3 – Swatch Group Lieferstopp, welche die Dauer, die Menge, den Preis und die Modalitäten der Lieferungen regelt, und gleichzeitig sowohl die abweichenden Vereinbarungen zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Kunden berücksichtigt, wie auch die möglichen wesentlichen Veränderungen der Marktverhältnisse vorwegnimmt.

1154 In diesem Sinne BGer, RPW 2015/4, 896 ff., E. 9 sowie Dispositiv Ziff. 1 – Coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz» = BGE 139 II 316, welches der Beklagten auferlegt, die Mitgliedschaft des Klägers anzuerkennen; GOHARI, Diss., 764 ff.; zur Frage der privaten Rechtsdurchsetzung grundsätzlich: FIDLER, 81 ff.; zur Frage möglicher Ansprüche von Konsumenten, vgl.: ROSENBOOM/KOCSIS/MULDER, 710 ff.

1155 BGer, RPW 2015/4, 896 ff., E. 9 – Coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz» = BGE 139 II 316.

1156 BGer, RPW 2015/4, 896 ff., E. 9 – Coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz» = BGE 139 II 316.

1157 Merke: Art. 7 Abs. 2 lit. b ist ein *industrieökonomischer* Diskriminierungsbegriff eigen, was ein Unterschied ist, der einen Unterschied macht; dazu Näheres N 283 ff.

1158 Vgl. BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.2.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2014/2, 396 ff. Rz 79 – ETA Preiserhöhungen; ferner auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.089; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 17; ULRICH, 59 ff.

1159 O'DONOGHUE/PADILLA, 245; vgl. auch GLOCKNER/BRUTTEL, 423.

1160 Vgl. z.B. BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 10.2.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199: «In der Sache bedeutet Diskriminierung Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte oder auch Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte […]».

1161 Zur Gefahr, dass Art. 7 Abs. 2 lit. b Typ I-Fehler begünstigt, O'DONOGHUE/PADILLA, 788 f.

1162 Damit ist *keineswegs* einer Rangfolge der Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 das Wort geredet; eine solche gibt es nicht (s. N 68); es geht hier – wie bei der Kommentierung der Fallgruppen von lit. a und c–f – um die Ergründung des spezifischen vom Gesetzgeber anvisierten Wettbewerbsschädigungspotenzials des jeweiligen Tatbestandes, hier also der Diskriminierung gemäss lit. b; nur wenn dieses Potenzial identifiziert ist, kann es in Relation zu den Schädigungspotenzialen der anderen Missbrauchstypen gebracht werden; nur wenn sämtliche Relationierungen aller Wettbewerbsschädigungspotenziale von Art. 7 Abs. 1 und 2 (also der *gesetzlich* und *richterlich* definierten) vorliegen, kann der Diskurs über die im Kontext von lit. a–f adäquaten *Missbrauchsstandards* beginnen; dazu N 147 ff.

1163 Vgl. TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 11; DERS., Rabatte, 141; ferner auch MEIER-SCHATZ, 57 f.

1164 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 804.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1165 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 30 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I).

1166 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 810 f.

1167 **Gl.A.** TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 4 f., 30 ff.; CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 76 f. Das Problem lässt sich am Beispiel des Ansatzes von STÄUBLE/SCHRANER veranschaulichen: Diese Autoren lehnen eine Wohlfahrtsprüfung im Rahmen der Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. b mit folgenden Überlegungen ab: «In Bezug auf die ‹Schädigung der Verbraucherwohlfahrt› als propagiertes Abgrenzungskriterium von zulässigen Diskriminierungen gilt es festzuhalten, dass im geltenden Schweizer Kartellgesetz sowohl der Individual- als auch der Institutionenschutz verankert ist. Eine Orientierung ausschliesslich an der Verbraucherwohlfahrt würde daher auf eine gesetzeswidrige Unterminierung des Individualschutzes und damit im Ergebnis auch des Institutionenschutzes hinauslaufen; sie führte zu einer Ergebnisbeurteilung. Daher ist sie nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen» (STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 293). Dieser Passus wirft verschiedene Fragen auf, die an dieser Stelle nicht alle behandelt werden können. Eine dieser Frage – womöglich eine wichtige – lautet: Warum sollte eine Wohlfahrtsprüfung zu «eine[r] gesetzeswidrige[n] Unterminierung des Individualschutzes» und «auch des Institutionenschutzes» führen? Diese These wird aufgestellt, ohne begründet zu werden, was die Möglichkeit einer krit. Auseinandersetzung damit ausschliesst. Dennoch: Dass diese These unbegründet bleibt, zeigt – wohl unbeabsichtigt – die Notwendigkeit eines Wohlfahrtstests in der Diskriminierungsanalyse nach lit. b. Wir können das aus Raummangel an dieser Stelle nicht *lege artis* demonstrieren, aber dennoch weisen wir auf vier Argumente hin, mit denen man sich im Kartellrecht auseinandersetzen sollte: (1) STÄUBLE/SCHRANER definieren «Diskriminierung» i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b folgendermassen: «Diskriminierung bedeutet im vorliegenden Kontext eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte oder auch eine Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte» (*op. cit.*, Art. 7 N 288). Dieser Begriff ist ein rein *juristischer* (s. N 283 ff.). Die Konsequenz des so bestimmten Begriffs der Diskriminierung besteht darin, dass der Sinn von Art. 7 Abs. 2 lit. b unterdeterminiert bleibt (vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 810 f.; ferner auch MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 138). Gemäss der Definition von STÄUBLE/SCHRANER müsste z.B. das System der zwei Personenbeförderungsklassen der SBB als *diskriminierend* i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b eingestuft werden. Denn Reisende, also Menschen (*gleicher* Sachverhalt), werden *ungleich* (zwei Klassen) behandelt. Dieses Ergebnis ist ein *non sequitur*. (2) *In dubio pro reo*: Man könnte annehmen, dass STÄUBLE/SCHRANER s Argumentation auf der (unausgesprochenen) Prämisse gründet, dass der tiefere Preis für Fahrkarten der 2. Klasse die Diskriminierung zwischen den zwei SBB-Reiseklassen kartellrechtlich rechtfertigt; das träfe allerdings *nur partiell* zu, nämlich nur für den Fall, wo eine Person, die finanziell imstande ist, sich sowohl die 1. wie die 2. Klasse zu leisten, sich freiwillig für die 2. Klasse entscheidet; für eine Person, die vermögensmässig nicht imstande ist, eine Fahrkarte der 1. Klasse zu erwerben (*ungleicher* Sachverhalt im Vergleich zur Person, die sich beide Klassen leisten kann), liegt angesichts des Umstandes, dass der Preis für eine Fahrkarte der 1. Klasse für jedermann identisch ist (*gleicher* Sachverhalt), nach den Kriterien von STÄUBLE/SCHRANER eine Diskriminierung vor. Auch diese aufgrund hypothetischer Argumente durchgeführte Analyse ist kartellrechtlich nicht plausibel. (3) Die Präsentation der zwei möglichen Lektüren der Ansicht von STÄUBLE/SCHRANER betreffend lit. b leiden am gleichen Problem: Sie stellen auf einen *juristischen* statt auf einen *industrieökonomischen* Diskriminierungsbegriff ab (so auch die Auffassung von CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 111). M.a.W.: Der von STÄUBLE/SCHRANER vorgeschlagene Ansatz zieht nicht sämtliche einschlägigen Umstände in Betracht; er ist im Hinblick auf die berücksichtigten Fakten unvollständig, sodass der Tatbestand der Diskriminierung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b nicht eine folgerichtige Analyse erfahren kann; die Option der Durchführung einer notwendigen Wohlfahrtsanalyse bleibt in Bezug auf die von den zwei Autoren vorgelegte Argumentation ein exogener Faktor; diesen Faktor kann besagte Argumentation aus strukturellen Gründen nicht integrieren. (4) Untersucht man den Sachverhalt des Zweiklassensystems der SBB aufgrund eines industrieökonomischen Diskriminierungsbegriffs, lautet die kartellrechtlich relevante Fragestellung: Führt das diskriminierende Reiseklassensystem der SBB zu einer *Steigerung* oder zu einer *Verminderung* der *Konsumentenwohlfahrt* (s. N 286)? Vor dem Hintergrund der soeben gesetzten Prämissen lautet die Antwort: Das SBB-System hat eine Wohlfahrtssteigerung zur Folge, weil es zu einem Anstieg des Produktionsoutputs beiträgt und somit *kosteneffizient* ist (s. N 286). Die Konsumentenrente wird vergrössert. Man wird daraus schliessen, dass das Diskriminierungssystem der SBB im Einklang mit Art. 7 Abs. 2 lit. b steht; zum Ganzen auch TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 25 f.; vgl. ferner FN 1171.

1168 Botschaft 1981, BBl 1981 II 1293, 1340; vgl. auch STURNY, 112.

1169 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 571.

1170 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572.

1171 Vgl. RUFFNER, AJP 1996, 842; ähnlich (wenn auch eine klarere Differenzierung von juristischer und industrieökonomischer Diskriminierung wünschenswert gewesen wäre) BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 16 («[F]ür das marktbeherrschende Unternehmen [besteht] keine formale Gleichbehandlungspflicht gegenüber seinen Marktpartnern, sondern es können sich durchaus

ökonomisch vernünftige Gründe ergeben, welche die unterschiedliche Behandlung der Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens rechtfertigen können»); MARBACH /DUCREY/WILD, Rz 1670; **a.A.** STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 295 («Eine Ungleichbehandlung liegt *immer dann* vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen ein ungleiches Verhalten auf gleichgelagerte Sachverhalte anwendet» [H.v.d.V.]), die sich im Hinblick auf lit. b am juristischen Diskriminierungsbegriff orientieren, wo das Schwergewicht auf den industrieökonomischen Begriff gesetzt werden sollte (was im Übrigen dem klaren Willen des Gesetzgebers entspricht; s. N 269).

1172 Vgl. auch ARMSTRONG, 434 ff. mit veranschaulichenden Beispielen aus der Praxis.

1173 PIGOU, 240 ff.; dazu auch STOLE, 2224 ff.; CLARKSON/MILLER, 243 ff.; VARIAN, 600 f., 611 f., 617 ff.; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 255.

1174 Vgl. STOLE, 2229 f.; OI, 77 ff.; SCHMALENSEE, Bell J. Econ. 1978, 445 ff.; KËLLEZI, 283 ff.

1175 Vgl. STOLE, 2262 ff.; SPENCE, 1 ff.; GOLDMAN/LELAND/SIBLEY, 305 ff.; VAN DEN BERGH /CAMESASCA, 256.

1176 Z.B. Mengenrabatte nach einer vorbestimmten Skala; vgl. P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 20.

1177 Vgl. VARIAN, 870 ff.; STOLE, 2231 ff.; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 256; ferner auch SCHWARTZ, 1259 ff.; LAYSON, 335 ff.; T.J. HOLMES, 244 ff.; CABRAL, 170 ff.

1178 Vgl. zur Preisdiskriminierung dritten Grades die industrieökonomische Studie, die BERGEMANN /BROOKS/MORRIS, 921 ff., 2015 vorgelegt haben.

1179 Vgl. in diesem Zusammenhang WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 724 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 487 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1180 Vgl. FN 93.

1181 Vgl. die Ausführungen in N 16 und namentlich in FN 93.

1182 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 210; die Tatsache, dass eine Verhaltensweise, die nur bestimmte Geschäftspartner durch Gewährung unterbieterischer Preise begünstigt, ist nicht notwendigerweise ein erschwerender Umstand bei der Würdigung des fraglichen Verhaltens.

1183 JONES/SUFRIN/DUNNE, 402.

1184 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 30 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I).

1185 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 30 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I); dazu LUNDQVIST, 560.

1186 WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 38 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge; EuGH, 16.12.1975, verb. Rs. 40–48, 50, 54–56, 111, 113 und 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, Rz 518–527 – Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA/Kommission; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 93 m.Nw.

1187 Vgl. auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 139 f.

1188 Z.B. WEKO, RPW 2010/1, 116 ff. Rz 202, 217, 321 – Preispolitik Swisscom ADSL.

1189 Vgl. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 731 ff. – Sport im Pay-TV.

1190 Vgl. z.B. BIRKHÄUSER/BLATTMANN, 300; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 294; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 15; alle diese Autoren verstehen das Konzept der Diskriminierung in Art. 7 Abs. 2 lit. b nach dem klassischen juristischen Muster der Ungleichbehandlung von Gleichem/Gleichbehandlung von Ungleichem, was abzulehnen ist; das Diskriminierungskonzept dieser Bestimmung ist ein ökonomisches, wie es sogleich im Lauftext geschildert wird.

1191 CLARKSON/MILLER, 246 ff.; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 385 ff.

1192 STIGLER, 209; dazu ARMSTRONG, 433; ähnlich WHISH/BAILEY, 777 ff.

1193 VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 255; ARMSTRONG, 437.

1194 Vgl. LEVINE, 1 ff.; **a.A.** BECK, 14.

1195 Vgl. VARIAN, 870 ff.; MASKIN/RILEY, 118 ff.; ARMSTRONG, 433; LEDERER/HURTER, 623 ff.; MACLEOD/NORMAN/THISSE, 474 ff.

1196 SCHMALENSEE, Am. Econ. Rev. 1981, 239 ff.; EDLIN/EPELBAUM/HELLER, 897 ff.; vgl. ferner auch JETZER, 173.

1197 ARMSTRONG, 437 f.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1198 WHISH/BAILEY, 777 ff.

1199 Vgl. zum Ganzen O'DONOGHUE/PADILLA, 785.

1200 Vgl. zu diesem Fragenkomplex SCHMALENSEE, Am. Econ. Rev. 1981, 242 ff.; VARIAN, 870 ff.; SCHWARTZ, 1259 ff.

1201 ARMSTRONG, 438 f.

1202 Sekretariat, RPW 2000/4, 571 ff. – Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt.

1203 ARMSTRONG, 433; TSCHUDIN, Rabatte, 215 f.

1204 ARMSTRONG, 445.

1205 LAYSON, 335 ff.

1206 Zum Ganzen ARMSTRONG, 442 ff.

1207 ARMSTRONG, 454 m.Nw.

1208 Vgl. VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 257.

1209 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572.

1210 Vgl. BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1211 Vgl. namentlich WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 722 – Sport im Pay-TV; dazu ausführlich N 320.

1212 Vgl. AMSTUTZ, Evolutorische Rechtsmethodik, 105 ff.; ferner auch TERCIER/VENTURI, 85; Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff. Rz 60 – Produktebündel «Talk & Surf».

1213 Vgl. FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 377; JUNG , in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 187.

1214 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 789.

1215 Vgl. VAN BAEL/BELLIS, 915; ähnlich BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1163, der vorschlägt, die Abgrenzung über den «wirtschaftlichen Wert» des in Frage stehenden Gutes vorzunehmen.

1216 Vgl. VAN BAEL/BELLIS, 920 f.

1217 Vgl. WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 33 f. – Telecom PTT-Fachhändlerverträge.

1218 Vgl. namentlich BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; vgl. sodann im Anschluss an diesen Bundesgerichtsentscheid RPW 2014/4, 670 ff. Rz 138 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; demgegenüber noch anders ausgerichtet WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 488 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. auch LÜSCHER, RZ 336 ff.; zum Ganzen ausführlich N 80 ff.

1219 Vgl. zu diesem Begriff O'DONOGHUE/PADILLA, 777 f. m.Nw.; WHISH/BAILEY, 210 f.

1220 Vgl. das anschauliche Schema der horizontalen Marktverschliessung in *Tabelle 10* bei GOHARI, Diss., 334; im Hinblick auf die Benachteiligungswirkungen auf vor- oder nachgelagerten Märkten differenziert ROTH, Wettbewerber, 121, zwischen «*input foreclosure*» und «*customer foreclosure*»; vgl. auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19.

1221 Vgl. ausführlich GOHARI, Diss., 334 ff.; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 301 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); weniger einleuchtend demgegenüber die Definition von ROTH, Wettbewerber, 121, der eine *horizontal foreclosure* als «ein Segment desselben Marktes» anschaut; die Marktsegmentierungsanalyse sollte auf bedingte Rabatte (s. N 570) beschränkt bleiben und nicht generalisiert werden.

1222 Vgl. zu diesem Begriff O'DONOGHUE/PADILLA, 778 f. m.Nw.; WHISH/BAILEY, 210 f.

1223 Vgl. WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 33 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge; ferner EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 140; vgl. GOHARI, Diss., 334 ff.; CABRAL, 189 ff.; TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 10; LÜSCHER, Rz 335 ff.

1224 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 301 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 34 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge.

1225 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.094.

1226 Wie in N 202 erwähnt, ist der Fall eines *vertikal integrierten* Marktbeherrschers von Art. 7 Abs. 2 lit. b nicht erfasst; zur Veranschaulichung der horizontalen Marktverschliessung sei auf das klare Schema in Tabelle 10 bei GOHARI, Diss., 334, verwiesen.

1227 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 88.

1228 Vgl. zu der von der WEKO benutzten, mit der mit unseren deckungsgleichen Begrifflichkeit hinsichtlich der im Fliesstext beschriebenen zwei Konstellationen WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 301 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC): «Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann andere Unternehmen grundsätzlich auf verschiedenen Märkten oder Marktstufen behindern. Einerseits kann die Behinderung auf dem Markt stattfinden, in dem die Marktbeherrschung besteht, d.h. auf derselben Marktstufe. Man spricht in diesem Fall von horizontaler Marktverschliessung (Horizontal Foreclosure). Anderseits kann ein marktbeherrschendes Unternehmen andere Unternehmen auf benachbarten (adjacent), vor- oder nachgelagerten Märkten behindern, d.h. auf Märkten, auf denen das betrachtete Unternehmen nicht tätig oder zumindest nicht marktbeherrschend ist. Diese Situation wird in der Regel als vertikale Marktverschliessung (Vertical Foreclosure) bezeichnet».

1229 Zu unterstreichen ist, dass die Praktik diskriminierender Preise oder Geschäftsbedingungen auf vor- oder nachgelagerten Märkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen häufig eine *Diskriminierung ersten Grades* bildet (s. N 273); auch nimmt sich dieses Praktik oft *mittelbar* aus; vgl. in diesem Sinne Generalanwalt WAHL, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 77 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

1230 Sehr anschaulich WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 37 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge: «Die beklagte Verhaltensweise erschwert der Marktgegenseite den Zugang zu den Konkurrenten von Swisscom und ist daher mit einem Behinderungseffekt zu deren Lasten verbunden».

1231 O'DONOGHUE/PADILLA, 247.

1232 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 778; CABRAL, 167 ff.; CLARKSON/MILLER, 258 ff.; ferner auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 140 FN 86; die Fälle von *horizontal foreclosure* werden von anderen Missbrauchstatbeständen als demjenigen des Art. 7 Abs. 2 lit. b erfasst (s. N 281); ebenfalls an anderer Stelle werden, wie in der Einleitung schon erwähnt, die Diskriminierungsfälle behandelt, die einen vertikal integrierten Marktbeherrscher involvieren (s. N 336).

1233 So MARTENET/HEINEMANN, 127; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1670 ff.; ROTH, Wettbewerber, 364 f.; TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 4 f., 30 ff.; RUFFNER, AJP 1996, 843; P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 15 ff.; **a.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 95; STÄUBLE /SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 289 f.; unklar ZÄCH, Kartellrecht, Rz 674, weil nicht spezifiziert wird, ob mit dem Begriff «kleinere Konkurrenten» Rivalen des Marktbeherrschers oder der Handelspartner gemeint ist; zum Ganzen ausführlich N 310 ff.; das letzte einschlägige Urteil des Bundesgerichts zu dieser Frage (BGer, RPW 2013/1, 114 ff. – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72) wird an anderer Stelle besprochen; s. N 374 f.

1234 Ausnahmen sind allerdings vorstellbar, aber ergeben sich nur in einer unwahrscheinlichen Konstellation (für welche, soweit ersichtlich, bislang keine Beispiele in der Schweizer Spruchpraxis auffindbar sind): Diese Konstellation zeichnet sich dadurch aus, dass er *zugleich* Handelspartner auf dem vor- oder nachgelagerten Markt im Wettbewerb benachteiligt und seine direkten Rivalen auf dem beherrschten Markt behindert; s. N 294 f.

1235 Vgl. die in FN 1233 zitierte Doktrin.

1236 EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 24 f. – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência (H.v.d.V.); dazu WHISH/BAILEY, 782.

1237 Vgl. in diesem Zusammenhang auch O'DONOGHUE/PADILLA, 249.

1238 In diesem Sinne WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 138 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA: «Der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 […] Abs. 2 Bst. b KG ist erfüllt, wenn kumulativ die folgenden Tatbestandsmerkmale vorliegen: […] (1) Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Ungleichbehandlung führt; […] (2) *diese Ungleichbehandlung betrifft Handelspartner*; […] (3) durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt; […] (4) die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine legitimate business reasons)» (H.v.d.V.).

1239 Zur kumulativen Normenkonkurrenz statt anderer MAUCHLE, 935, 937, 951.

1240 Vgl. MAUCHLE, 951.

1241 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 475–479 – Swisscom WAN-Anbindung.

1242 Vgl. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 722 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 138 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2011/1, 96 Rz 485 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); **a.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 89, welche nur drei Voraussetzungen verlangen: «Il y a une pratique discriminatoire abusive à trois

conditions cumulatives. En premier lieu, l'entreprise dominante met en œuvre une discrimination, directe ou indirecte, de ses partenaires commerciaux […]. En deuxième lieu, cette discrimination entraîne une restriction de la concurrence au sens de l'art. 7 I LCart […]. En troisième lieu, le traitement différencié n'est pas justifié par des considérations commerciales légitimes […]»; diese Autorinnen verlangen somit keine *Wettbewerbsschädigung*; dazu N 323.

1243 BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 486 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1244 In diesem Sinne BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 723 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 224 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; dazu auch FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga /Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 376; JONES/SUFRIN/DUNNE, 381 f.

1245 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 474 – Swisscom WAN-Anbindung.

1246 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 725 – Sport im Pay-TV.

1247 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 723 m.Nw. – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2011/1, 96 Rz 486 – SIX /Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2008/4, 544 Rz 224 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 105 – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit; vgl. auch WHISH/BAILEY, 777 ff.; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 90; JUNOD, 214.

1248 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 723 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 459 – Swisscom WAN-Anbindung; vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 91.

1249 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 459 – Swisscom WAN-Anbindung; vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 91.

1250 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 726 ff., 731 ff. – Sport im Pay-TV.

1251 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 489 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1252 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1253 Sekretariat, RPW 1997/1, 30 Rz 15 ff. – Action Promopac/pompes à chaleur; allerdings bleibt in diesem Fall unklar, ob das Sekretariat auf Grund von Diskriminierungskriterien oder auf Grund von *legitimate business reasons* entschieden hat; vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 104.

1254 WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 100, 104 f., 108 – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit; vgl. auch WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 459 ff. – Swisscom WAN-Anbindung.

1255 Vgl. Entscheidung der Kommission vom 22.12.1972 über die Änderung der Entscheidung Nr. 30/53 vom 2.5.1953 über die innerhalb des gemeinsamen Marktes für Kohle und Stahl durch Art. 60 § 1 des Vertrages verbotenen Praktiken, ABl. 1972 L 297/39.

1256 KOMM, ABl. 2009 C 165/7 – Clearstream (Clearing und Abrechnung).

1257 Vgl. STOKEY, 355 ff.; PHLIPS, 525 ff.

1258 Offenbar **a.A.** WEKO, RPW 1999/3, 422 ff. Rz 94, 100 – Schweizerische Meteorologische Anstalt; dieser Entscheid lässt gerade die Tatsache ausser Acht, dass die zu vergleichenden Verträge hinsichtlich ihres Vertragsschlusszeitpunktes zwei Jahre auseinander liegen und sich in dieser Periode – den Angaben des marktbeherrschenden Unternehmens zufolge – die Marktbedingungen verändert haben.

1259 Vgl. auch EuG, 12.12.2000, Rs. T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, Rz 169 – Aéroports de Paris /Kommission.

1260 O'DONOGHUE/PADILLA, 795.

1261 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 91.

1262 Sekretariat, RPW 1997/3, 311 ff. Rz 29 ff. – Schulen ans Internet.

1263 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 157, 726, 728 – Sport im Pay-TV; die Gründe, die in diesem Fall zu einer differenzierten Behandlung geführt haben, sind an dieser Stelle nicht von Belang; im Rahmen der Rechtfertigungsgründe werden sie allerdings eine Rolle spielen (s. N 330 ff.).

1264 WEKO, RPW 1997/2, 161 ff. Rz 40 ff. – Telecom PTT/Blue Window.

1265 WEKO, RPW 2008/3, 385 ff. Rz 154 – Publikation von Arzneimittelinformationen.

1266 BGE 126 III 129.

1267 Zum Ausmass der Arbitrage in Fällen von Parallelimporten VENTURI, 238 f.

1268 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 88.

1269 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 723 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 486 – SIX /Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 244 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; Sekretariat, RPW 2007/3, 382 ff. Rz 100 – Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit; vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 92; WHISH/BAILEY , 777 ff.; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 241 m.Nw.; JUNOD, 214.

1270 WEKO, RPW 2008/3, 385 ff. Rz 159 ff. – Publikation von Arzneimittelinformationen.

1271 Z.B. werden kleinen lokalen Detailgeschäften die selben Geschäftsbedingungen wie grossen nationalen Abnehmern gewährt; vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 92.

1272 Beispiele für in der Praxis verwendeten Diskriminierungsmittel Sekretariat, RPW 2007/3, 382 ff. Rz 102 – Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit. Mit dieser Tendenz geht die Gefahr einher, dass das von dieser Bestimmung anvisierte Wettbewerbsschädigungspotenzial verpasst wird (Typ II-Fehler) oder – hauptsächlich – *false positives* (Typ I-Fehler; s. N 123) aufgegriffen werden.

1273 In diesem Sinne vgl. Sekretariat, RPW 2007/3, 382 ff. Rz 101 ff. – Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit.

1274 EuGH, 14.2.1978, Rs. C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 208 ff. – United Brands/Kommission; zum Ganzen ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 817 ff.

1275 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 148; DIEBOLD, 161.

1276 Vgl. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 735 – Sport im Pay-TV; ferner auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572; sodann aus der Doktrin VENTURI/FAVRE, 29; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 8.86;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 16.

1277 WEKO, RPW 2008/3, 385 ff. Rz 154, 65 – Publikation von Arzneimittelinformationen; WEKO, RPW 1999/3, 422 ff. Rz 88 ff., 105 – Schweizerische Meteorologische Anstalt; Sekretariat, RPW 1999/1, 57 ff. Rz 27 ff. – Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren; EuGH, 14.2.1978, Rs. C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 208 ff. – United Brands/Kommission.

1278 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 139 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2004/2, 407 ff. Rz 146 – Swisscom ADSL; WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 37 ff. – Telecom PTT-Fachhändlerverträge; REKO/WEF, RPW 1998/4, 655 ff. E. 5.1; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 140.

1279 WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Rz 192 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern, in welcher es um Kommissionierung geht.

1280 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 729 f. – Sport im Pay-TV.

1281 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572.

1282 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 139 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

1283 KOMM, ABl. 2009 C 165/7, Rz 293 ff. – Clearstream (Clearing und Abrechnung).

1284 WEKO, RPW 2000/1, 70 ff. Rz 47 – Interkonnektionsverfahren Commcare AG vs. Swisscom AG.

1285 WEKO, RPW 1997/2, 161 ff. Rz 40 ff. – Telecom PTT/Blue Window.

1286 Vgl. in diesem Zusammenhang auch CR Concurrence- CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 92.

1287 Sekretariat, RPW 1999/1, 57 ff. Rz 27 f. – Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren.

1288 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 726 ff. – Sport im Pay-TV.

1289 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 731 ff. – Sport im Pay-TV.

1290 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 724 m.Nw. – Sport im Pay-TV.

1291 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 735. – Sport im Pay-TV; vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 108.

1292 WEKO, RPW 1999/3, 422 ff. Rz 101 ff. – Schweizerische Meteorologische Anstalt; vgl. dagegen die restriktivere Ansicht der REKO/WEF, RPW 2000/3, 461 ff., E. 3.2.2c – Schweizerische Meteorologische Anstalt; herauszustreichen ist allerdings, dass die Entscheidung der Rekurskommission letztlich vom Bundesgericht aus formellen Gründen aufgehoben wurde, vgl. BGer, RPW 2001/1, 210 ff., E. 3g – Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA); vgl. auch Sekretariat, RPW 1999/1, 57 ff. Rz 27 ff. – Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren.

1293 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 735 – Sport im Pay-TV.

1294 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 59 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission.

1295 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 781.

1296 MARTENET/HEINEMANN, 127; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1670 ff.; ROTH, Wettbewerber, 364 f.; TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 4 f., 30 ff.: RUFFNER, AJP 1996, 842 f.; P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 15 ff.

1297 So namentlich STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 289 f., die sich darauf beschränken, sich auf die Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden und der Gerichte zu berufen, die, wie in N 314 dargetan, bis heute ebenfalls auf der Suche nach einem Grund ihrer Praxis zu Art. 7 Abs. 2 lit. b sind.

1298 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 93; vgl. zur vorliegend vertretenen Auffassung, dass ein Treuerabatt als Verdrängungspraktik unter Art. 7 Abs. 2 lit. d zu subsumieren ist, N 568.

1299 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 94.

1300 WEKO, RPW 1997/4, 506 Rz 39 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge: «Die praktizierte Jahresprämieneinstufung und die darauf gründende Gewährung von Treuerabatten durch Swisscom bzw. die TD Zürich erfüllt im Sinne der vorangegangenen Erwägungen den Tatbestand der unzulässigen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. b und e KG und ist daher zu untersagen».

1301 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 95.

1302 Für Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV waren wir ausserstande, eine entsprechende Lehrmeinung oder Praxis zu identifizieren; im Abschnitt 5.3.3 von O'DONOGHUE/PADILLA, 245–249, der den verschiedenen Fallkonstellationen gewidmet ist, die von dieser Bestimmung erfasst wird, taucht der von CLERC/KËLLEZI erwähnte Fall der «pratique discriminatoire qui affecte uniquement la concurrence entre l'entreprise dominante et ses propres concurrents (primary line competition)» nicht auf.

1303 Vgl. namentlich EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 14–17, 26 und insbesondere 30 – Post Danmark A/S/Konkurrenceådet (Post Danmark I): «Entgegen dem Vorbringen der dänischen Regierung, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen zur Unterstützung der Anträge des Konkurrenceråd im Ausgangsverfahren eingereicht hat, lässt die Tatsache, dass die Praxis eines Unternehmens in beherrschender Stellung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Preispolitik als ‹*Preisdiskriminierung*› eingestuft werden kann, d.h. die Anwendung verschiedener Preise auf verschiedene Kunden oder verschiedene Kundenkategorien für Waren oder Dienstleistungen, deren Kosten dieselben sind, oder umgekehrt die Anwendung eines einheitlichen Preises auf Kunden, bei denen die Angebotskosten variieren, *allein nicht den Schluss auf das Vorliegen einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis* [sc. im Verhältnis zu den Konkurrenten auf dem beherrschten Markt] *zu*» (H.v.d.V.).

1304 Womöglich wollten CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 95, den Begriff *«primary-line discrimination»* verwenden; aber das wäre der falsche Begriff für den Sachverhalt, den sie offenbar im Auge haben; denn dieser Begriff bezeichnet, wie in N 294 dargelegt, die wettbewerbswidrige horizontale Marktverschliessung.

1305 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v.d.V.).

1306 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1307 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1308 Vgl. auch TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 23 f.

1309 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 (H.v.d.V.); dazu TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 25.

1310 Vgl. AMSTUTZ, Ouroboros, 19 ff. («Der methodische Pluralismus des Bundesgerichts ist eine *ad hoc*-Lösung, die der tendenziell gesellschaftshermetischen Rechtsmethodik der Schuljurisprudenz die erforderliche soziale *exposure* gibt, um in minimalem Umfang funktionieren zu können. Dieses Prinzip, das den harten Kern des Methodenpluralismus bildet, ist in seiner Bedeutung kaum zu unterschätzen, insofern nämlich, als er den Weg für eine Rekonstruktion der juristischen Methodenlehre weist» [*op. cit.*, 30]); wir meinen, dass es der Doktrin nicht gelungen ist, eine der heutigen Zeit adäquate Rechtsmethodik zu entwickeln; diese Methodik hat heute über weite Strecken ausgedient; dieser Umstand hat das Bundesgericht feinfühlig diagnostiziert; und es reagierte darauf richtig: Mit dem methodischen Pluralismus hat es die juristische Methode der Schuljurisprudenz und der h.L. in dem Ausmass suspendiert, das zurzeit erforderlich ist, um ein der zeitgenössischen Gesellschaft angemessenes Recht sprechen zu können.

1311 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 571 (H.v.d.V.).

1312 AB N 1995, 1092; AB S 1995, 858.

1313 So MARTENET/HEINEMANN, 127; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1670 ff.; ROTH, Wettbewerber, 364 f.; TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 4 f., 30 ff.; RUFFNER, AJP 1996, 843, welcher auf lit. e verweist; P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 15 ff.; **a.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 95; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 89 f.

1314 O'DONOGHUE/PADILLA, 245 f., 777.

1315 Vgl. ausführlich TSCHUDI, Diskriminierung, Rz 8 ff.

1316 Vgl. zu diesem Problem, das auch die europäische Praxis und Rechtsprechung zu Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV beschlägt, ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 246 m.Nw.

1317 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 30 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) (H.v.d.V.).

1318 Vgl. WHISH/BAILEY, 768.

1319 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 16.

1320 Vgl. EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 24 f. – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrêncial; ferner BELLAMY/CHILD, Rz 10.090, 10.093.

1321 Vgl. EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 36–38 – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark I); dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.091; ferner auch EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 27 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

1322 BELLAMY/CHILD, Rz 10.095; vgl. auch WHISH/BAILEY, 765 f. m.Nw.

1323 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 810.

1324 TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 40 m.Nw.; vgl. ferner O'DONOGHUE/PADILLA, 803.

1325 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1326 In ausserordentlichen Verhältnissen, wo etwa nur sehr wenige Unternehmen auf dem vor- oder nachgelagerten Markt sowie auf dem beherrschten Markt aktiv sind und völlige Transparenz im Hinblick auf die Frage besteht, wer wessen Anbieter und Abnehmer ist, könnte sich eine derartige Konstellation einstellen. Wie allerdings in EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung vom 9.2.2009, Rz 20, dargetan wird, müssten in diesem Falle eine ganze Reihe von spezifischen Voraussetzungen erfüllt sein, was, wie soeben im Fliesstext dargetan, in der Praxis unwahrscheinlich ist und kaum je der Fall sein wird. Selbst wenn sich eine derartige ausserordentliche Situation einstellen sollte, rechtfertigte dies immer noch nicht die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 lit. b, weil, wie sogleich im Fliesstext erläutert, sich die *incentives* sowie die Marktverschliessungseffekte von denjenigen, die bei einer *pure discrimination* bestehen, deutlich unterscheiden. Eine Anwendung dieser Bestimmung bzw. des dafür entwickelten Analyserasters auf die *primary-line discrimation* liefe Gefahr, zu verfälschten oder verzerrten Ergebnissen zu führen. Deshalb verdient für eine kartellrechtliche Analyse der *horizontal foreclosure* allemal die Lösung den Vorzug, die in N 625 vorgetragen wird.

1327 O'DONOGHUE/PADILLA, 778.

1328 Vgl. etwa die Übersicht bei TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 8 ff.

1329 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 722 – Sport im Pay-TV.

1330 Gleiche Formulierung schon in WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 461 – Swisscom WAN-Anbindung.

1331 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 245 f.

1332 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 240.

1333 Vgl. ausführlich WHISH/BAILEY, 779; SIMPSON, 2.

1334 Wenn der Handelspartner nicht unter Wettbewerbsdruck steht, d.h. Konkurrenten hat, kann er keine Wettbewerbsbenachteiligung erleiden; dann fehlt ein Tatbestandsmerkmal von Art. 7 Abs. 2 lit. b; vgl. ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 796 ff.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.093 ff.; ferner auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 96.

1335 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572.

1336 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572.

1337 CR Concurrence- CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 96; ferner auch DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 109.

1338 ZÄCH, Kartellrecht, Rz 673 ff., der sich auf die Behinderung der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens konzentriert, was nicht Gegenstand von Art. 7 Abs. 2 lit. b bildet (s. N 296).

1339 VENTURI/FAVRE, 29.

1340 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.4 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 722, 738 ff. – Sport im Pay-TV: «die Ungleichbehandlung zeitigt wettbewerbsbehindernde Effekte, indem sie andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs oder die Marktgegenseite benachteiligen»; vgl. auch BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 11.1.1 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BVGer, 24.2.2019, B-2050/2007; REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4.1 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG.

1341 Vgl. EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 24 f. – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

1342 Ob diese Quantifizierbarkeit tatbestandskonstitutiv ist, hat die WEKO nicht präzisiert; freilich ist anzunehmen, dass die WEKO diese Auffassung verneinen würde, da im europäischen Wettbewerbsrecht eine solche Voraussetzung nicht besteht; vgl. EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 29 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

1343 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 496 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1344 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 461, 478 – Swisscom WAN-Anbindung; ebenso BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E 10.1.2 m.Nw. – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1345 AMSTUTZ/REINERT, sic! 2005, 549 f.

1346 EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 26 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência (H.v.d.V.).

1347 EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 27 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência (H.v.d.V.).

1348 Vgl. z.B. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 609 – Sport im Pay-TV (mit Hinweis auf die einschlägige Praxis in FN 212): «Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG umfasst zunächst alle denkbaren Verhaltensweisen mit volkswirtschaftlich schädigendem Effekt und sodann solche, welche die wirtschaftliche Freiheit der betroffenen Unternehmen behindern. Verdeutlicht werden die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG durch einen Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Mit anderen Worten ist *im Einzelfall* zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt» (H.v.d.V.).

1349 EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 28 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

1350 TEMPLE LANG, Abuse, 119.

1351 O'DONOGHUE/PADILLA, 780.

1352 TEMPLE LANG, Abuse, 119.

1353 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 788.

1354 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 398 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009 [H.v.d.V.].

1355 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 563 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009 [H.v.d.V.].

1356 Vgl. nur SALOP, Standard, 336 f. sowie FN 3; vgl. ferner die Ausführungen in N 114 ff.

1357 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 354 f. – Swisscom WAN-Anbindung.

1358 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 738 – Sport im Pay-TV.

1359 O'DONOGHUE/PADILLA, 828; **a.A.** STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 291.

1360 O'DONOGHUE/PADILLA, 780; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU /Teil 1, Art. 102 N 204; TEMPLE LANG, Abuse, 118 ff.; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 96.

1361 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 24 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) (H.v.d.V.).

1362 O'DONOGHUE/PADILLA, 568.

1363 KOMM, ABl. 1991 L 152/1, Rz 21 – Soda–Solvay, ICI; ferner O'DONOGHUE/PADILLA, 800 f. m.Nw.

1364 KOMM, ABl. 1976 L 95/1 E. II.A.3.(b) – Chiquita.

1365 EuG, 17.12.2003, Rs. T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343 Rz 238 – British Airways plc/Kommission.

1366 Generalanwalt WAHL, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 115 ff. – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

1367 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 105; VENTURI /FAVRE, 31; WEKO, RPW 2014/2, 396 ff. Rz 79 – ETA Preiserhöhungen; WEKO, RPW 2004/2, 449 ff. Rz 77, 117 – ErfahrungsMedizinisches Register (EMR): Eskamed AG; Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 64 ff. – NOK–Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR; WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Rz 290 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VWS über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

1368 DAVID/JACOBS, Rz 726; VENTURI/FAVRE, 31.

1369 Z.B. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 755 ff., 761 ff. – Sport im Pay-TV.

1370 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 479 – Swisscom WAN-Anbindung.

1371 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.3 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72, welcher unterschiedliche Transport- oder Vertriebskosten erwähnt; Sekretariat, RPW 2000/4, 571 ff. Rz 45 ff. – Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt.

1372 VENTURI/FAVRE, 31 f.

1373 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 156 – AKZO Chemie BV/Kommission; vgl. jedoch WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 126 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA, wo die WEKO verbietet, dass die SDA eine ressourcen- und kosteneffiziente Lösung für langjährige Medienkunden in einer wirtschaftlich schwierigen Situation anbietet, da andere, nichtwettbewerbsschädliche Mittel zur Verfügung gestanden wären, wie namentlich eine allgemeine Preissenkung.

1374 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 107; VENTURI/FAVRE, 32.

1375 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 482, 484 – Swisscom WAN-Anbindung.

1376 Sekretariat, RPW 2012/3, 459 ff. Rz 83 – Erdgas Zentralschweiz AG; es könnte z.B. eine Preisunterbietung oder eine Einschränkung des Absatzes (Art. 7 Abs. 2 lit. d und e) vorliegen.

1377 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 462 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 227 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

1378 Sekretariat, RPW 2001/2, 232 ff. Rz 10 – Publifon Gebühren.

1379 WEKO, RPW 2002/3, 440 ff. Rz 43 ff. – ADSL-Angebot der Swisscom AG; **gl.A**. DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 103; im vorliegenden Fall wäre der Test von Art. 7 Abs. 2 lit. e einschlägig gewesen (s. N 652 ff.).

1380 CANDREIA, Rz 551 ff.; vgl. auch P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 17.

1381 Vgl. zu dieser Frage, insbesondere zur unionsrechtlichen *Doktrin des Gruppeninteresses*, AMSTUTZ , Globale Unternehmensgruppen, 87 ff.

1382 Vgl. ausführlich die Kommentierung von Art. 2 N 105 ff.

1383 Dazu die Kommentierung von Art. 2 N 119.

1384 Zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit der Konzernleitung nach schweizerischem Aktienrecht AMSTUTZ, SZW 2016, 9 ff.

1385 Zu diesem Umstand und seinen kartellrechtlichen Konsequenzen für den Konzern die Kommentierung von Art. 2 N 102 und 112 ff.

1386 Dazu die Kommentierung von Art. 2 N 102.

1387 Dazu die Kommentierung von Art. 2 N 102.

1388 BVGer, RPW 2010/2, 329 ff., E. 4.2 – Publigroupe SA und Mitbeteiligte gegen Wettbewerbskommission (Weko) betreffend Entschädigung für die Vermittlung von Inseraten in Printmedien (direkte Sanktion nach Kartellgesetz) = BVGer, 27.4.2010, B-2977/2007; zur hier vertretenen Interpretation dieser Urteilserwägung ausführlich die Kommentierung von Art. 2 N 116.

1389 Das bedeutet nicht, dass die Verdrängungsabsicht nicht von beweisrechtlicher Bedeutung sein könnte, sofern sie in objektivierter Form (wie z.B. in Formstrategisch-planerische Elemente vorliegt); s. N 489 ff.

1390 So BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1391 Cash- oder Direktzahlung bei Lieferung; vgl. Sekretariat, RPW 1999/1, 57 ff. Rz 34 – Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren.

1392 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 170.

1393 REKO/WEF, RPW 1998/4, 655, E. 5.2.

1394 Vgl. VENTURI/FAVRE, 32.

1395 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 126 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; EuG, 1.4.1993, Rs. T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31, Rz 94 – BPB Industries plc und British Gypsum Ltd /Kommission; ferner auch REKO/WEF, RPW 1998/4, 655 ff. E. 5.1, 5.2 – Swisscom/WEKO; vgl. auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.091, 10.110; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 380.

1396 Dazu ausführlich N 178 ff.

1397 Vgl. WEKO, RPW 2020/2, 433 Rz 842 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 16; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 88, 117; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 18; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 304 f.; zu Art. 7 Abs. 1: BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 8.2.2 f. m.w.H. – Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1398 Vgl. WEKO, RPW 2020/2, 433 ff., Rz 843 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff., Rz 138 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 291.

1399 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff., Rz 844 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff., Rz 139 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

1400 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff., Rz 844 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 295 f.

1401 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff., Rz 904, 941 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

1402 REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4.1 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO; WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 846 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

1403 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2. – Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.; WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 846 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendung*en*.

1404 BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.2.2. – Richtlinien des Verbandes Schweizerisches Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72. («[…] diskriminierende Bedingungen [bewirken] neben Benachteiligungen der einen stets eine Begünstigung der anderen Gruppe von Handelspartnern […]. Damit lässt sich deren Interesse für Angebote von Wettbewerbern des Marktbeherrschers gezielt ausschalten, was eine Behinderung des Wettbewerbs auf dessen eigener Wirtschaftsstufe darstellt […]. Behinderungsmissbrauch richtet sich auch gegen potentielle Konkurrenten […]»); vgl. in diesem Zusammenhang auch WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 846 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; aus der Doktrin: CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 93.

1405 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 847, 849 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2020/1, 78 ff. Rz 915 – KTB-Werke.

1406 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1115 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 125 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

1407 HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 102 N 233 ff.; VAN BAEL/BELLIS, 939; BGer, RPW 2003/4, 925 ff., E. 7.4.10 – Entreprises Électriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros = BGE 129 II 497; WEKO, RPW 2019/1, 192 ff., S. 200 – Stellungnahme: Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung) – Vernehmlassung; WEKO, RPW 2004/3, 674 ff. Rz 129 – Markt für Schlachtschweine–Teil A.

1408 BGE 138 I 368, E. 9.1; vgl. ferner auch Sekretariat, RPW 2020/4a, 1541 ff. Rz 196 f. – SwissZinc AG; sodann noch WEKO, RPW 2004/2, 443 ff. Rz 160 – Swisscom ADSL.

1409 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 18 HETTICH, 196; in diese Sinne BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.2, 7.3 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL II = BGE 146 II 217; WEKO, RPW 1997/2, 161 ff. Rz 47, 49 – Telecom PTT – Blue Window.

1410 WEKO, RPW 2004/2, 407 ff. Rz 160 – Swisscom ADSL.

1411 In diesem Sinne WEKO, RPW 1997/2, 161 ff. Rz 65 – Telecom PTT/Blue Window; WEKO, RPW 1997 /2, 150 ff. – Bundesgesetz über Meteorologie und Klimatologie (MetG).

1412 Dazu BGE 138 I 368, E. 9.2; ferner auch RPW 1997/1, 38 f. – Meteorologische Dienstleistungen/SMA; in demselben Sinne CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 147; VENTURI/FAVRE, 31; zur Rechtslage in der Union: WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 453 f.

1413 Vgl. auch KËLLEZI, 282 ff., 287 ff.

1414 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Ziff. 2 des Dispositivs – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Ziff. 4 des Dispositivs – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

1415 In diesem Sinne WEKO, RPW 2008/3, 385 ff. Rz 4 des Dispositivs – Publikation von Arzneimittelinformationen.

1416 WEKO, RPW 1999/1, 75 ff. Rz 84 – Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern; vgl. zu Art. 5 RPW 1999/4, 551 ff., 553 – Jahresbericht 1999 der WEKO (mit Verweis auf WEKO, RPW 1999/1, 67 ff. Rz 36 und Ziff. 1–5 des Dispositivs – Reine Gase und Mischgase).

1417 **A.A.** DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 167.

1418 So WEKO, RPW 2007/2, 190 ff. Ziff. 4 des Dispositivs – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern.

1419 BGer, RPW 2015/4, 896 ff., E. 9 – Coopérative des producteurs de fromage d'alpages «L'Etivaz» = BGE 139 II 316.

1420 Vgl. M. REINERT, 153.

1421 SVETLICINII/BOTTA, 476 ff.

1422 In diesem Sinne wohl allzu weit gehend JOLIET, 131.

1423 SVETLICINII/BOTTA, 477 f.

1424 SVETLICINII/BOTTA, 493; vgl. ferner HOU, 50; AKMAN, Lost Soul, 273 f.

1425 So zutreffend WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 388 – Swisscom WAN-Anbindung; vgl. ferner auch WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; ferner BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 19; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 113; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz /Mederer, Art. 102 N 190.

1426 Vgl. BGE 130 II 149 E. 3.4.3; BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.4.5 i.f. und 11.3.4.6 – Supermédia.

1427 Vgl. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 396 – Swisscom WAN-Anbindung: «Gemäss Praxis der WEKO ist ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen festgelegter Preis *unangemessen*, wenn er *in keinem angemessenen Verhältnis* zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht […]» (H.v.d.V.); ferner auch WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 176 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 204 – Terminierung Mobilfunk; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300 –

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO.

1428 Zutreffend (und von den in FN 1425, 1426 angegebenen Entscheiden abweichend) WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 607 – Sport im Pay-TV, wo unterstrichen wird, dass ein Ausbeutungsmissbrauch vor allem darauf zielt, von der Marktgegenseite die Leistung ökonomischer Vorteile zu «erzwingen»; anders als bei einem Verdrängungsverhalten, das die Konsumentenwohlfahrt *indirekt* beeinträchtigt, reduziert der Ausbeutungsmissbrauch die Konsumentenrente in *unmittelbarer* Weise; diese industrieökonomischen Strukturunterschiede widerspiegeln den Umstand, dass die «Tests und Standards», die zur Analyse von Sachverhalten in der einen und der anderen Missbrauchskategorie in der Praxis verwendet werden, markant divergieren. Hinsichtlich des hier zur Diskussion stehenden Ausbeutungsverhaltens bedeutet diese Differenzierung, dass die Konstruktion von «Tests und Standards», die auf die Erfassung dieses Verhaltens spezialisiert sind, das Potenzial nicht besitzen, Verdrängungsmissbräuche zu analysieren (was umgekehrt *nicht* gilt; zu dieser Frage die Vertiefung in N 402); vgl. in diesem Sinne JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 168; **a.A.** BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 20.

1429 Vgl. wie hier WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 607 – Sport im Pay-TV: «Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt […] die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) dar. Charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung»; unter Beachtung ihrer semantischen Logik rufen diese Ausführungen geradezu danach, mit einem dritten Satz ergänzt zu werden, der folgendermassen zu artikulieren ist: Ebenso charakteristisch für die Kategorie des Ausbeutungsmissbrauchs ist, dass dieser kein Verdrängungsmoment voraussetzt um eine abgeschlossene Ganzheit zu bilden; aus dieser Perspektive ist es nur folgerichtig, dass eine verdrängende Verhaltensweise kein konstitutives Merkmal des Tatbestandes von lit. c darstellt.

1430 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 142 f., 156, 159, 169, 172 ff., 183 – Deutsche Telekom AG/Kommission; EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 34 f. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

1431 Präzisierungsbedürftig ist an dieser Stelle Folgendes: Preisbezogene Verdrängungsmissbräuche, wie z.B. das *margin squeeze* oder die Preisunterbietung nach lit. d, verlangen für ihre Tatbestandsmässigkeit das scharfe Mass der «Unangemessenheit» i.S.v. lit. d nicht; wird dieses in solchen Sachverhalten ausnahmsweise erreicht, ändert dies an der Beurteilung des Verdrängungsmissbrauchs nichts; vgl. in diesem Sinne trefflich CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 151; nicht restlos klar demgegenüber RAASS, Rz 1; P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 24, 27 f.; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 20; zum Problem ausführlich N 550.

1432 Vgl. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 392 – Swisscom WAN-Anbindung; O'DONOGHUE/PADILLA, 732 ff.

1433 Vgl. nur als symptomatisches Beispiel BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 253, 402–405, 445, 782, 820, 981, 1118, 1176, 1187, 1206 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

1434 EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 248/257 – United Brands/Kommission.

1435 EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 248/257 – United Brands/Kommission; dazu MOTTA/DE STREEL, 16, 30 ff; EVANS/PADILLA, Excessive Prices, 106 ff.; EZRACHI/GILO, 227 ff.; SVETLICINII/BOTTA, 480 ff.; HOU, 56 ff.; POZDNAKOVA, 123 ff.

1436 Vgl. z.B. RAASS, Rz 24 ff.

1437 RAASS, Rz 47; vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 154, sprechen von einem *«caractère dirigiste»* der Bestimmung; ferner die (einen verunsicherten Eindruck gebenden) Ausführungen von P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 23, 25, 27–29.

1438 RAASS, Rz 58 f. (H.v.d.V.).

1439 So DAVID/JACOBS, 731; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 365 f.; vgl. auch RAASS, Rz 10 ff.

1440 Vgl. WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31. Oktober 2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO: «Es ist indessen zu beachten, dass das KG [sc. Art. 7 Abs. 2 lit. c] nicht bezweckt, für ‹gerechte Preise zu sorgen›».

1441 Vgl. etwa HERLITZ, 71 ff.

1442 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 166.

1443 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.117; ferner auch BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 20.

1444 So zu Recht dezidiert O'DONOGHUE/PADILLA, 736; **a.A.** RAASS, Rz 58.

1445 RAASS, Rz 58.

1446 Vgl. nur MONTI, 218.

1447 So BGE 130 II 149 E. 3.4.3.

1448 Merke: Die «besondere Verantwortung» des marktbeherrschenden Unternehmens (s. N 72 f.) ist kein Nachteil in diesem Sinne, sondern Ausdruck des selbstverständlichen Rechtsgedankens, dass jedermann nach Massgabe seiner individuellen Situation unter Beachtung sämtlicher Umstände, welche ihn betreffen, gehalten ist, sich in Konformität mit Gesetz und Recht zu verhalten.

1449 Vgl. die fundierten kritischen Ausführungen zum (von seinem Gehalt her politischen, wirtschaftswissenschaftlich unbegründeten) Schlagwort «Hochpreisinsel Schweiz» von RUTZ/JAAG , 50 ff.

1450 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 156; BELLAMY/CHILD, Rz 10.117.

1451 Zur Veranschaulichung BGE 126 III 129 E. 9.c; zum Ganzen MONTI, 218;M. REINERT, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 4.170 ff.; CARRON, N 559, 563 m.Nw.

1452 WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 198 – Terminierung Mobilfunk; dazu trefflich RAASS, Rz 14 ff.

1453 **A.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 151, die von «conséquences les plus nuisibles de la détention d'une position dominante» sprechen.

1454 Vgl. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.168 ff.; HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 102 N 180; FUCHS/MÖSCHEL , in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 175; O'DONOGHUE/PADILLA, 733 f.; ferner auch *Berkey Photo, Inc.* v. *Eastman Kodak*, 603 F.2d 263, 294 [1979].

1455 Zur gesamten Problematik die Übersicht bei FAULL/NIKPAY, Rz 4.821; spezifisch für das schweizerische Kartellrecht AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, 151 ff.

1456 Vgl. VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 253; KUHN, 578; MOTTA, 35; FAULL/NIKPAY, Rz 4.821 ff.

1457 *Verizon Communications Inc.* v. *Law Offices of Curtis Trinko*, 540 U.S. 398, 407 (2004); zum US-amerikanischen *antitrust* ausführlich CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 155.

1458 Zum Ganzen SVETLICINII/BOTTA, 478 m.Nw.

1459 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 165 (H.v.d.V.).

1460 Im Nationalrat wurde Art. 7 E vom Berichterstatter nicht vorgestellt; der Rat hat die Bestimmung diskussionslos einstimmig angenommen; im Ständerat sprach die Berichterstatterin (StR Rosmarie Simmen) ein paar Worte über Art. 7 E, aus denen für den vorliegenden Kontext nichts zu entnehmen ist; zu notieren ist schliesslich, dass die in der Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573, im zweiten Absatz gegebenen Beispiele für die lit. c teilweise nicht weiterführend sind.

1461 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 152; zum entstehungsgeschichtlichen Hintergrund von aArt. 6 Abs. 2 lit. b KG 86 SCHLUEP, in: Schürmann/Schluep, 323 f.

1462 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 570; dazu CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 153.

1463 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572 f.; zustimmend P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 28.

1464 **A.A.** P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 28.

1465 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1466 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573; sodann in erster Linie die ausführliche Darstellung von unangemessenen Geschäftsbedingungen von CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 185–191; ferner O'DONOGHUE/PADILLA, 732 f.; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 169; SCHRÖTER /BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 190; vgl. auch die Ausführungen in N 351.

1467 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1468 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 163; BELLAMY/CHILD, Rz 10.117; SVETLICINII/BOTTA, 476 f.

1469 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II 158, sind der Auffassung, dass eine Quersubventionierung, durch welche der Marktbeherrscher ein «nahe stehendes» Unternehmen *(«entreprise ‹affiliée›»)* im Verhältnis zu Dritten begünstigt, je nachdem, ob die begünstigte Entität gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen über wirtschaftliche Unabhängigkeit verfügt oder nicht, unangemessen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c ist oder nicht (ob mit dem Terminus *«entreprise ‹affiliée›»* eine Konzerntochter gemeint ist, geht aus den Ausführungen der Autorinnen nicht

deutlich hervor, ist aber möglich; die mehr gängige französische Nomenklatur bezeichnet eine Tochtergesellschaft mit den Begriffen *«société dominée»*, *«société contrôlée»*, *«société filiale»* oder [sich aus dem Kontext ergebend] zuweilen auch *«filiale»*); die Qualifikation der Quersubventionierung in Konzernverhältnissen sollte unserer Meinung nach nicht auf das Kriterium «Unabhängigkeitsgrad der Tochter gegenüber der Mutter» abstellen; die Gründe für unsere Auffassung sind in der Kommentierung von Art. 2 N 114 ff. dargelegt; vielmehr ist davon auszugehen, dass Quersubventionierungen im Konzern vom Konzernprivileg gedeckt sind und somit kartellrechtlich irrelevant sind; dazu N 346.

1470 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II 158; ferner auch VENTURI/FAVRE, 33.

1471 Vgl. in diesem Zusammenhang auch SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 190.

1472 Dazu auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 160, 165.

1473 Vgl. Näheres dazu bei CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 161.

1474 Vgl. auch Sekretariat, RPW 2000/1, 1 ff. Rz 37 ff. – Lokoop AG vs. SBB; CARRON, Transactions, Rz 531 ff.

1475 **A.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 161, die die Möglichkeit zulassen, lit. c und f parallel anzuwenden.

1476 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 159.

1477 JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 218.

1478 MONTI, 218.

1479 Vgl. für eine Darstellung der verschiedenen wirtschaftswissenschaftlichen Theorien O'DONOGHUE /PADILLA, 733 ff.

1480 KUHN, 579.

1481 MONTI, 219.

1482 O'DONOGHUE/PADILLA, 740 f.

1483 Vgl. JONES/SUFRIN/DUNNE, 569 ff.

1484 MONTI, 218.

1485 KUHN, 589.

1486 MONTI, 218.

1487 KUHN, 579 ff.; MONTI, 218 f.

1488 In diesem Sinne KUHN, 590.

1489 O'DONOGHUE/PADILLA, 740 f.

1490 KUHN, 579 ff.

1491 KUHN, 589 f.

1492 Vgl. auch *Chicago Professional Sport Ltd Partnership* v. *NBP*, 95 F 3d 953, 957 (7th Cir. 1996): «The antitrust laws do not deputize district judges as one-man regulatory agencies».

1493 Vgl. SVETLICINII/BOTTA, 478 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 776; BELLAMY/CHILD, Rz 10.120.

1494 Vgl. in erster Linie MOTTA/DE STREEL, 22 ff.; EVANS/PADILLA, Excessive Prices, 113 ff.; EZRACHI /GILO, 239 ff.; LYONS, 82 ff.; POZDNAKOVA, 133 f.

1495 Zum Ganzen die Übersicht von TEMPLE LANG, Abuse, 126.

1496 Für dieselbe Feststellung in Europa und in Deutschland, KUHN, 580; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 163; MONTI, 218 m.Nw.

1497 In diesem Sinne BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

1498 BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.1 – Supermédia, welches auf die vier, in der 1. Aufl. dieses Buchs aufgeführten Merkmale verweist. Ferner vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 276 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff., Rz 312 und 316 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 443 – Online-Buchungsplattformen für Hotels.

1499 Dazu CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 151.

1500 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 162; VENTURI/FAVRE, 33; vgl. für Beispiele DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 123 ff.

1501 Diese Frage ist Gegenstand des Tatbestandsmerkmals der Unangemessenheit von Preisen und von sonstigen Geschäftsbedingungen (Merkmal III; s. N 389 ff.).

1502 BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.2 – Supermédia; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

1503 ZÄCH, in: SIWR V/2, 214.

1504 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1505 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 39 – Swisscom WAN-Anbindung.

1506 Vgl. DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 121; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 8.89 m.Nw.

1507 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 783 – Sport im Pay-TV.

1508 Sekretariat, RPW 1998/3, 369 ff. Rz 36, 42 – Devisierungs-, [Vor-]Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB.

1509 WEKO RPW 1999/2, 220 ff. Rz 120 ff. – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit.

1510 WEKO, RPW 2004/2, 449 ff. Rz 90, 115 – ErfahrungsMedizinisches Register (EMR): Eskamed AG; WEKO, RPW 2003/1, 106 ff. Rz 256 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, aufgehoben durch REKO /WEF, RPW 2005/3, 530 ff. – Telekurs Multipay AG/WEKO.

1511 SCHMIDHAUSER, Diskussionsbeitrag, 108 ff.; vgl. Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 56 – NOK–Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR.

1512 KOMM, ABl. 1998 L 252/47, Rz 35 ff. – Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato.

1513 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1514 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 ; so auch BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.3.1 – Supermédia; BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 12.1, 12.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion; ferner auch WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 394 – Swisscom WAN-Anbindung.

1515 Gegen die bundesgerichtliche Auffassung wenden sich CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 181: «A notre avis, en dehors des circonstances particulières entourant une réglementation sectorielle comme dans l'affaire Swisscom (ATF 137 II 199), l'‹imposition› fait d'abord et surtout référence à la position dominante de l'entreprise, et ne constitue pas une exigence de ‹comportement abusif qualifié› de la part de celle-ci […]; cet élément correspond à la notion de ‹comportement indépendant› des entreprises en position dominante, indépendance rendue possible par leur position sur le marché et leur pouvoir de marché correspondant. Ces entreprises sont des faiseurs de prix *(price makers)* en ce sens qu'elles ont le pouvoir de déterminer le prix du marché et de l' ‹imposer› à leurs partenaires commerciaux. *L'‹imposition› ne constitue donc pas un élément distinct du comportement abusif en dehors des circonstances particulières du cas* […]» (H.v.d.V.); krit. ferner auch VAHRENHOLT, 498, 503 f.: HAGER, 556; befürwortend hingegen AMSTUTZ, sic! 2011, 530 ff.; zum Ganzen ausführlich N 381 ff.

1516 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 281 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

1517 BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.3.1 – Supermédia; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

1518 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.5 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199 ; vgl. sodann WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 394 – Swisscom WAN-Anbindung; ferner auch MERKT, 64 f.

1519 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

1520 Vgl. BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.3.1 – Supermédia; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 266 – Terminierung Mobilfunk; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 182; DAVID/JACOBS, Rz 737; DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 128; MERKT, 64 f.

1521 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, eine Durchsetzung ist nach dem BVGer bereits dann zu bejahen «wenn dem potentiellen Geschäftspartner aufgrund der Umstände keine adäquate und in ausreichendem Ausmass verfügbare Alternative zu einer Geschäftsabwicklung mit dem marktbeherrschenden Unternehmen zur Verfügung steht»; WEKO, RPW 2014/2, 396 ff. Rz 81 – ETA Preiserhöhungen, die

WEKO gibt näher an, dass der Geschäftspartner keine Möglichkeit hatte, sich gegen die unangemessenen Preise zu wehren; WEKO, RPW 2004/3, 778 ff. Rz 59, 62 – TicketCorner, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/4, 672 ff. – Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG /WEKO, Good News Productions AG, ResaplusS.A., Swiss Music Promoters Association SMPA.

1522 MARBACH/DUCREY/WILD, 325 Rz 1460; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 178 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; nach diesem Entscheid fehlt das Element der Erzwingung, wenn bilaterale Verhandlungen stattgefunden haben, was wohl kaum als generalisierungsfähige Aussage angeschaut werden kann.

1523 Dazu HEINEMANN, Kartellrecht, Rz 38; vgl. ferner auch DAVID/JACOBS, Rz 737; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 29.

1524 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1525 Vgl. DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.90.

1526 BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.3.1 – Supermédia; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 179 m. Nw.

1527 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.5 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

1528 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 5 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

1529 Vgl. HEINEMANN, Kartellrecht, Rz 40.

1530 VAHRENHOLT, 498 ff.; HAGER, 556; demgegenüber zustimmend AMSTUTZ, sic! 2011, 530 ff.; zum Ganzen N 381 ff.; krit. zum vorinstanzlichen Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 242 ff. – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion: HEINEMANN, Kartellrecht, Rz 35 ff.; DERS., Krise, 50 f.; WEBER, Erzwingung, Rz 29 ff.; zur strafrechtlichen Problematik dieses Entscheids SEITZ, AJP 2010, 653 ff.

1531 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 791 – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2006/2, 227 ff. Rz 121 – Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG); WEKO, RPW 2003/1, 106 ff. Rz 262 – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 ff. – Telekurs Multipay AG/WEKO; DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 129).

1532 Vgl. VENTURI/FAVRE, 33; KRAUSKOPF/RIESEN, 108; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz /Mederer, Art. 102 N 191.

1533 WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 179 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

1534 Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 56 – NOK–Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR; Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573; vgl. zum Sonderfall der Freiübernahme von unangemessenen Geschäftsbedingungen WEKO, RPW 1997/4, 490 ff. Rz 72 ff. – Recymet SA.

1535 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 414 ff. – Swisscom WAN-Anbindung.

1536 So bleibt das Bundesgericht in BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199, ziemlich kryptisch in seiner Begründung des Umstands, dass die «Erzwingung» eine eigenständige Bedeutung besitzt.

1537 Dazu AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 28 f., 127, 229 f.

1538 Zum Konzept der *«Selbstreferenzialität»* AMSTUTZ, Wirtschaftsrecht, 20 f.

1539 SCHLUEP, Wettbewerbsgesetzgebung, 8.

1540 Dazu ausführlich AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 75 ff.

1541 Die ursprüngliche Bestimmung mit demselben Wortlaut war Art. 86 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957, die auffindbar ist auf ‹https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/de/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome› (20.5.2021).

1542 Dazu generell SCHMOECKEL/MAETSCHKE, Rz 177 ff., und zu den lauterkeitsrechtlichen Preisregeln insbesondere Rz 179, 183.

1543 BSK UWG-HILTY, Art. 1 N 142.

1544 So noch BGE 107 II 277 E. 2.

1545 Vgl. etwa PICHT, 397 ff.

1546 PICHT, 401.

1547 Vgl. zu dieser Problematik eingehend AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 73 ff., 207 ff.

1548 Zustimmend STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 26; LÜSCHER, Rz 424, vertritt demgegenüber die Auffassung, dass «[…] das Grunderfordernis der Kausalität von Marktbeherrschung und Missbrauch ein Prägemerkmal des ‹verhaltensbasierten› Ansatzes dar[stellt]»; dem ist schon deshalb nicht zu folgen, weil ein derartiger Kausalzusammenhang im Kartellrecht ohne *Wirkungsanalyse* nicht durchführbar ist (zum «wirkungsbasierten» und zum «verhaltensbasierten» Ansatz N 146); LÜSCHER übersieht offensichtlich, dass ein Missbrauch i.S.v. Art. 7 immer in einem (dynamischen) *Effekt* (nie in einem [statischen] *Zustand*; s. N 117 f.) besteht und dass die Analyse des ursächlichen Zusammenhangs unter Art. 7 Abs. 2 lit. c in der kartellrechtlichen Rechtsanwendung mit den Kausalitätsfragen im klassischen Deliktsrecht rechtstechnisch wenig gemein hat.

1549 In diesem Sinne WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 448 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; s. bereits AMSTUTZ, sic! 2011, 520; in diesem Sinne FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 174; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 191, wonach der Zwang von der wirtschaftlichen Übermacht des Marktbeherrschers ausgehen muss; **a.A.** wohl LÜSCHER, Rz 447.

1550 BGer, RPW 2013/1 114 ff., E. 10.1.2 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72.

1551 Im Fall *Online-Buchungsplattformen für Hotels* hat die WEKO festgestellt, dass die Verwendung der Paritätsklauseln nicht kausal auf eine allfällige marktbeherrschende Stellung von Booking.com zurückzuführen war, was eine Erzwingung unplausibel macht (WEKO, RPW 2016/1, 67 Rz 450 – Online-Buchungsplattformen für Hotels); insofern wird in diesem Fall womöglich zum ersten Mal die Richtung eingeschlagen, die vorliegend präkonisiert wird; vgl. auch BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

1552 BVGer, RPW 2010/2, 242 ff., E. 12.1, 12.3 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion.

1553 BGer, RPW 2011/3, 440 ff., E. 4.3.4 – Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion = BGE 137 II 199.

1554 HEINEMANN, Kartellrecht, Rz 40; vgl. zur Rechtslage in der Union auch die Ausführungen in N 378.

1555 HEINEMANN, Kartellrecht, Rz 38; vgl. auch DERS., Krise, 50 f.

1556 Vgl. RAASS, Rz 50; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 156; DAVID/JACOBS, Rz 731;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 23; LÜSCHER, Rz 373.

1557 Vgl. AMSTUTZ, Interpretatio multiplex, 70 f.

1558 Dazu statt anderer LEGRAND, 44 ff.

1559 Dazu ausführlich AMSTUTZ, Interpretatio multiplex, 71 ff.

1560 BSK UWG-HILTY, Art. 1 N 6 m.Nw.

1561 HEINEMANN, Kartellrecht, Rz 40; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen in N 382 f.

1562 In diesem Sinne KUHN, 579.

1563 EUCKEN, 72.

1564 Zum ordoliberalen Konzept des «Leistungswettbewerbs» BÖHM, Monopolkampf, 212 ff.

1565 Dazu statt anderer O'DONOGHUE/PADILLA, 56 ff. (allgemein zu den vermuteten ordoliberalen Quellen von Art. 102 AEUV) und 733 (spezifisch zum Ursprung von Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV).

1566 Vgl. VON HAYEK, Entdeckungsverfahren, 250; dazu aus generalisierender Sicht AMSTUTZ, AcP 2018, 499 ff.

1567 Vgl. grundsätzlich BELLAMY/CHILD, Rz 10.118.

1568 Vgl. JONES/SUFRIN/DUNNE, 567 ff.; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 192.

1569 FOX, Notre Dame L. Rev. 1986, 992; vgl. in diesem Zusammenhang auch WHISH/BAILEY, 20: «A problem with using competition law to assume direct control over prices is that competition authorities are ill-placed to determine what price a competitive market would set for particular goods or services, and indeed by fixing a price they may further distort the competitive fabric of the market».

1570 Vgl. JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 170.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1571 O'DONOGHUE/PADILLA, 853. Vgl. auch BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3.4.1 – Supermédia, wonach die Geschäftsbedingungen «[…] sont *particulièrement défavorables* pour les partenaires commerciaux dont la capacité concurrentielle est gravement atteinte» (H.v.d.V.).

1572 Insbesondere kann vom marktbeherrschenden Unternehmen nicht verlangt werden, er solle einen «gerechten» Preis praktizieren. Ein solcher ist, wie in N 353 ausgeführt, in der Marktwirtschaft immer nur das Produkt wirksamen Wettbewerbs. Theoretisch kann er auch nicht approximativ (re)konstruiert werden; zum Ganzen WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 176 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG /WEKO; vgl. ferner auch RUFFNER, AJP 1996, 845.

1573 Ähnlich O'DONOGHUE/PADILLA, 860.

1574 Vgl. GA Nils Wahl, Schlussanträge vom 6.4.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 42, Biedrı¯ba «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ' entūra – Latvijas Autoru apvienī ba» /Konkurences padome (AKKA/LAA): «Angesichts dieser Einschränkungen [sc. der verschiedenen Methoden zur Bestimmung der Unangemessenheit eines Preises] stimmen Kartellbehörden und Wirtschaftswissenschaftler im Allgemeinen darin überein, dass bei der Ermittlung des Referenzpreises im Fall eines möglicherweise überhöhten Preises ein hohes Risiko besteht, dass es zu Fehlern sowohl des Typs I (d.h. falschen positiven Erkenntnissen: ein Preis wird fälschlicherweise als über dem wettbewerbsorientierten Preis liegend angesehen) als auch des Typs II (d.h. falschen negativen Erkenntnissen: ein Preis wird fälschlicherweise als nicht über dem Wettbewerbspreis liegend angesehen) kommt».

1575 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 792 – Sport im Pay-TV; vgl. JONES/SUFRIN/DUNNE, 566 f.; MONTI, 218; ferner auch *Verizon Communications Inc.* v. *Law Offices of Curtis Trinko*, 540 U.S. 398, 407 [2004].

1576 Vgl. MOTTA, 69.

1577 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 572 f.; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 20;P. REINERT, SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 28; TERCIER/VENTURI, 78 f.; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 186; vgl. auch WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 406 – Swisscom WAN-Anbindung, hier nimmt die WEKO ausdrücklich Bezug auf Art. 4 ZGB, wonach der Richter die objektiven Umstände des Einzelfalls zu würdigen und basierend darauf einen Entscheid nach pflichtgemässem Ermessen zu fällen hat; ferner auch WEKO, RPW 2004/3, 778 ff. Rz 67 – TicketCorner, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/4, 672 ff. – Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, ResaplusS.A., Swiss Music Promoters Association SMPA.

1578 Repräsentativ etwa WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 395 f. – Swisscom WAN-Anbindung: «Der Gesetzgeber spricht im Zusammenhang mit Geschäftsbedingungen dann von Unangemessenheit, wenn sie aufgrund der konkreten Umstände offensichtlich unbillig sind. Hierbei geht der Gesetzgeber von einem vernünftigen Verhältnis zwischen dem Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung und dem hierfür verlangten Preis aus. […] Gemäss Praxis der WEKO ist ein von einem marktbeherrschenden Unternehmen festgelegter Preis unangemessen, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist»; die Adjektive «offensichtlich unbillig», «vernünftig» und «angemessen» erlauben keine in der Sache (namentlich ökonomisch) fundierte Untersuchung von Preisen und Geschäftsbedingungen i.S.v. lit. c.

1579 Vgl. EuGH, 14.9.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 49 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ' entūra – Latvijas Autoru apvienī ba»/Konkurences padome (AKKA /LAA): «Es ist Sache der betreffenden Wettbewerbsbehörde, den Vergleich vorzunehmen und dessen Rahmen zu bestimmen, wobei *sie über einen gewissen Spielraum verfügt* und es nicht nur eine einzige passende Methode gibt» (H.v.d.V.); dazu auch grundlegend EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 253 – United Brands/Kommission; ferner GA Nils Wahl, Schlussanträge vom 6.4.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 35 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ' entūra – Latvijas Autoru apvienī ba»/Konkurences padome (AKKA/LAA); vgl. auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.119 f.

1580 Vgl. z.B. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 396 – Swisscom WAN-Anbindung.

1581 Vgl. WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 203 – Terminierung Mobilfunk.

1582 Vgl. auch WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; die WEKO hat dieses Kriterium verwendet, um festzustellen, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen überhöhte Margen realisiert hatte, was nicht nur erlaubte, die Unangemessenheit des Preises, sondern auch einen erschwerenden Umstand i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b SVKG zu konstruieren; vgl. WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 249 ff., 421 ff. – Terminierung Mobilfunk.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1583 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 280 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich [C7.15.].

1584 Vgl. Botschaft PüG, BBl 1984 II 773.

1585 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 280 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; offenbar **a.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 170, die die relative der absoluten Methode vorziehen.

1586 Vgl. etwa WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 396 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 ff. – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; dazu sodann auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 167 ff.; VENTURI/FAVRE, 34 f., die ihrerseits relative und absolute Methoden unterscheiden und dabei auf den Fall *United Brands* verweisen, was dem Test, den der EuGH entwickelt hat, nicht gerecht wird; zu diesem Test N 396 ff.

1587 EuGH, 14.9.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 37 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba»/Konkurences padome (AKKA /LAA).

1588 Diese drei Tests stellen heute *klassische* Unangemessenheitsprüfungsvorgehen dar; weder in der Schweiz noch in der Union bedeutet diese Tatsache, dass es nicht zur Entwicklung weiterer Tests kommen darf; ein Beispiel für eine Methode, die relativ jüngeren Datums ist, nämlich der sog. *NAPP*-Test, der vom britischen *Competition Commission Appeal Tribunal* in einem Entscheid vom 15.1.2002 entwickelt wurde (*NAPP Pharmaceutical Holdings* v. *Director General of Fair Trading* [2002] CAT 1, para 217 ff.), wird von BELLAMY/CHILD, Rz 10.124, näher erläutert.

1589 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; ferner WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff., Rz 315 und 335 ff. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

1590 Vgl. GA Nils Wahl, Schlussanträge vom 6.4.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 43, Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba» /Konkurences padome (AKKA/LAA): «In Ermangelung einer allgemeingültigen Prüfung und angesichts der mit allen bestehenden Methoden verbundenen Einschränkungen ist somit […] von zentraler Bedeutung, dass die Wettbewerbsbehörden zur Vermeidung (oder richtiger zur Minimierung) des Fehlerrisikos eine Prüfung des Einzelfalls anstreben, bei der verschiedene derjenigen Methoden, die nach allgemeiner wirtschaftswissenschaftlicher Ansicht anerkannt sind und im konkreten Einzelfall geeignet und heranziehbar erscheinen, miteinander kombiniert werden»; in diesem Sinne auch WEKO, RPW 2008/3, 385 ff. Rz 173 – Publikation von Arzneimittelinformationen.

1591 Vgl. Sekretariat, RPW 2006/3, 433 ff. Rz 55 – Medikamentenpreis Thalidomid; WEKO, RPW 2008/4, 544 Rz 176 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

1592 Vgl. CR Concurrence-BONVIN, Art. 13 PüG N 18 ff.

1593 In diesem Sinne MONTI, 218, welcher darauf hinweist, dass in der Praxis alle Unternehmen ihren Preis über die Grenzkosten festlegen; ferner auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.117; vgl. auch WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff., Rz 349 ff. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300, 305 m.Nw. – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO.

1594 Dazu ausführlich HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting /Meyer-Lindemann, Art. 102 N 189 ff.; s. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 400 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

1595 Vgl. CR Concurrence-BONVIN, Art. 13 PüG N 23 ff.; ferner auch JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 173.

1596 Vgl. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 400 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; O’DONOGHUE/PADILLA, 751 ff.; ferner auch KUHN, 580 ff., der drei Vergleichsmodelle präsentiert und kritisiert: das sachliche, räumliche und zeitliche Vergleichsmarktkonzept, das Konkurrenzpreiskonzept und das Konzept der Gewinnbegrenzung.

1597 DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 117.

1598 Dazu GA Nils Wahl, Schlussanträge vom 6.4.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 39 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba» /Konkurences padome (AKKA/LAA): «[M]it einem Vergleich der Preise zwischen verschiedenen räumlichen Märkten, Wettbewerbern und/oder Zeiträumen [können] auch Risiken verbunden sein. Märkte sind selten so homogen, dass ein aussagefähiger Vergleich sofort und ohne Weiteres vorgenommen werden kann. Es können eine Reihe von ‹Anpassungen› der Daten erforderlich sein, die sich aus dem oder den als Vergleichsmaßstab herangezogenen Märkten ergeben, bevor diese Daten zur Ermittlung des Referenzpreises verwendet werden können».

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1599 WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300, 305 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; nach BGE 126 III 129 E. 9c ist eine signifikante Differenz zwischen dem Preis für in der Schweiz in Erstumlauf gesetzte, patentrechtlich geschützte Produkte und deren Preis im Ausland ein Indiz für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, die auf dem Patentmonopol beruht; damit dieses Indiz bestätigt werden kann, ist erforderlich, dass die juristischen wie ökonomischen Rahmenbedingungen vergleichbar in dem Sinne sind, dass das allgemeine Kostenlevel und die Schweizer Löhne einen höheren Preis zu rechtfertigen vermögen; vgl. dazu STIRNIMANN, 219;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 25; vgl. ferner auch EuGH, 13.7.1989, verb. Rs. 110/88, 241/88, 242/88, ECLI:EU:C:1989:326, Rz 25 – François Lucazeau u.a./Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM); vgl. auch EuGH, 14.9.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 38 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba» /Konkurences padome (AKKA/LAA): «Nach dieser Rechtsprechung ist, wenn ein Unternehmen, das eine beherrschende Stellung innehat, für die von ihm erbrachten Dienstleistungen Tarife erzwingt, die nach einem auf einheitlicher Grundlage vorgenommenen Vergleich erheblich höher sind als die in den übrigen Mitgliedstaaten angewendeten Tarife, diese Differenz als Anzeichen für einen Missbrauch der beherrschenden Stellung anzusehen»; zum Ganzen auch FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 181.

1600 Vgl. EuGH, 14.9.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 38 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba»/Konkurences padome (AKKA/LAA): «So ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine Methode, nach der die Preise des betroffenen Mitgliedstaats mit denen anderer Mitgliedstaaten verglichen werden, als gültig anzusehen».

1601 KOMM, ABl. 1975 L 29/14, Rz 8 – General Motors Continental.

1602 EuGH, 4.5.1988, Rs. 30/87, ECLI:EU:C:1988:225, Rz 31 – Bodson/Pompes funèbres; Sekretariat, RPW 2007/2, 174 ff. Rz 75 ff. – Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen.

1603 Vgl. EuGH, 14.9.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 42 f. – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba»/Konkurences padome (AKKA/LAA): «[Ein] [Preis-]Vergleich [kann] aussagekräftig sein, sofern […] die Referenzmitgliedstaaten nach objektiven, geeigneten und überprüfbaren Kriterien ausgewählt werden. […]. Zu diesen Kriterien können u.a. die Verbrauchsgewohnheiten und andere ökonomische oder soziokulturelle Gesichtspunkte zählen wie das Bruttoinlandsprodukt pro Kopf und das kulturelle und historische Erbe.»

1604 Vgl. WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 242 – Terminierung Mobilfunk; Sekretariat, RPW 2006/3, 433 ff. Rz 55 – Medikamentenpreis Thalidomid; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300, 305 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG /WEKO; ferner EuGH, 13.7.1989, Rs. 110/88, 241/88, 242/88, ECLI:EU:C:1989:326, Rz 21 ff. – François Lucazeau u.a./Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM).

1605 EuGH, 11.11.1986, Rs. 226/84, ECLI:EU:C:1986:421, Rz 25 – British Leyland/Kommission. Vgl. Auch WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff., Rz 336 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

1606 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.117.

1607 EuGH, 13.11.1975, Rs. 26/75, ECLI:EU:C:1975:150, Rz 11 f. – General Motors/Kommission; vgl. auch BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 137: «Nach ständiger Rspr. gilt Art. 102 […] nur für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die ein Unternehmen selbstständig an den Tag legt. Kommt ihm aufgrund nationaler Regulierungen keinerlei eigener Handlungsspielraum zu, weil diese ihm das wettbewerbswidrige Verhalten vorschreibt bzw. jegliches Wettbewerbsverhalten ausschliesst, fehlt es an der erforderlichen Selbstständigkeit des Verhaltens».

1608 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 400 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177, 185 ff. – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; vgl. ferner WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff., Rz 347 f. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

1609 Dazu GA Nils Wahl, Schlussanträge vom 6.4.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 41 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba» /Konkurences padome (AKKA/LAA): «Schließlich ist im Hinblick auf Vergleiche zwischen bestimmten Zeiträumen im Blick zu behalten, dass Faktoren, die den letztendlichen Preis einer Ware oder Dienstleistung beeinflussen können, sich auf dem Markt recht schnell ändern können. Diese Faktoren können im Zusammenhang stehen mit legitimen Geschäftsstrategien (z.B. kann ein Unternehmen einen neuen Markt erschließen wollen und für einige Zeit einen sehr niedrigen Preis verlangen und damit minimale Gewinnspannen hinnehmen), mit Kostensteigerungen

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

(aufgrund externer Faktoren wie Änderungen der örtlichen Besteuerung oder Kreditfinanzierungskosten oder mit unternehmerischen Entscheidungen des Unternehmens selbst, etwa in Bezug auf Werbekampagnen oder Forschung und Entwicklung) oder auch mit Verbraucherpräferenzen (z.B. einer veränderten Kundenwahrnehmung eines Produkts infolge neuer Marketingstrategien). Alle diese Faktoren können zu (normalerweise legitimen) plötzlichen und erheblichen Preisänderungen führen»; diese Ansicht vertritt auch CR Concurrence-BONVIN, Art. 13 PüG N 29.

1610 Dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.121 m.Nw.

1611 In diesem Sinne Sekretariat, RPW 2006/3, 433 ff. Rz 56 – Medikamentenpreis Thalidomid; vgl. auch FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 185.

1612 Vgl. z.B. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 400 – Swisscom WAN-Anbindung, wonach diese Methode wenig sinnvoll erschien; Sekretariat, RPW 2006/3, 433 ff. Rz 56 – Medikamentenpreis Thalidomid; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 185 ff. – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; dazu P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 26; KUHN, 587.

1613 WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 305 m.Nw. – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; **a.A.** KUHN, 581 f., der den Aussagewert eines solchen Vergleichs für beschränkt hält; vgl. dazu auch WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 185 ff. – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.

1614 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 20; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 243 ff. – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO.

1615 Vgl. GA Nils Wahl, Schlussanträge vom 6.4.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 46 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba» /Konkurences padome (AKKA/LAA): «Allerdings kann es Fälle geben, in denen nur eine [… der verschiedenen] Methoden zur Ermittlung des Referenzpreises heranziehbar oder geeignet sein mag. In diesen Fällen ist es meines Erachtens von äußerster Wichtigkeit, dass die Behörde sonstige Indikatoren berücksichtigt, die das Ergebnis dieser Methode bestätigen oder umgekehrt in Zweifel ziehen können».

1616 Vgl. WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 401 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; Sekretariat, RPW 2006/3, 433 Rz 57 – Medikamentenpreis Thalidomid; vgl. auch Art. 13 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 PüG.

1617 Vgl. CR Concurrence-BONVIN, Art. 13 PüG N 33 ff.; O’DONOGHUE/PADILLA, 748 ff.; vgl. auch WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 243 ff., 301 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; Sekretariat, RPW 1999/3, 375 ff. Rz 66 – Swisscom, Angebot von Mietleitungen.

1618 Vgl. P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 24; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 20.

1619 In diesem Sinne SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 116; KUHN, 589; KOMM, ABl. 2005 C 6/40, Rz 232 – Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg.

1620 WEKO, RPW 2007/2, 241 ff. Rz 252 – Terminierung Mobilfunk, wurde z.B. im Rahmen der Kostenmethode dem Verhältnis zwischen dem durchschnittlichen EBITDA (Ertrag vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen) und dem Umsatz des marktbeherrschenden Unternehmens Rechnung getragen.

1621 Sekretariat, RPW 2006/3, 433 ff. Rz 58 ff. – Medikamentenpreis Thalidomid; EuGH, 5.10.1988, Rs. 53 /87, ECLI:EU:C:1988:472, Rz 17 – CICRA und Maxicar/Renault, wo die Kosten für die Patentausstellung mitberücksichtigt wurden; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob//Klotz /Mederer, Art. 102 N 193 m.Nw.

1622 Sekretariat, RPW 1999/3, 375 ff. Rz 64 ff. – Swisscomangebot von Mietleitungen.

1623 WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 110 ff. – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit; in diesem Sinne auch GA Nils Wahl, Schlussanträge vom 6.4.2017, Rs. C 177/16, ECLI:EU:C:2017:286, Rz 38 – Biedrība «Autortiesī bu un komunicēšanās konsultāciju ag ‘ entūra – Latvijas Autoru apvienī ba»/Konkurences padome (AKKA/LAA): «[D]ie Informationen, die zur Vornahme der notwendigen Schritte zur Berechnung des Referenzpreises erforderlich sind, [können] fehlen oder unvollständig oder ihrem Wert nach widersprüchlich sein. Beispielsweise ist die Ermittlung von Kosten und ihre Verknüpfung mit einem bestimmten Produkt bei den meisten Arten von Unternehmen und für viele Unternehmen hochgradig

komplex. Die Berechnung von Gewinnspannen ist somit durchaus mit Unsicherheiten behaftet. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Buchführungsstandards und -ansätze sich aufgrund unterschiedlicher Rechtsvorschriften oder Buchführungskonventionen zwischen Branchen und Ländern anders gestalten können und dass sie zudem möglicherweise nicht immer die relevanten wirtschaftlichen Begrifflichkeiten widerspiegeln».

1624 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 408 f. – Swisscom WAN-Anbindung.

1625 O'DONOGHUE/PADILLA, 750 f.

1626 Dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.126.

1627 Dazu ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 742 ff.

1628 Vgl. EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 248 ff. – United Brands/Kommission; dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.119; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 172; FAULL/NIKPAY, Rz 4.831; die zwei Glieder des Tests sind kumulativ zu erfüllen; vgl. KOMM, ABl. 2005 C 6/40, Rz 147 und 149 – Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 744 f.

1629 O'DONOGHUE/PADILLA, 743.

1630 In diesem Sinne Sekretariat, RPW 2006/3, 433 ff. Rz 62 – Medikamentenpreis Thalidomid.

1631 Vgl. WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern; vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 749; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 251 f.; s. N 391.

1632 Vgl. EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 254 – United Brands/Kommission; KOMM, ABl. 2001 L 331/40, Rz 159 – Deutsche Post AG; vgl. auch WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 300, 303 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO.

1633 O'DONOGHUE/PADILLA, 743.

1634 BELLAMY/CHILD, Rz 10.123 (H.v.d.V.).

1635 BELLAMY/CHILD, Rz 10.123.

1636 Dazu ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 737 ff. m.Nw.

1637 BELLAMY/CHILD, Rz 10.124.

1638 Vgl. EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 235/241 – United Brands/Kommission.

1639 Dazu Näheres in EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 235/241 – United Brands /Kommission.

1640 Vgl. EuGH, 13.7.1989, Rs. 110/88, 241/88, 242/88, ECLI:EU:C:1989:326, Rz 30 – François Lucazeau u.a. /Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM).

1641 FAULL/NIKPAY, Rz 4.833 f.

1642 EuGH, 14.2.1978, Rs. 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, Rz 228 – United Brands/Kommission.

1643 KOMM, ABl. 2005 C 6/40, Rz 162–207 – Scandlines Sverige AB/Port of Helsingborg.

1644 EuGH, 11.11.1986, Rs. 226/84, ECLI:EU:C:1986:421, Rz 25 und 30 – British Leyland/Kommission.

1645 Vgl. dazu etwa WHISH/BAILEY, 738 ff.; JONES/SUFRIN/DUNNE, 571 f.; FAULL/NIKPAY, Rz 4.362, 4.382 f.

1646 Vgl. SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 190.

1647 Vgl. z.B. WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 110 ff. – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit; EuGH, 28.3.1985, Rs. 298/83, ECLI:EU:C:1985:150, Rz 28 – CICCE /Kommission; vgl. SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 194.

1648 Vgl. CARRON, Transactions, Rz 565 m.Nw.

1649 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 76 – Deutsche Telekom AG/Kommission.

1650 Vgl. EuGH, 11.4.1989, Rs. 66/86, ECLI:EU:C:1998:140, Rz 43 – Ahmed Saeed Flugreisen und Silver Line Reisebüro GmbH/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs; ferner CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 167; WINKLER, 200.

1651 Vgl. zum Ganzen auch WHISH/BAILEY, 739 ff.

1652 Dazu vor allem O'DONOGHUE/PADILLA, 736 ff. m.Nw.

1653 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 735; in diesem Zusammenhang auch WEKO, RPW 2008/4, 544 ff. Rz 177 – Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern m.Nw.

1654 Grundlegend BÖHM, ORDO 1966, 98; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 739 m.Nw.

1655 Dazu mit guter Übersicht über den Diskussionsstand in der Industrieökonomik O'DONOGHUE /PADILLA, 735 f. m.Nw.

1656 In diesem Sinne KUHN, 592.

1657 O'DONOGHUE/PADILLA, 762 f.

1658 Vgl. z.B. P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 23; für die Union etwa O'DONOGHUE/PADILLA, 735, 762.

1659 MONTI, 218 m.Nw.; ähnlich O'DONOGHUE/PADILLA, 860.

1660 Das Bundesverwaltungsgericht verwendet im Fall *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich* eine Formulierung, die in diesem Punkt zwar von der Perspektive her *anders ausgerichtet* ist, die aber *in der Sache* vom vorliegend Ausgeführten *nicht abweicht*: «Der Begriff ‹Preise› umfasst […] sämtliche Arten von Preisen oder Preisberechnungsmodalitäten einschliesslich von Preisnachlässen und Preisaufschlägen. Dem Begriff der Geschäftsbedingungen sind alle sonstigen Vertragsmodalitäten zuzuordnen» (BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 277 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich).

1661 Vgl. FAULL/NIKPAY, Rz 4.844; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 205; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 121.

1662 Allenfalls wäre auch vorstellbar, dass man als weiteres Kriterium darauf abstellt, ob der Marktbeherrscher seinen Handelspartner in seiner *betriebswirtschaftlichen* Funktionsfähigkeit *spürbar* beeinträchtigt; in diese Richtung scheinen die Wettbewerbsbehörden in den letzten Jahren gehen zu wollen; vgl. namentlich BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 278 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich: «Die Ticketingklausel stellt eine unangemessene Regelung dar, weil dadurch dem Veranstalter die grundlegende Entscheidungsfreiheit zur Auswahl seines Vertragspartners im Bereich des Ticketings geraubt wird, wodurch *eine Effizienzkontrolle der Leistungen von Ticketcorner* überhaupt nicht mehr stattfinden kann» (H.v.d.V.); zum Kriterium der Störung der unternehmerischen Prozesse durch den Marktbeherrscher sodann auch O' DONOGHUE/PADILLA, 859.

1663 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 793 – Sport im Pay-TV; zum Ganzen auch FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga /Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 187, 573.

1664 Der Entscheid HGer BE, 3.7.2018, RPW 2019/2, 564 ff., E. 15–17 – unangemessene Geschäftsbedingungen gemäss Kartellgesetz kann als Musterbeispiel für eine verfehlte Unangemessenheitsprüfung i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. c erwähnt werden; die kartellrechtliche Analyse, die sich ausschliesslich auf ein zivilistisches Argumentarium beschränkt, entspricht in keiner Hinsicht der heutigen Erkenntnislage im schweizerischen Kartellrecht; auch im Kartellzivilrecht ist nämlich in materiellrechtlicher Hinsicht eine wirtschaftsrechtlich-funktionale Methodik (s. N 29 f.) unumgänglich, was einer nahezu einmütigen Lehre entspricht; ebenfalls fällt auf, dass dieser Entscheid durchs Band auf industrieökonomische Überlegungen verzichtet, was, konservativ ausgedrückt, nicht zeitgemäss ist.

1665 In diesem Zusammenhang von Interesse ist die Beobachtung von O'DONOGHUE/PADILLA, 856: «[P] roportionality is more art than science […]», sowie 859: «Proportionality necessarily involves questions of judgement and policy rather than precision […]».

1666 Vgl. etwa BGer, RPW 2016/2, 622 ff., E. 4.2.3 – Nikon AG gegen Wettbewerbskommission WEKO – Publikation einer Sanktionsverfügung = BGE 142 II 268.

1667 Vgl. zum ganzen Analysevorgehen in erster Linie BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 279 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; in diesem Urteil fügt das Gericht noch einen zusätzlichen Untersuchungsschritt hinzu: «Darüber hinaus sind auch die Auswirkungen der Vertragsmodalität auf den jeweiligen Markt zu berücksichtigen» *(loc. cit.)*; aus den in N 404 geschilderten Gründen ist die Analyse dieser Frage als irrelevant abzulehnen; vgl. ferner WEKO, RPW 2004/3, 778 ff. Rz 67, 77 ff. – TicketCorner, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/4, 672 ff. – Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, ResaplusS.A., Swiss Music Promoters Association SMPA; Sekretariat, RPW 2007/3, 382 ff. Rz 74 – Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit; sodann auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 176; ZÄCH, Kartellrecht, Rz 694; DÄHLER /KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.91; VENTURI/FAVRE, 35; vgl. schliesslich noch JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 175, der im Ergebnis Unangemessenheit offenbar bereits als gegeben erachten will, wenn eine weniger restriktive Vorgehensweise auch gereicht hätte, um das vom marktbeherrschenden Unternehmen angepeilte Ziel zu erreichen.

1668 EuGH, 27.3.1974, Rs. 127/73, ECLI:EU:C:1974:25 – Belgische Radio en Televisie/SABAM und NV Fonior.

1669 EuGH, 27.3.1974, Rs. 127/73, ECLI:EU:C:1974:25, Rz 9/11 – Belgische Radio en Televisie/SABAM und NV Fonior (H.v.d.V.).

1670 EuG, 6.10.1994, Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rz 105 ff. – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II); EuG, 22.11.2001, T-139/98, ECLI:EU:T:2001:272 – Amministrazione Autonoma di Monopoli die Stato (AAMS)/Kommission; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 851 ff.; FAULL/NIKPAY, Rz 4.847 f.

1671 EuGH, 16.7.2009, Rs. C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rz 141 ff. – Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission (DSD); dazu ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 853 ff.

1672 Zum Sachverhalt EuGH, 16.7.2009, Rs. C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rz 2 ff., 135 ff. – Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission (DSD).

1673 EuGH, 16.7.2009, Rs. C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rz 141 – Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission (DSD).

1674 Dazu die die feinfühlige Analyse von O'DONOGHUE/PADILLA, 856.

1675 EuGH, 16.7.2009, Rs. C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rz 143 – Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission (DSD).

1676 EuGH, 16.7.2009, Rs. C-385/07 P, ECLI:EU:C:2009:456, Rz 142 – Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Kommission (DSD).

1677 Vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 854.

1678 Vgl. zu dieser Funktion SCHLUEP, FS Pedrazzini, 730.

1679 Dazu ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 855 m.Nw.

1680 Zum Ganzen DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.91 m.Nw.

1681 Vgl. BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN, Einl. Vor Art. 184 ff. N 41 m.Nw.

1682 In diesem Sinne WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 792 – Sport im Pay-TV.

1683 Für eine Liste der europäischen Fälle vgl. SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 209 m.Nw.

1684 WEKO, RPW 2003/1, 106 ff. Rz 255 ff. – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft; aufgehoben durch REKO /WEF, RPW 2005/3, 530 ff. – Telekurs Multipay AG/WEKO.

1685 WEKO, RPW 2004/3, 778 ff. Rz 79 – TicketCorner, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/4, 672 ff. – Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, ResaplusS. A., Swiss Music Promoters Association SMPA.

1686 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 794 – Sport im Pay-TV.

1687 DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 124.

1688 KOMM, ABl. 1992 L 72/1, Rz 135, 137 – Tetra Pak II.

1689 ZÄCH, Kartellrecht, Rz 674.

1690 KOMM, ABl. 1992 L 72/1, Rz 140 f. – Tetra Pak II, wo die Kommission ebenfalls betont hat, dass das einschlägige Verhalten auch dahingehend Verdrängungswirkungen zeitigt, dass der Marktzugang für Dritte erschwert wird.

1691 EuG, 12.12.1991, Rs. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, Rz 27, 101 – Hilti/Kommission.

1692 Vgl. auch Bekanntmachung vom 21.10.2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel, ‹http://www.WEKO.admin.ch/dokumentation/00160 /index.html?lang=de› (20.5.2021), Ziff. 5 lit. c.

1693 Sekretariat, RPW 1998/3, 369 ff. Rz 35 ff. – Devisierungs-, (Vor-)Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB.

1694 Sekretariat, RPW 1998/4, 545 ff. Rz 13 ff. – Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen.

1695 Sekretariat, RPW 1998/4, 567 ff. Rz 27 f. – Homologation und Sponsoring von Fussbällen.

1696 WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 120 ff. – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit.

1697 Sekretariat, RPW 2007/3, 382 ff. Rz 77 ff., 94 ff. – Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit.

1698 WAELBROECK/FRIGNANI, Rz 542 (H.v.d.V.; zustimmend CR Concurrence CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 151.).

1699 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

1700 Vgl. jedoch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 275 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2004/3, 778 ff. Rz 69 ff. – TicketCorner, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/4, 672 ff. – Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, ResaplusS.A., Swiss Music Promoters Association SMPA; WEKO, RPW 2003/1, 106 ff. Rz 264 ff. – Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/3, 530 ff. – Telekurs Multipay AG/WEKO; WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 123 – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit.

1701 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1702 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 798 ff. – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2004/3, 778 ff. Rz 67 – TicketCorner, aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2005/4, 672 ff. – Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/WEKO, Good News Productions AG, ResaplusS.A., Swiss Music Promoters Association SMPA; Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 56 – NOK–Anschlussbegehren SN Energie AG /EWJR.

1703 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 178; VENTURI/FAVRE, 35; TERCIER/VENTURI, 79.

1704 Vgl. STIRNIMANN, 221 m.Nw.

1705 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 763.

1706 SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 204.

1707 Vgl. zum Ganzen O'DONOGHUE/PADILLA, 764; KËLLEZI, 475 ff.

1708 Vgl. spezifisch zum Kontext des *predatory pricing* STRADER, 214; RBB ECONOMICS, A.21; ferner auch CRANE, 33.

1709 Dazu auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 193 m.Nw.

1710 O'DONOGHUE/PADILLA, 291; vgl. auch WHISH/BAILEY, 757.

1711 Dazu etwa EuGH, 16.3.2000, Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 115 ff. – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S /Kommission; WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rz 458 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen.

1712 Dazu statt anderer EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 94 f.

1713 Vgl. STRADER, 205 f.; RIDYARD, CLR 2014, 139; MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 293; WHISH/BAILEY, 756 ff.; MATEUS, 243 ff.; LANGE/PRIES, 57 ff.; HÜSCHELRATH/WEIGAND, 209 ff.; Preisrivalität wird industrieökonomisch aus verschiedenen Gründen als eine der zentralen Funktionen des Wettbewerbs betrachtet (s. N 115); im Kontext des *predatory pricing* hat der *US-Supreme Court* diesen Umstand in seinem Urteil *Matsuhita Electric Industrial Co*. v. *Zenith Radio Corp*., 475 US 574, 594 (1986) eigens hervorgehoben: «[C]utting prices in order to increase business often is the *very essence of competition*. Thus, mistaken inferences in cases such as this one [sc. in cases of predatory pricing] are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect» (H.v.d.V.); vgl. zu einer hierzulande nicht hinreichend berücksichtigten Dimension dieses *«chilling effect»* CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 38: «[A] firm could make its rival reluctant to engage in nonpredatory price cutting by threatening to raise the rival's costs through litigation […]. Further, whether or not a competitor strategically misused predatory pricing law, the costs of predatory pricing litigation could induce a firm to refrain from price cutting because the litigation costs would exceed any profitability gains from the price cutting. Thus, even specification of the correct substantive rule of predatory pricing and perfection in adjudicatory results would entail social costs because the mere fact that courts will hear predation suits will induce some firms to forgo procompetitive price cuts».

1714 Dazu im spezifischen Kontext des *predatory pricing* WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 49: diesen Punkt zu unterstreichen, ist mit Blick auf Art. 7 und namentlich auf lit. d besonders wichtig. Zur Veranschaulichung einer Missachtung des im Lauftext erwähnten Prinzips kann auf den Entscheid *CoopForte* (WEKO, RPW 2005/1, 146 ff. – CoopForte) – der freilich kein *predatory pricing*-Fall ist – verwiesen werden; dieser Entscheid wird heute von manchen Kartellrechtlern mangels industrieökonomischer Fundierung als Paradebeispiel für ein *kartellgesetzliches Fehlurteil* eingestuft; vgl. in diesem Zusammenhang namentlich die folgenden Ausführungen der WEKO in diesem Entscheid, aus welchen in aller Deutlichkeit hervorgeht, dass diese Behörde einen klassischen Fehler 1. Ordnung (s. N 123) begeht, indem sie im Widerspruch zu anerkannten wettbewerbstheoretischen Erkenntnissen letztlich annimmt, dass die Verdrängung eines weniger effizienten Wettbewerbers *nicht* wohlfahrtsschädlich sei (auch wenn später in der Entscheidbegründung ein exemplarisches Lippenbekenntnis – FISH, 260: *«no consequences»*! –

zugunsten dieser Erkenntnisse zu finden ist): «Die Behörden sollen die Möglichkeit haben, das Verhalten eines Unternehmens auch dann überprüfen zu können, wenn das Unternehmen im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügt oder wenn andere Firmen als Nachfrager oder Anbieter von diesem abhängig sind. Damit soll ein *wettbewerbsrechtlicher Schutz von Unternehmen* […] *erleichtert* werden, die aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten *unverschuldet in eine wirtschaftliche Abhängigkeit* geraten sind» (WEKO, RPW 2005/1, 146 ff. Rz 92 – CoopForte; H.v.d.V.). *Just die im soeben wiedergegebenen Passus erwähnte Möglichkeit sollen Wettbewerbsbehörden unter keinen Umständen haben*: Eine derartige Möglichkeit widerspricht diametral dem Prinzip, dass dem Kartellrecht *mitnichten* der Schutz von Wettbewer*ber*n, sondern einzig und allein derjenige des Wettbewer*b*s als System aufgetragen ist (s. N 103; vgl. im Übrigen zur europäischen Rechtslage, wo die Wettbewerbsbehörden und die Gerichte Entscheidungen der Art von CoopForte mit guten Gründen nicht zulassen, WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 80 ff., 226 f., 496 ff.); zugleich verkennt die WEKO in diesem Passus ebenfalls, dass das Kriterium des «fehlenden Verschuldens» eines Unternehmens an seiner «Abhängigkeit» vom Marktbeherrscher *kartellgesetzlich irrelevant* ist: Ob ein Unternehmen ein Verschulden im Hinblick auf seine ungünstige Lage auf dem Markt trifft oder nicht, hat *keinerlei Konnex* zur Funktion des Kartellrechts, die Dynamik des Wettbewerbsprozesses vor antikompetitivem unternehmerischem Gebaren zu bewahren. Es ist zu begrüssen, dass die WEKO die argumentative *CoopForte*-Linie zwar nicht formell, aber doch *de facto* aufgegeben hat; diese Argumentationslinie ist in ihrer Praxis seit 2005 nicht mehr aufgetaucht, obwohl es an entsprechenden Sachverhalten nicht fehlte; für eine eingehende Kritik des Falles *CoopForte* AMSTUTZ/REINERT, sic! 2005 Teil II, 635 ff.; den soeben erläuterten Zusammenhängen folgt im Übrigen, wie erwähnt, auch die europäische Rechtsprechung; s. N 174 f., zumal die Nw. in FN 845–851.

1715 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 21 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) (H.v.d.V.); vgl. schon GA Nial Fenelly, Schlussanträge vom 29.10.1998, Rs. C-396 /96 P und C-396/96 P, Rz 132 – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission ECLI:EU:C:1998:518: «Das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft sollte nicht weniger effektiven Unternehmen einen sicheren Hafen […] gegen scharfen Wettbewerb seitens selbst beherrschender Unternehmen bieten»; zum Ganzen auch LANGE, 495 f.; vgl. sodann im vorliegenden Zusammenhang die empirischen Bemerkungen von GLOCKNER/BRUTTEL, 423 ff.

1716 Dazu eingehend AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 75 ff.; vgl. auch BORK, Paradox, 118.

1717 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 345; JONES/SUFRIN/DUNNE, 385; BELLAMY/CHILD, Rz 10.079; sodann aus der Rechtsprechung namentlich BGer, RPW 2013/1, 114 ff., E. 10.1.1 – Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern = BGE 139 I 72 («[…], besteht doch der *Sinn des Wettbewerbs* gerade darin, durch Markterfolg und internes Wachstum eine *dominierende Stellung zu erreichen* […]»).

1718 Vgl. BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1169.

1719 BORK, Paradox, 144.

1720 O'DONOGHUE/PADILLA, 292 (H.v.d.V.); vgl. sodann auch MOTTA, 412; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 199.

1721 Dazu in erster Linie WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 384 m.Nw.

1722 Vgl. in diesem Sinne WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 508 – Swisscom WAN-Anbindung; allerdings nimmt das Bundesgericht die Subsumtion dieser Missbrauchsvarianten anders vor; dazu die Ausführungen in N 537, 543.

1723 Im Schrifttum wird zuweilen die Meinung vertreten, die Preisunterbietung setze voraus, dass der Marktbeherrscher seine Strategie gegen *einen selektiv ausgewählten Konkurrenten* ausrichtet; vgl. z.B. BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 24, der meint, «[…] dass das marktbeherrschende Unternehmen *gezielt* und mit Absicht durch eine bestimmte Preis- oder Konditionenstrategie versucht, einen schwächeren […] (aktuellen oder potenziellen) Wettbewerber vom Markt zu verdrängen» (H.v.d.V.); gl.A. P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 30; ZÄCH, Kartellrecht, Rz 683; diese Ansicht ist nicht falsch, aber im Lichte von lit. d, wo in dieser Hinsicht ein Plural («die gegen *bestimmte Wettbewerber* […]) gebraucht wird, *allzu eng* angelegt; was damit angesprochen wird, ist die *diskriminatorische* Prädation; diese ist freilich phänomenologisch eine blosse Untervariante der Fallgruppe des *predatory pricing* in Art. 7 Abs. 2 lit. d (s. N 280); der Begriff der Kampfpreisstrategie verlangt *mitnichten* ein selektives bzw. diskriminatorisches Moment in der inkriminierten Verhaltensweise; dazu die einleuchtende Klarstellung von BORK, Paradox, 144, wonach Prädation eine «[…] deliberate aggression *against one or more rivals* […]» (H.v.d.V.) darstellt; im gleichen Sinne FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 126: «[P]redadory pricing […] is, typically, low prices offered by a dominant firm *across the board* […]»; was diese Ausführungen von BORK sowie FUMAGALLI und ihren Coautoren richtig pointieren, ist, dass es bei der Prädation *nicht* auf die *Zielgerichtetheit* des Verhaltens gegen spezifische Konkurrenten ankommt, sondern auf das (zumindest beabsichtigte) *Resultat dieser Strategie* (Verdrängen, Marginalisieren,

Eintrittsvereiteln); nicht zu folgen ist deshalb der doppelsinnigen Interpretationsvariante, die STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 431, vorschlagen: «Die missbräuchliche Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Behinderung) muss sich immer gegen bestimmte Wettbewerber richten; dies ergibt sich bereits aus dem entsprechenden Gesetzeswortlaut (‹gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung›). Demzufolge geht es um eine gezielte (d.h. selektive und systematische) Unterbietung gegenüber spezifischen Mitbewerbern und nicht um eine generelle Preis- oder Konditionunterbietung»; es ist nicht nachvollziehbar, worin die industrieökonomische oder die wettbewerbspolitische Funktion einer solchen Auslegung des Passus *«gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung»* in lit. d bestehen könnte; STÄUBLE /SCHRANER unterlassen es, den Unterschied zwischen einer «gezielte[n] (d.h. selektive[n] und systematische[n]) Unterbietung gegenüber spezifischen Mitbewerbern» und einer «generelle[n] Preis- oder Konditionunterbietung» zu erläutern; damit lassen sie die Frage unbeantwortet, was Sinn und Zweck dieser Differenzierung sind; ohne eine Antwort auf diese Frage bleibt diese Differenzierung unbrauchbar; demgegenüber ist den Ausführungen von CR Concurrence-CLERC /KËLLEZI, Art. 7 II N 198, beizupflichten, welche im Sinne der vorliegend vertretenen Lehrmeinung argumentieren.

1724 Man findet im Schrifttum zahlreiche Begriffs- und Konzeptvorschläge der Preisunterbietung; als Auswahl (für eine erste Orientierung): BÖHM, Monopolkampf, 64 ff. (repräsentativ für frühe Ansätze von Preissetzungsstrategien); WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 375, 377 ff. (mit breiter Übersicht über die modernen industrieökonomischen Definitionen von Prädationsverhalten); FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 14 ff. (mit dem Versuch einer Kennzeichnung der wettbewerbstheoretisch komplexen Grundproblematik des *predatory pricing*), alle m.Nw.; vgl. sodann EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 63; ELZINGA, 225; LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1697; MARIGER, 343; BELLAMY/CHILD, Rz 10.078; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 194; RUFFNER, AJP 1996, 843 f.

1725 BORK, Paradox, 144.

1726 MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 292.

1727 Dazu statt anderer STRADER, 229.

1728 Zum Ganzen HEMPHILL/WEISER, 2049; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 14.

1729 Vgl. FN 1875.

1730 Vgl. BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

1731 Merke: Auch *above cost-predation* ist vorstellbar; dazu ausführlich die Ausführungen in N 486 ff.

1732 Dazu Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 13 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung m.Nw.; sodann auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 63; aus dem Schrifttum CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 194; RUFFNER, Grundlagen, 213; TERCIER/VENTURI, 79; ferner WURMNEST, 405 f.; SCHWARZ, 93; VAN DEN BERGH /CAMESASCA, 280 f.; aus industrieökonomischer Sicht bleibt die Frage des *recoupments* zurzeit noch ziemlich ungeklärt, was im Übrigen auch damit zusammenhängt, dass die Notwendigkeit eines Kompensations-Tests im Schrifttum stark umstritten ist; vgl. WHISH/BAILEY, 760 f.; HEMPHILL, Stanford L. Rev. 2001, 1581 ff.; HÜSCHELRATH/WEIGAND, 212 ff.

1733 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 27 (H.v.d.V.), 74; LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1697; ähnlich Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 12 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung: «Eine gezielte Preisunterbietung zeichnet sich […] dadurch aus, dass *mittels tiefen Preisen* Konkurrenten aus dem Markt *gedrängt* oder vor einem Marktzutritt *abgeschreckt* werden, um in einer zweiten Phase die *Preise über das Wettbewerbsniveau* setzen beziehungsweise entsprechende Preise halten zu können […]» (H.v.d.V.); **a.A.** CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 194, die das Grundmuster der Preisunterbietung anhand von *fünf Kriterien* charakterisieren wollen; diese Kennzeichnung ist deshalb problematisch, weil sie übermässig restringierend ist; denn der Vorschlag dieser Autorinnen schliesst gewisse Kampfpreisstrategietypen ohne Not begrifflich aus; die ganze Bandbreite dieses Missbrauchstypus wird damit letztlich zum Nachteil des Wettbewerbs nur teilweise abgedeckt; diese Kritik richtet sich in Sonderheit gegen die folgenden zwei Kriterien von CLERC/KËLLEZI: (1) Zunächst gegen dasjenige der «*intention spécifique d'éliminer un concurrent* déterminé ou de lui ‹donner une leçon›» (H.v.d.V.); die Verdrängungsabsicht ist aus den in N 75 dargelegten Gründen kartellrechtlich heikel und in gewissen Fällen nicht verfahrensrechtskonform nachzuweisen; dieses Kriterium zu einem konstitutiven Merkmal des Preisunterbietungskonzepts zu erheben, wirkt zwecklos einschränkend; (2) dasselbe gilt im Hinblick auf das weitere von diesen Autorinnen verfochtene Kriterium der «*assurance* que les conditions du marché permettront au prédateur de récupérer le sacrifice financier consenti, une fois le concurrent éliminé, en augmentant à nouveau les prix à leur niveau antérieur ou à un niveau proche de celui-ci ou au-delà de ce niveau» (H.v.d.V.); weil die Kompensation allfälliger Gewinn- und Kosteneinbussen des Marktbeherrschers ein künftiges Ereignis darstellt, kann es in diesem Bezug keine Garantie *(«assurance»)* geben; die einzige

Möglichkeit diesen Aspekt des *predatory pricing* einzufangen ist eine solche, die mit grosser Unsicherheit versehen ist: Der Rechtsanwender muss dabei auf das Kriterium abstellen, ob die Erwartungen des Marktbeherrschers, dass ihm ein *recoupment* gelingt, auf vernünftigen und ausschliesslich objektivierten Annahmen gründen; dies stellt seinem Charakter nach ein analytisches Vorgehen dar, das letztlich stets unberechenbar bleiben wird, da ja nur abgeschätzt werden kann, ob diese Erwartungen rational sind, nicht aber, ob inskünftig ein *recoupment* wirklich realisierbar ist und tatsächlich auch gelingen wird: Eine berechtigte Erwartung und eine tatsächlich realisierte Kompensation sind zwei verschiedene Dinge: Noch die vernünftigste Erwartung in dieser Welt hat nicht den geringsten Einfluss auf die Realisierung des Erwarteten. So oder anders hat also das *recoupment* mit einem «Entscheidungsdilemma» zu tun; s. N 494, 500, 503.

1734 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 376 (H.v.d.V.); so auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.078: «The likelihood of a strategy of predatory pricing being credible is highly sensitive to a range of factual issues […]».

1735 Vgl. statt anderer FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 75 ff.

1736 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.179: «The distinguishing feature of predatory pricing, although easily expressed in general terms, is difficult to translate into legal tests of general application that are sufficiently certain and accurately identify circumstances in which price cuts are likely to harm competition […]».

1737 So auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 198.

1738 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 67 ff.; ferner auch LANGE , 495; LANGE/PRIES, 57 f.

1739 Dazu im Einzelnen die Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal der *Wettbewerbsbeeinträchtigung* (Merkmal IV; s. N 504 ff.).

1740 Dazu WHISH/BAILEY, 767 (mit spezifischem Blick auf EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 und C-396/96, ECLI:EU:C:2000:132 – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission).

1741 Vgl. in diesem Zusammenhang auch die aufschlussreichen Überlegungen von STRADER, 208 f.

1742 Überraschenderweise schliessen sich STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 425, dieser Lehrmeinung beim *predatory pricing* an, obwohl diese Autoren die Konsumentenwohlfahrt als allgemeiner wettbewerbspolitischer Standard des Kartellgesetzes (s. N 111, 114 ff.) in *op. cit.*, Art. 7 N 126 f., FN 167, im Gegensatz zur Praxis des Sekretariats und der WEKO ablehnen; zu dieser Praxis etwa WEKO, RPW 2017/3, 410 ff. Rz 73 – Vorsorgliche Massnahmen – Eishockey im Pay-TV; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 695 – Sport im Pay-TV.

1743 Die europäischen Praxis und Rechtsprechung bejahen diese Frage; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 317; Dazu ferner auch N 627 m.Nw.

1744 Dazu im Einzelnen WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 446 ff.

1745 Vgl. in diesem Zusammenhang namentlich die Ausführungen von O'DONOGHUE/PADILLA, 317 ff.

1746 Vgl. in Bezug auf dieses Phänomen die feinfühligen Überlegungen von CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 32 ff.

1747 WEAKLAND, 3.

1748 Vgl. die konkreten Beispiele von HEMPHILL, Columbia L. Rev. 2016, 947 ff., die solche Lagen des *«welfare double-bind»* plastisch veranschaulichen.

1749 Dazu statt anderer JACOBI, 264.

1750 CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 34 f., lässt es allerdings bei diesem industrieökonomischen Prinzip nicht bewenden, sondern zeigt noch eine zusätzliche wohlfahrtstheoretische Problemdimension der Prädationsphase auf: «A related question is whether a nonpredatory price can ever be suboptimally low because it induces overconsumption. This could occur if a firm erroneously priced below marginal cost. […] Such nonpredatory below-cost pricing is allocatively inefficient, even if it does not lead to, or threaten, later supracompetitive pricing, because it induces the consumption of goods by some consumers who value them at less than the cost of production, creating a deadweight loss».

1751 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 14.

1752 Vgl. in diesem Zusammenhang auch CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 3 ff.; LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1742.

1753 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 15 FN 1.

1754 Diesen Befund hat WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 406, mit folgenden Worten ausgedrückt: «[…] Strategien, die, objektiv betrachtet, keine Aussicht auf Erfolg haben, [können] nicht als Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden. […] Eine erfolgreiche Verdrängung, Abschreckung oder Disziplinierung muss somit noch nicht eingetreten sein. Es reicht aus, dass eine solche Kompensation *wahrscheinlich* ist. *Hierüber besteht im Ausgangspunkt Einigkeit. Welche Faktoren in diese Analyse einfließen müssen, ist allerdings Gegenstand einer lebhaften Kontroverse*» (H.v.d.V.).

1755 CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 1.

1756 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 15; dazu freilich eine Präzisierung: es stellt ein verzerrtes Bild der Prädationslehren der *Chicago School* dar, wenn diese Autoren diese Lehren dahingehend charakterisieren, dass diese die Möglichkeit einer Unterbietungsstrategie faktisch abgestellt haben; dazu näher N 442 ff.; ebenfalls fragwürdig ist, wenn FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO vortragen, dass Prädationsklagen in den U.S. «for a long time» – gemeint ist seit dem *leading case* von 1993, *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993) – ohne Ausnahme erfolglos geblieben sind; dazu die empirischen Daten von CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 29 ff. m.Nw. Nichts zu bemängeln ist freilich an der Sicht der Dinge von FUMAGALLI und ihren Kollegen, dass seit 1993 Unterbietungsklagen vor den *Circuit Courts* im Prinzip geringe Erfolgsaussichten haben.

1757 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 137.

1758 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1759 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574.

1760 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573.

1761 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574.

1762 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 196.

1763 Dazu STRADER, 215.

1764 WEKO, RPW 1997/4, 490 ff. Rz 80. – Recymet SA; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 574; VENTURI/FAVRE, 37.

1765 Vgl. WEKO, RPW 1997/4, 490 ff. Rz 79 f. – Recymet SA; ferner auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574; zum Ganzen VENTURI/FAVRE, 37.

1766 Dazu Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574; vgl. auch WEKO, RPW 1997/4, 490 ff. Rz 79 f. – Recymet SA; Sekretariat, RPW 1998/1, 1 Rz 25 ff. – APERTO-Geschäfte; aus der Doktrin etwa DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 137.

1767 Gl.A. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.134.

1768 Diese Erfahrung stammt hauptsächlich aus dem *Recymet*-Fall; vgl. WEKO, RPW 1997/4, 490 ff. Rz 71 – Recymet SA.

1769 Sekretariat, RPW 2002/3, 431 ff. Rz 6a (systematische Verhaltensweise), 6b (längere Verkraftung) und 6c (keine Aussicht, die Gewinne kurzfristig zu maximieren) – Radio- und TV-Markt St. Gallen.

1770 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 301 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1771 Vgl. WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 301 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1772 WEKO, RPW 2004/3, 674 ff. Rz 129 – Markt für Schlachtschweine – Teil A; WEKO, RPW 1999/3, 422 ff. Rz 121 – Schweizerische Meteorologische Anstalt; Sekretariat, RPW 2002/3, 431 ff. Rz 6 – Radio- und TV-Markt St. Gallen; Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 14, 42 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung; WEKO, RPW 2004/2, 407 ff. Rz 160 ff. – Swisscom ADSL; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 302 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); KOMM, ABl. 2001 L 125/27, Rz 5 – Deutsche Post AG, wo offen gelassen wurde, ob Quersubventionierungen einen selbstständigen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begründen können; vgl. auch O'DONOGHUE/PADILLA, 324 ff.; WHISH/BAILEY, 764; in diesem Zusammenhang ist freilich zu präzisieren, dass Quersubventionierung kein Tatbestandsmerkmal für *predatory pricing* darstellt: «Massgebend ist im Hinblick auf die Kostenrechnung nicht, ob das betreffende Produkt quersubventioniert wird, sondern ob der Preis nicht kostendeckend ist» (M. REINERT, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 4.125; so auch FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 248).

1773 Vgl. WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 301 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

1774 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 15 – Espace Media Groupe/Berne Zeitung AG/Solothurner Zeitung; KREPS/WILSON, 253 ff; RUFFNER, AJP 1996, 835; Schwarz, 93; ferner auch ZÄCH, in: SIWR V/2, 209, der von Abschreckung spricht.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1775 Dazu EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 187 – France Télécom SA/Kommission, bestätigt durch EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214 – France Télécom SA /Kommission.

1776 JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 203.

1777 Sekretariat, RPW 1997/3, 308 ff. Rz 25 – Télécom PTT/Flexnet.

1778 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 214;M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.134; vgl. BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL; ferner auch FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 232.

1779 Zum GanzenM. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.229 ff. m.Nw.; ferner auch PICHT, 397 ff.

1780 Zu dieser Konkurrenzart MAUCHLE, 935, 937, 951.

1781 Vgl. BGE 107 II 277 E. 4, wo eine solche Qualifizierung aber nicht möglich war, weil das untersuchte Verhalten nicht über die Leistungsfähigkeit des Anbieters täuschte und auch nicht die Leistungen der Konkurrenten herabsetzte; ferner auch BGE 85 II 450 f.

1782 Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 52 II 381 E. 4.

1783 DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 135.

1784 Vgl. im Kontext CARLTON/PERLOFF, 353; BAIN/QUALLS, 259; MONTI, 177; FLEISCHER, 799 ff., 801 ff.; SCHWARZ, 93; OJHA, 241 ff., 267 ff.; HÜSCHELRATH/WEIGAND, 210 ff.; FUNK/JAAG, 1 ff.

1785 Dass mit solchen Deskriptionen eine gewisse Wahrscheinlichkeit einhergeht, eine *Pfadabhängigkeit* der künftigen Forschung zu erschaffen, ist ein unvermeidliches Phänomen in der Wissenschaft; dazu AMSTUTZ, Marktgesellschaft, 219; im Kontext des *predatory pricing* verdient dieser Umstand, besonders hervorgehoben zu werden, weil es wohl in der Industrieökonomik kein vergleichbares Beispiel eines Missbrauchs qualifizierter Marktmacht gibt, bei welchem man sich noch heute derart intensiv mit den Modellannahmen auseinandersetzen muss, die vor vielen Jahren die Urheber der ersten Kampfpreisstudien zu treffen beschlossen haben; s. N 437 ff.

1786 BORK, Paradox, 144.

1787 Zum Ganzen MOTTA, 447.

1788 Eine Reihe von kommentierten Beispielen dieser Art findet man bei WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 397 ff.

1789 M.a.W. geht es bei dieser zweiten Fragestellung darum, dass gleichsam die kartellrechtswidrige *«Rationalität der Irrationalität»* des Marktbeherrscherverhaltens dargetan werden kann.

1790 Man wird in diesem Zusammenhang stets die berechtigte Bemerkung von ELZINGA, 238, im Bewusstsein behalten: «While the dispute [sc. on predatory pricing] can be outlined rather briefly, *the appropriate test for proving or disproving the rationality of predatory pricing is not readily apparent*» (H.v.d.V.).

1791 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 73 f.» dazu ferner auch ORDOVER/SALONER, 545 ff.; MOTTA, 413 ff.; CABRAL, 270 ff.; THARAKAN, 82 ff.; MONTI, 178 f.

1792 Wie in N 436 erwähnt lassen sich im Schrifttum erhebliche Meinungsdifferenzen darüber verzeichnen, wie die einzelnen Bestandteile eines (umfassend verstandenen) *predatory pricing test* zu designen sind; trotzdem bestehen in diesem Bereich zwei (freilich eher schwache) Konsense (dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 292 f.): (1) In Bezug auf die Frage, *wie* Unterbietungsverhalten zu identifizieren ist, halten es manche Industrieökonomen, Wettbewerbsbehörden und Gerichte für zweckmässig, auf *Kosten-Benchmarks* abzustellen, ohne dass freilich geklärt wäre, welchen konkreten Kostenmethoden unter welchen Umständen analytische Relevanz zukommt; dazu etwa SHY, 212; aus juristischer Perspektive FLEISCHER, 799. (2) Sodann scheint bis zu einem gewissen Grad akzeptiert zu sein, dass die Analyse des *predatory pricing* nicht allein auf einem mechanizistischen Kosten-Preis-Test beruhen sollte, sondern auch *strategische* Momente beachten muss; welchen dieser Momente hinreichende Zuverlässigkeit bei behördlichen oder gerichtlichen Untersuchungen zuzusprechen ist, bildet allerdings wiederum Gegenstand verschiedener industrieökonomischer Streitigkeiten.

1793 Zur Strukturierung der methodologischen Implikationen für die «Tests und Standards» (s. N 441 ff.) von Art. 7 Abs. 2 lit. d, die die Kampfpreisstrategie-Theorien mit sich bringen, O'DONOGHUE /PADILLA, 292 f., 299 f.

1794 Dazu CARLTON, Policy, 47 f., 57.

1795 Nachstehend werden nur die wichtigsten Prädationstheorien behandelt, d.h. diejenigen, die auch in der Praxis diskutiert, zuweilen sogar angewendet werden; vgl. für eine umfassende Darstellung der *predatory pricing*-Ansätze WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 377 ff. m.Nw.

1796 Dazu etwa WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 376 m.Nw.

1797 Eine ausführliche Übersicht über diese Theorien geben FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 16 ff.; MOTTA, 412 ff.; vgl. ferner POSNER, U. Pa. L. Rev. 1979, 939 ff.; LESLIE, U. Pa. L. Rev. 2010, 319 ff.; O' DONOGHUE/PADILLA, 299 f.

1798 Dazu etwa VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 284 f.; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 378; BENOIT, 490 ff.

1799 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 16.

1800 Dazu statt anderer WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 377 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, 299; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 16; vgl. aber die Darstellung einer womöglich etwas anspruchsvolleren Version der *deep pocket*-Theorie bei BORK, Paradox, 145.

1801 EDWARDS, 334; vgl. aus dem damaligen kontinentalen Schrifttum über Kampfpreise in erster Linie die Ausführungen von BÖHM, Monopolkampf, 82 ff.

1802 Dazu statt anderer FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 16.

1803 Zum Leben und Werk von AARON DIRECTOR die reichhaltige Darstellung von VAN HORN, 265 ff.

1804 Zu den Ansichten der *Chicago School* über Prädation etwa EASTERBROOK, Chicago L. Rev. 1981, 263 ff.; POSNER/EASTERBROOK, 682 f.; BORK, Paradox, 144 ff.; Gesamtübersichten bei HEMPHILL, Stanford L. Rev. 2001, 1600 ff.; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 281 ff.

1805 *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

1806 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 137 ff.; dazu statt aller BORK, Paradox, 144 f. m.Nw.

1807 Vgl. zu den Marktanteilen von Standard Oil in den verschiedenen relevanten Märkten, die vor dem *Supreme Court* zu beurteilen waren, BAUER, 83 f.

1808 *United States* v. *Standard Oil Co.*, 173 F.177 (C.C.E.D. Mo. 1909).

1809 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 138; das *Supreme Court*-Urteil enthält genau betrachtet nur wenig explizite Ausführungen zum *predatory pricing*; die immer wieder zitierte Passage ist *Standard Oil Co. of New Jersey* v. *United States*, 221 U.S. 1, 42–43 (1911): «Without attempting to follow the elaborate averments [sc. that Standard Oil has monopolized and restrained interstate commerce in petroleum and its products] on these subjects spread over fifty-seven pages of the printed record, it suffices to say that such averments may properly be grouped under the following heads: […] unfair methods of competition, such as *local price cutting at the points where necessary to suppress competition* […]» (H.v.d.V.); dazu etwa AREEDA/TURNER, 697 FN 1.

1810 Dazu statt allen den *review*-Artikel von MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 289 ff., insbesondere die Literaturnachweise in *op. cit.*, 291 FN 11.

1811 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 137 (H.v.d.V.).

1812 Dass eine derartige *unité de doctrine* der *Chicago School* nicht besteht, zeigen z.B. die Ausführungen von POSNER, U. Pa. L. Rev. 1979, 939, der die Theorie von MCGEE in gewissen Punkten in Frage stellt.

1813 Vgl. hauptsächlich die Ausführungen von BORK, Paradox, 144 ff.; eine andere Haltung nimmt HEMPHILL, Stanford L. Rev. 2001, 1583, ein.

1814 Vgl. etwa MATEUS, 245: «The Chicago school, to which McGee contributed largely, doubts that predation will ever be observed in practice because it would be an inferior strategy»; die zwei klassischen «Überhöhungsinterpretationen» von MCGEEs Studie werden in diesem Passus augenscheinlich: *Einerseits* die Suggestion, dieser Autor habe sich dahingehend geäussert, dass Preisunterbietungen auf Märkten *nie* anzutreffen seien; *andererseits* die Generalisierung, dass Prädation in allen Marktkonstellationen eine unterlegene Strategie darstelle; beides ist, wie im Lauftext jetzt dargetan wird, in dieser Absolutheit nicht der Fall, was den ganzen Unterschied für eine treffliche Lektüre von MCGEE ausmacht; dazu N 445; vgl. ferner mit denselben zwei Überhöhungsmomenten LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1698; MARIGER, 333 ff., 361 (was ausserdem an der Argumentation dieses Autors ebenfalls fragwürdig erscheint, ist, dass er die wenigen Prädationsfälle im Sachverhalt von *Standard Oil Co. of New Jersey* v. *United States*, 221 U. S. 1 [1911], in einem nicht geringen Ausmass *generalisiert*; damit wird ein adäquates Verständnis von MCGEEs These, welche in N 442 ff. besprochen wird, unnötig erschwert); eine feinfühlige und überzeugende Korrektur des hier fraglichen Interpretations-Bias hat CRANE, 3 ff., vorgelegt.

1815 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 378 (H.v.d.V.); ähnlich FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 16.

1816 Vgl. demgegenüber richtigstellend ELZINGA, 223, 237.

1817 Wichtig für das gute Verständnis von MCGEEs Gedankengänge ist in diesem Zusammenhang seine *«afterthoughts»* in einem Beitrag aus dem Jahre 1980, der im J.L. & Econ. 1980, 289 ff., veröffentlicht wurde.

1818 Diese Akten umfassen 13 500 Seiten; vgl. MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 143 FN 9.

1819 ELZINGA, 238, hat MCGEEs intellektuelle Vorgehensweise folgendermassen beschrieben: «The historical approach of McGee […], needless to say, is fraught with difficulties, especially for economists, since it relies so much on what people say – which in this case was at times contradictory and quite possibly self-serving. This approach is *valid only when the testimony can be supplemented by what people do, in addition to what they say*» (H.v.d.V.).

1820 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 168.

1821 Vgl. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1, (1911).

1822 Vgl. (als repräsentative Auswahl) MARIGER, 341; NIELS/TEN KATE, 796 ff.; MATEUS, 245; neuerdings haben auffallend zahlreiche *behavioral antitrust*-Studien (s. N 448) den Fall *Standard Oil Co. of New Jersey* aufgegriffen, dies mit dem Ziel, die Erkenntnis des *U.S. Supreme Court*, Standard Oil habe in den Jahren 1882–1911 einen konsequenten Prädationsplan durchgeführt, zu bestätigen; damit soll die These gestützt werden, Preisunterbietungsstrategien seien viel öfter auf Märkten anzutreffende Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, als dies heute angenommen wird; vgl. insbesondere GERLA, 761 f.; TOR, 55 ff.; GUTHRIE, 1153; PETIT/NEYRINCK, 205 f.; zum Ganzen schliesslich auch die Nw. in WRIGHT/STONE II, 859 FN 1.

1823 Vgl. die Berichterstattung in MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 143 ff.; die Gerichtsaktenanalyse von MCGEE ist von verschiedenen Autoren in Zweifel gezogen worden; vgl. namentlich LESLIE, S. C. L. Rev. 2012, 573 ff., sowie DALTON/ESPOSITO, 155 ff.; diese zwei Publikationen überzeugen schon wegen ihres bescheidenen methodologischen Vorgehens nicht: Sie basieren auf der wenig inspirierten Idee, dass in MCGEEs Studie «Ungenauigkeiten» identifiziert werden sollen, die alsdann als Beleg für dessen «unpräzises» Arbeiten «hochgeschaukelt» werden. Die Zahlen aber sprechen für sich: Während MCGEE die gesamten Verfahrensakten des *Standard Oil Co. of N.J.*-Urteils durchforstet und etliche Gründe vorgelegt hat, dass *predatory pricing* in diesem Fall *kaum* (und nicht: *nicht*, wie LESLIE sowie DALTON/ESPOSITO irrtümlich behaupten) vorkommt, findet LESLIE, S. C. L. Rev. 2012, 580, *drei* (!) solche «Ungenauigkeiten», die im Übrigen diskutabel sind, weil in allen drei vermeintlich gefundenen «Irrtümern» massive Wertungsprobleme involviert sind. DALTON /ESPOSITO, 249, unterstellen ihrerseits einen schlechterdings übertrieben breiten Begriff der Prädation, der letztlich mit einem unspezifiziertes *«raising rivals' costs»* gleichgestellt wird (dazu auch LESLIE, S. C. L. Rev. 2012, 585). Es würde vorliegend den Rahmen sprengen, die beiden erwähnten, durchaus fragwürdigen Artikel weiter zu besprechen. Wir meinen nach unserem Studium des in Rechtszeitschriften zugänglichen Materials aber, dass die Papers von LESLIE und DALTON/ESPOSITO in sich ein polemisches Moment tragen, das mit Wissenschaftlichkeit zumindest in einem Spannungsverhältnis steht.

1824 *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

1825 HIDY, 413.

1826 HIDY, 422.

1827 Vgl. MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 138: «The main trouble with this ‹history› [sc. the systematically carrying out of price cutting by Standard Oil until 1911 …] is that […] I can find little or no evidence to support it».

1828 Vgl. für ausführliche Auseinandersetzungen mit MCGEEs Argumentation LESLIE, S.C. L. Rev. 2012, 573 ff.; WRIGHT/STONE II, 859 ff.; BAUER, 82 ff.; Hidy, 411 ff.; MARIGER, 341 ff.; DALTON/ESPOSITO , 245 ff.

1829 MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 292 FN 15.

1830 POSNER, U. Pa. L. Rev. 1979, 932 (H.v.d.V.).

1831 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 140.

1832 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 141.

1833 MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 142; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 18, haben gegen diese Argumentation von MCGEE drei Einwände erhoben: (1) Die Übernahme von rivalisierenden Unternehmen würden den Ruf des Marktbeherrschers begründen, seine Position durch Unternehmensübernahmen zu verteidigen; deshalb würden Drittunternehmen zum Markteintritt angeregt, um sich ihren Betrieb von Letzterem aufkaufen zu lassen; diese Kritik ist *unplausibel*, da in aller Regel potentielle Wettbewerber kaum je den Aufwand betreiben würden, ihre Unternehmen auf einen Markteintritt vorzubereiten (z.B. Umstrukturierungen, Erwerb

marktspezifischer *assets*, Zusatzausbildung der bestehenden Belegschaft oder Anstellung neuer Fachkräfte usw.), um alsdann sofort übernommen zu werden; in diesem Zusammenhang darf nicht übersehen werden, dass ohne entsprechende Vorbereitung auf die Bedingungen des Marktes, in welchen eingetreten werden soll, diese potentiellen Konkurrenten keine glaubwürdige Rivalen des marktbeherrschenden Unternehmens bilden würden, der deshalb auch keinen Anlass zu ihrer Übernahme hätte; (2) MCGEE habe sodann nach Ansicht FUMAGALLIs und ihrer Coautoren den Umstand vernachlässigt, dass die Fusionskontrolle der Konkurrentenübernahme erheblich erschwere; dieser Einwand ist *unbeachtlich*, besagt doch MCGEEs Grundthese lediglich, dass *predatory pricing* dann praktiziert werde, wenn dieses Verhalten kostengünstiger als eine M & A-Transaktion sei; erhöht die Fusionskontrolle die Kosten der Übernahme von Rivalen, dies vielleicht sogar in prohibitiver Weise (oder verunmöglicht sie die Unternehmensübernahme sogar), ist nicht ersichtlich, weshalb dieser Umstand gegen MCGEEs Argumentation sprechen würde; denn dieser Umstand kann allemal anhand der Kategorie «Kosten» ausgedrückt werden. (3) Schliesslich beanstanden FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 18, MCGEE habe übersehen, dass Prädation und *mergers* keine Gegensätze seien, dass sie also parallel betrieben werden könnten; hier genügt der *Hinweis*, dass MCGEE diese Komplementarität in seiner Publikation aus dem Jahre 1958 an keinem Ort geleugnet hat.

1834 MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 295.

1835 Dazu etwa ELZINGA/MILLS, Geo. L.J. 2001, 2492 ff.

1836 Dazu statt anderer FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 94 ff. m.Nw.

1837 Vgl. die sehr differenzierten Ergebnisse von CRANE, 6 ff.

1838 MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 292; ELZINGA, 240, hat die rechtspolitischen Implikationen von MCGEEs Studie mit den Worten charakterisiert: «Predatory price cutting, given its unlikely occurrence and visual similarity to healthy business rivalry, *should be well down the priority list of the antitrust authorities*» (H.v.d.V.); vgl. ebenfalls WRIGHT/STONE II, 859: «The likelihood of anticompetitive price predation has been the subject of considerable debate. Little ink has been spared discussing whether John D. Rockefeller engaged in predatory pricing in the famous Standard Oil case. Empirical examples are rare – so rare, in fact, that observing real-life anticompetitive price predation has become the holy grail of industrial organization economists. […] [P]redatory pricing has even proven mythically elusive in laboratory settings».

1839 Vgl. MCGEE, J.L. & Econ. 1958, 140, 141 (insbesondere FN 6).

1840 Vgl. die Übersichten bei FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 19 ff.; MOTTA, 415 ff.; MONTI, 178 f.; WHISH/BAILEY, 756 ff.; CHURCH/WARE, 647 ff.; JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 218; ferner (spezifisch) LESLIE, S. C. L. Rev. 2012, 573 ff.; DALTON/ESPOSITO, 245 ff.; MILGROM /ROBERTS, 281.

1841 BOLTON/SCHARFSTEIN, 93 ff.; dazu MOTTA, 412 ff.; CESTONE, 269 ff.

1842 Dazu BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2285 f.: «Financial market predation is not to be confused with traditional deep-pocket predation. The deep pocket theory in its original form held that a richly endowed predator would charge low prices to drive out a poorly endowed rival. This simple form of the theory is no longer accepted […] because it ignores the possibility that profit-seeking investors would finance the prey».

1843 BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2287.

1844 In den Worten von BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2286: «A predatory strategy becomes viable because of capital market imperfections. In supplying capital, investors face agency or moral hazard problems: the managers of the firm may take excessive risks, shield assets from creditors, dilute outside equity, fail to exert sufficient effort, or otherwise fail to protect investors' interests. […] The predator seeks to undermine this relationship between the prey and its investors by causing termination of investor financing due to perceived poor performance resulting from low prices and diminished cash flow; and thereby to drive the prey from the market or deter its expansion into new markets»; gl.A. LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1717 f.

1845 Vgl. CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 44 ff.

1846 Vgl. auch die Kritik von BORK, Paradox, 147 f. m.Nw.

1847 Unter dem Ansatz des *«Post Chicago»* versteht man folgende analytische Vorgehensweise: «Die Post-Chicago Schule nutzt intensiv moderne spieltheoretische und empirische Verfahren, sowie formal-mathematische Modelle, um Bedingungen aufzuspüren, die den Wettbewerb be- oder sogar verhindern können […]. Die Spieltheorie wird dabei besonders betont. So theoretisch hergeleitete Bedingungen, die den Wettbewerb stören können, sind jedoch in jedem Fall empirischen Tests zu unterziehen, um herauszufinden, ob die theoretisch hergeleiteten Bedingungen auch in der Praxis Relevanz besitzen» (HESSLER, 125); zum Ganzen etwa

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

WILLIAMSON, 312 f.; MOTTA, 416 ff.; MONTI, 178 f.; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 286 ff.; vgl. auch Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 15, 56 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG /Solothurner Zeitung.

1848 MILGROM/ROBERTS, 280 ff.; ähnliche Modelle vorgeschlagen haben z.B. KREPS/WILSON, 253 ff.; zum Ganzen MOTTA, 423 ff.; KREPS/WILSON, 253 ff.; SCHWARZ, 93; vgl. aus der Perspektive des Schweizer Rechts Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 15 – Espace Media Groupe/Berne Zeitung AG /Solothurner Zeitung; M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.118; RUFFNER, AJP 1996, 835; ferner auch ZÄCH, in: SIWR V/2, 209, der von Abschreckung spricht.

1849 Vgl. namentlich WILLIAMSON, Analysis, 287.

1850 Zu dieser Argumentation MILGROM/ROBERTS, 281.

1851 Vgl. MILGROM/ROBERTS, 281.

1852 Dazu PHLIPS, Competition Policy, 204 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 324 ff.

1853 MILGROM/ROBERTS, 284.

1854 MILGROM/ROBERTS, 283; dazu WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 381 f.

1855 MILGROM/ROBERTS, 302.

1856 Vgl. einführend AMSTUTZ, Marktbeherrschung, 36 f.; DERS., Oligopole, 208 f.

1857 Dazu AMSTUTZ, Marktbeherrschung, 34 f., 44 m.Nw.

1858 Das sogenannte Gefangenendilemma ist ein Spiel — also eine Situation strategischer Interdependenz —, das die Problematik der Divergenz von individueller und kollektiver Rationalität in hervorragender Weise darzustellen erlaubt; weil derartige Divergenzen in sämtlichen Bereichen der Gesellschaft allgegenwärtig sind, hat dieses Spiel einen sehr breiten Anwendungsbereich und steht deshalb im Zentrum der nichtkooperativen Spieltheorie; dazu z.B. AXELROD, 7 ff.

1859 MILGROM/ROBERTS, 304.

1860 Das von O'DONOGHUE/PADILLA, 361, vorgetragene Beispiel veranschaulicht diesen Punkt in plastischer Weise.

1861 Dazu AMSTUTZ, Marktbeherrschung, 33 f. m.Nw.

1862 Die *ceteris paribus*-Methode stellt die Industrieökonomik vor besonderen Problemen, weil Wettbewerb immer ein *evolutorisches* Phänomen ist; zu Recht hat GEORGESCU-ROEGEN, 203, in diesem Zusammenhang bemerkt: «*Ceteris paribus* […] is poison to any science concerned with evolutionary phenomena».

1863 Dazu AMSTUTZ, Marktbeherrschung, 40 f. m.Nw.

1864 Vgl. z.B. für den *U.S. Supreme Court* ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 575: «[T]he Court[… shows a] persistent reluctance to turn to complex and tenuous economic models of strategic pricing behavior».

1865 Vgl. die Nw. in FN 1820.

1866 Vgl. WRIGHT/STONE II, 870 ff. (mit der Feststellung [*op. cit.*, 882]: «Behaviorists approach the daunting task of explaining ostensibly rampant predation despite experimental and empirical evidence to the contrary with theories insufficient to the task. They seek to revive price predation as a significant antitrust concern using economic models that are either woefully incomplete or do not comport with existing evidence from the behavioral literature. […] We do not mean to insinuate that behavioral economics cannot someday update antitrust understanding of price predation, but behaviorists must address the substantial lacunae in their theories before generating welfare-enhancing policy prescriptions»).

1867 Anders gewichtet die Einschätzung von ROTH, Wettbewerber, 174: «Während die Rationalität von Verdrängungsstrategien anfänglich bezweifelt wurde, konnte in der Folge *mittels spieltheoretischer Modelle nachgewiesen* werden, dass predatory pricing-Strategien für marktmächtige Unternehmen sowohl rational als auch erfolgreich sein können» (H.v.d.V.).

1868 AREEDA/TURNER, 699; vgl. ferner DENGER/J.A. HERFORT, 541; in diesem Zusammenhang wird man allerdings dem Plädoyer von CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 66, mehr empirische Studien über *predatory pricing* an die Hand zu nehmen, ernsthafte Beachtung schenken müssen: «Predatory pricing has been heavily theorized but underexplored empirically. Most of the empirical work on predation has concerned litigated cases – which may not be representative of the wider influences of predation law – and older cases (for example, *Standard Oil* and the Gunpowder Trust), which may not reflect present economic realities. Reaching a broad consensus on optimal liability and remedial rules to govern predatory pricing would be much aided by more detailed empirical

inquiry into the extent to which firms engage and succeed in pricing strategies designed to exclude rivals or strategically misuse predation law to chill price competition».

1869 In der Vergangenheit sind vor allem drei Identifizierungsmethoden getestet worden, ohne dass sich daraus Weiterführendes oder Hilfreiches ergab: (1) unspezifiziertes Preisverhalten *«below cost»*, (2) «ruinöser» Wettbewerb und (3) Prädationsabsicht des Marktbeherrschers; die letzte Methode – der Nachweis einer Verdrängungsintention –, die in der vorliegenden Kommentierung aus den in N 74 ff. dargelegten Gründen abgelehnt wird, wird zumal im deutschen Schrifttum noch vereinzelt vertreten; so z.B. BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1171, 1176; demgegenüber zutreffend WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 389: «Diese Analyse [sc. der Prädationsabsicht des Marktbeherrschers] wurde sehr bald als wenig geeignet empfunden, um wettbewerbsschädliche Niedrigpreisstrategien treffgenau zu identifizieren. Daher wurden im US-amerikanischen Schrifttum eine Reihe kostenbezogener Preisuntergrenzen herausgearbeitet, die die moderne Rechtsanwendungspraxis auf der ganzen Welt nachhaltig geprägt haben»; in diesem Sinne auch O'DONOGHUE/PADILLA, 309; zum Ganzen ferner AREEDA/TURNER, 699 m.Nw.; ELZINGA/MILLS, Geo. L.J. 2001, 2475 ff.

1870 Ob man dieses «Opfer» nun «Kosten-», «Verlust-», «Gewinn-» oder «Profitopfer» nennt, ist eine terminologische Frage, die materiell keinen Unterschied macht; von Bedeutung ist allein, dass der Marktbeherrscher von der Verhaltensannahme der Profitmaximierung abweicht, die die Ökonomik in der Regel ohne Weiteres und meist unausgesprochen trifft; s. N 419.

1871 Dazu ROTH, Wettbewerber, 32.

1872 MURIS, 305 ff.

1873 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 365 f.

1874 ROTH, Wettbewerber, 32 f.

1875 BORK, Paradox, 145; vgl. nahezu wortgleich AREEDA/TURNER, 698: «[P]redation in any meaningful sense cannot exist unless there is a temporary sacrifice of net revenues in the expectation of greater future gains. Indeed, the classically-feared case of predation has been the deliberate sacrifice of present revenues for the purpose of driving rivals out of the market and then recouping the losses through higher profits earned in the absence of competition».

1876 BORK, Paradox, 145.

1877 So WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 360; zur Form des *sacrifice* O'DONOGHUE/PADILLA, 292. Als Alternative zum *sacrifice*-Test wird heute der sog. *no economic sense*-Test gehandelt; WERDEN, Antitrust L.J. 2006, 415, hat die Quintessenz dieses Tests folgendermassen zusammengefasst: «Application of the no economic sense test is conceptually straightforward. If conduct allegedly threatens to create a monopoly because of a tendency to exclude existing competitors, the test is whether the conduct likely would have been profitable if the existing competitors were not excluded and monopoly was not created. If the conduct, allegedly maintains a monopoly because of a tendency to exclude nascent competition, the test is whether the conduct likely would have been profitable if the nascent competition flourished and the monopoly was not maintained»; dieser *abstract* bedarf freilich noch gewisser Präzisionen: Der Test ist im Grunde eine Abwandlung des *profit sacrifice test*. Seine konkrete Formulierung hängt von der Ausgangslage der Analyse ab: Zielt die inkriminierte Verhaltensweise auf den Aufbau einer marktbeherrschenden Stellung, weil diesem Verhalten die Tendenz innewohnt, andere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, so lautet die zu prüfende Frage, ob dieses Verhalten auch *gewinnbringend* wäre, wenn die Konkurrenten nicht ausgeschlossen worden wären (JONES /SUFRIN/DUNNE, 329). Hat die in Frage stehende Strategie die Bewahrung einer marktmächtigen Position zum Zweck, weil sie die Neigung aufweist, aufkeimenden Wettbewerb zu verhindern, so ist zu untersuchen, ob diese Strategie auch profitabel wäre, wenn Wettbewerb entstanden wäre (vgl. etwa *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 79 [D.C. cir. 2001]). Nur wenn die Frage jeweils verneint wird, ist von einem Missbrauch auszugehen. Zu beachten gilt allerdings: «That conduct produces some gross benefit for the defendant is not a sufficient basis for concluding that it makes economic sense. Conduct fails the no economic test if it is expected to yield a negative payoff, net of the costs of undertaking the conduct, and not including any payoff from eliminating competition» (WERDEN, Antitrust L.J. 2006, 416). Im Einzelnen verlangt die Anwendung des *no economic sense test* die Bestimmung von zwei Grössen: Einerseits der Gewinne aus dem fraglichen Verhalten, die nicht mit der Wettbewerbsbehinderung in Zusammenhang stehen, und andererseits der Kosten der praktizierten Strategie (POPOFSKY, Antitrust L.J. 2006, 464 m.Nw.). Lassen sich diese Grössen nicht ermitteln, sollte von der Anwendung des Tests abgesehen werden (vgl. z.B. *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 [3d Cir. 2003] [en banc], *cert. denied*, 542 U.S. 953 [2003]). Kaum zu verhehlen sind die praktischen Schwierigkeiten, die mit dem *no economic sense test* einhergehen: Dieser verlangt grundsätzlich eine Beurteilung aller Optionen, die dem Marktbeherrscher zur Zeit seines Handelns offen standen, was im Allgemeinen ein Abstellen auf seinen *business plan* erfordert. Die Entscheidung darüber, ob im Lichte dieses Plans nur ein

verdrängendes Verhalten ökonomisch sinnig ist oder nicht, würde in der Praxis regelmässig schwer fallen (O'DONOGHUE/PADILLA, 230); eine ausführliche Besprechung des *no economic sense test* findet man bei WURMNEST, *op. cit.*, 362 ff.

1878 AREEDA/TURNER, 699 f. (H.v.d.V.); vgl. auch MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 296: «But what about predatory pricing as a straightforward investment to increase future monopoly profits? Even though the predator's loss exceeds the victim's loss, is there any reason to suppose that total future gains to the predator will not exceed its own near-term loss? Look first at the costs and gains to those directly involved if a predatory campaign is actually undertaken»; BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1177, will beim Nachweis einer Preissetzungsstrategie *«below cost»* den Eintritt einer *Vermutung* der Prädation erblicken, was mit den Erwägungen des EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 71 f. – AKZO Chemie BV/Kommission, nicht vereinbar erscheint.

1879 Eine umfassende Darstellung der ökonomischen Kostentheorie findet man z.B. bei O'DONOGHUE /PADILLA, 293 ff., 302 ff., und (noch ausführlicher) bei ROTH, Wettbewerber, 32 ff. m.Nw.

1880 Vgl. die Übersicht bei MOTTA, 447 ff.; MATEUS, 243 ff.

1881 CARLTON/PERLOFF, 29 f.; CABRAL, 18; MOTTA, 447; MONTI, 179.

1882 CARLTON/PERLOFF, 30; CABRAL, 18; MOTTA, 447 f.

1883 Grundsätzlich CARLTON/PERLOFF, 33 f.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.080; ferner auch FLEISCHER, 800.

1884 Vgl. CARLTON/PERLOFF, 30; ferner MONTI, 179.

1885 Vgl. MONTI, 179.

1886 CARLTON/PERLOFF, 357; CABRAL, 18 ff.

1887 MOTTA, 448.

1888 CARLTON/PERLOFF, 29.

1889 SCHMALENSEE, sunk costs, 52 ff.; CABRAL, 21 ff.; CARLTON/PERLOFF, 355; SHEPHERD, 172; vgl. auch MOTTA, 448.

1890 Vgl. TOWNSEND, 15 f.

1891 ROTH, Wettbewerber, 42.

1892 AREEDA/TURNER, 697 ff.

1893 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 92, beschreiben die «Logik» des AREEDA/TURNER-Tests folgendermassen: «The basic idea of their test […| was to draw the line between abusive conduct and competition on the merits at the average variable cost level (a reasonable proxy for marginal cost): only prices below this line truly entailed a short-term profit sacrifice (an actual economic loss) and should thus be presumed unlawful (even if these prices are set to match those of a rival). Prices above average variable costs should be presumed lawful. Temporary promotional pricing, the authors added, should not be deemed harmful to the competitive process either»; in die gleiche Richtung argumentierend MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 294: «If we set aside important and beneficial phenomena like ‹sales› and other promotions, we may at least provisionally agree that prices below marginal or average variable cost are candidates for concern – if for no other reason than that they look inconsistent with textbook competitive theories and with short-run profit maximization in general»; zum AREEDA/TURNER-Test ferner HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 457 ff.; PHLIPS, 231 ff.; MOTTA, 447 f.; MONTI, 179; ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 559 ff., 570 ff.; VICKERS/HAY, 23; JONES/SUFRIN/DUNNE, 387; aus deutscher Sicht FLEISCHER, 799; LANGE, 500; SCHWARZ, 96 f.

1894 MONTI, 179.

1895 Dazu HURWITZ/KOVACIC, 63 ff.; BRODLEY/HAY, 738 ff.; vgl. sodann WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 427, der die US-amerikanische Rechtsprechung folgendermassen zusammenfasst: «Dreh- und Angelpunkt der Beurteilung von Predationsstrategien [sc. in der gegenwärtigen US-amerikanischen Rechtsprechung] ist der von *Areeda/Turner* in die Diskussion eingebrachte Kostentest. Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten bzw. eines alternativen Grenzkostenstandards gelten zumindest *prima facie* als missbräuchlich. Soweit ein Unternehmen seine Preise gleich oder oberhalb dieser Kostengrenzen anbietet, werden sie – für einige Gerichte stets, für andere Gerichte zumindest im Regelfall – als kartellrechtskonform eingestuft. Die ganz überwiegende Zahl von Gerichten gewährt zudem einen ‹sicheren Hafen› für Preisstellungen, mit denen ein Unternehmen seine durchschnittlichen Gesamtkosten nicht unterschreitet»; allerdings hat der *Supreme Court* selber in *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 225–26 (1993), auf die Festlegung eines verbindlichen Kostenstandards verzichtet: «[A] plaintiff seeking to establish competitive injury resulting from a rival's low prices must prove that the prices complained of are below an appropriate measure of its rival's costs. See, e.g., *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986);

Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574, 585, n. 8 (1986); *Utah Pie*, 386 U.S., at 698, 701, 702–703, n. 14; *In re E. I. DuPont de Nemours & Co.*, 96 F. T. C. 653, 749 (1980). Cf. *United States v. National Dairy Products Corp.*, 372 U.S. 29 (1963) (holding that below-cost prices may constitute ‹unreasonably low› prices for purposes of § 3 of the Robinson-Patman Act, 15 U.S.C. § 13a). Although *Cargill* and *Matsushita* reserved as a formal matter the question ‹whether recovery should ever be available […] when the pricing in question is above some measure of incremental cost,› *Cargill*, […] 117–118, n. 12 (quoting Matsushita, […] 585, n. 9), the reasoning in both opinions suggests that only below-cost prices should suffice, and we have rejected elsewhere the notion that above-cost prices that are below general market levels or the costs of a firm's competitors inflict injury to competition cognizable under the antitrust laws. See *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 495 U.S. 328, 340 (1990). ‹Low prices benefit consumers regardless of how those prices are set, and so long as they are above predatory levels, they do not threaten competition.[…] We have adhered to this principle regardless of the type of antitrust claim involved.› *Ibid.* As a general rule, the exclusionary effect of prices above a relevant measure of cost either reflects the lower cost structure of the alleged predator, and so represents competition on the merits, or is beyond the practical ability of a judicial tribunal to control without courting intolerable risks of chilling legitimate price cutting»; dazu HEMPHILL/WEISER, 2051.

1896 Vgl. FLEISCHER, 800.

1897 Vgl. CR Concurrence-CLERC/>KËLLEZI, Art. 7 II N 202.

1898 Vgl. zumal die realistische Feststellung von ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 559 f.: «The enormous attention given to the Areeda-Turner test has, until very recently, diverted attention from an issue of even greater importance. Forces of both law and economics have shifted the antitrust spotlight in predation cases away from the narrow issue of defendants' short-run losses onto a larger issue: *the overall economic rationality of defendants' alleged predatory behavior*. This change has relegated the Areeda-Turner test, with its preoccupation on losses, to an *ancillary role* in predatory pricing analysis. The primary role is now played by analysis that assesses the plausibility of recouping losses through the exercise of monopoly power» (H.v.d.V.); dazu ferner auch LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1752 f.;.

1899 Vgl. CARLTON/PERLOFF, 357; FLEISCHER, 801; SCHWARZ, 93.

1900 Vgl. BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2239 ff.; dazu auch BAUMOL, 49 ff.

1901 BAUMOL, 56; O'DONOGHUE/PADILLA, 297.

1902 BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2272; krit. HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 461 ff.

1903 MOTTA, 451 f.

1904 POSNER, Antitrust Law, 215; SCHMALENSEE, sunk costs, 52 ff.; krit. demgegenüber CRASWELL /FRATRIK, 29 ff.

1905 Dazu etwa BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1179.

1906 SCHWARZ, 96.

1907 Z.B. HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 459 ff.; PHLIPS, 231 ff.

1908 LANGE, 499 m.Nw.

1909 ROTH, Wettbewerber, 59 f.

1910 Vgl. MOTTA, 451.

1911 Vgl. dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 298 f.

1912 Vgl. auch Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 21 ff. – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG /Solothurner Zeitung.

1913 Vgl. etwa Competition Tribunal, 22.7.2003 – Commissioner of Competition v. Air Canada (CT-2000 /004), Rz 124 ff.

1914 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 299.

1915 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 26 FN 2.

1916 Vgl. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226 (1993): «Evidence of below-cost pricing is not alone sufficient to permit an inference of probable recoupment and injury to competition»; ferner auch LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1705 f.

1917 Vgl. namentlich *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993); das vollständige Zitat dieser Instanz ist N 464 wiedergegeben.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

1918 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 405: «Preiskämpfe machen aus wirtschaftlicher Sicht im Regelfall nur dann Sinn, wenn der Angreifer die Aussicht besitzt, erlittene Verluste zu einem späteren Zeitpunkt zumindest wieder einzuspielen».

1919 Dazu ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 583; JOSKOW/KLEVORICK, 213; LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1708 ff.; vgl. ferner FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 94; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 415 f.

1920 Zur Problematik umfassend WILLIAMSON, Analysis, 287 ff.

1921 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993) (H.v.d.V.); der Grundsatz wurde bestätigt in *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 U.S. 1069 (2007); vgl. ferner *PacificBell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009); sodann auch *Kimble v. Marvel Entm't, LLC*, 135 U.S. 2401 (2015), wo festgehalten wird, dass am «framework» der Analyse eines Missbrauchs qualifizierter Macht, das in in einem Präjudiz festgelegt wurde, Anpassungen zulässig sind; zum Ganzen aus dem kaum mehr überschaubaren Schrifttum etwa LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1703 ff.; ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 563; krit. STRADER, 230; vgl. ferner aus der Rechtsprechung der Appellationsgerichte allen voran das von FRANK EASTERBROOKE, J., vier Jahre, bevor *Brooke Group* erging, redigierte Urteil *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2nd 1396, 1401 (7th Cir. 1989): «The investment must be recouped. If a monopoly price later is impossible, then the sequence is unprofitable and we may infer that the low price now is not predatory»; sodann auch *Rebel Oil Co. v. Atlantic Richfield Co.*, 808 F. Supp. 1464 (D. Nev. 1993), 51 F.3rd 1421 (9th Cir.), cert. denied, 116 S. Ct. 515 (1995); *Advo v. Philadelphia Newspapers*, 854 F. Supp. 367 (E.D. Pa. 1994), 51 F.3rd 1191 (3rd Cir. 1995); *R.W. International Corp. v. Welch Foods*, 13 F.3rd 478 (1st Cir. 1994); *Tri-State Rubbish v. Waste Management*, 875 F. Supp. 8 (D. Me. 1994); *Bathke v. Casey's General Stores*, 64 F.3rd 340 (8th Cir. 1995); *AD/SAT v. Associated Press*, 920 F. Supp. 1287 (S.D.N.Y. 1996); *Clark v. Flow Measurement* , 948 F. Supp. 519 (D.S.C. 1996); *Dial A Car v. Transportation*, 484 F.3rd 484 (D.C. Cir. 1996); *Taylor Pub. Co. v. Jostens, Inc.*, 216 F.3rd 465 (5th Cir.2000); *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3rd 1109 (10th Cir. 2003); *Spirit Airlines, Inc. v. Northwest Airlines, Inc.*, 431 F.3rd 917 (6th Cir. 2005); *ZF Meritor, LLC v. Eaton Corp.*, 696 F.3rd 254 (3rd Cir. 2012); *Eisai, Inc. v. Sanofi Aventis U.S., LLC*, 821 F.3rd 394, 409 (3rd Cir. 2016).

1922 Vgl. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226–27 (1993): «These prerequisites [sc. below-cost prices and recoupment] to recovery are not easy to establish, but they are not artificial obstacles to recovery; rather, they are essential components of real market injury. As we have said in the Sherman Act context, ‹predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful,› *Matsushita*, […] 589, and the costs of an erroneous finding of liability are high. ‹[T]he mechanism by which a firm engages in predatory pricing — lowering prices — is the same mechanism by which a firm stimulates competition; because ‹cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition … [;] mistaken inferences … are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect.› *Cargill*, […] 122, n. 17 (quoting *Matsushita*, […] 594). It would be ironic indeed if the standards for predatory pricing liability were so low that antitrust suits themselves became a tool for keeping prices high»; vgl. HEMPHILL/WEISER, 2052: «The Court's price-cost test reflects the avoidance of one type of error costs: false positives»; im gl.S. DENGER/HERFORT,541; BRODLEY/HAY, 790; krit. LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1706 ff., 1759 f.

1923 *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2nd 1396, 1401 (7th Cir. 1989); dazu LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1708 ff.

1924 *A.A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2nd 1396, 1401 (7th Cir. 1989); in diesem Sinne auch STRADER, 206.

1925 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 232–33 (1993) (H.v.d.V.); eine, soweit ersichtlich, im Schrifttum bisher nicht anzutreffende Interpretation des *Brooke Group*-Tests trägt WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 407 f., 421, vor: Dieser Autor meint, dass der Test des *tatsächlich erfolgten recoupment* («[…] output or price information indicates that [… defendant's price] in fact produced supracompetitive prices») und der Test der *hinreichenden Kompensationsaussichten* («[…] *evidence* about the market and [… defendant]'s conduct indicate that the alleged scheme was likely to have brought about [… supracompetitive] pricing») *kumulativ zu erfüllende* Kriterien des *Brooke Group*-Tests darstellten; so schreibt er: «*Zunächst* ist [sc. nach dem *Brooke Group*-Test] zu untersuchen, ob die vorgefundene Marktstruktur eine Kampfpreisstrategie erfolgreich erscheinen lässt. Dies kann bejaht werden, wenn der Predator einen hohen Marktanteil auf dem Markt besitzt, auf dem die Kampfpreise eingesetzt werden, nicht unerhebliche Marktzutrittsschranken bestehen und der Marktbeherrscher über ausreichende Kapazitäten verfügt, um die durch seine Preissenkung ausgelöste gesteigerte Nachfrage zu bedienen. […] Legen die marktstrukturellen Voraussetzungen nahe, dass eine Predationsstrategie erfolgreich sein könnte, gilt es *in einem zweiten Schritt* die erlittenen Verluste und potenziellen Gewinne der Predationsstrategie abzuschätzen […] (‹Bilanzierung›). […]» (H.v.d.

V.); in Wahrheit begreift der *Supreme Court* diese Kriterien als solche *alternativen* Charakters; vgl. statt vieler BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2269 f.; ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 576 f.; LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1705.

1926 Vgl. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226 (1993); dazu statt anderer BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2270.

1927 Dazu HEMPHILL/WEISER, 2054, 2064 (mit Hinweis auf mögliche Inkohärenzen in der Begründung des *Supreme Court* Urteils *Brooke Group*).

1928 Dazu in wünschenswerter Deutlichkeit *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226–27 (1993): «The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the predatory scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level that would be sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it. As we have observed on a prior occasion, ‹[i]n order to recoup their losses, [predators] must obtain enough market power to set higher than competitive prices, and then must sustain those prices long enough to earn in excess profits what they earlier gave up in below-cost prices.› Matsushita, 475 U.S., at 590–591».

1929 M.a.W. muss *nicht* in jedem Fall die ganze Liste der marktstrukturellen Kriterien durchgespielt werden; es kommt in diesem Zusammenhang immer auf die konkrete Marktlage an; dazu ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 575.

1930 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 225 (1993) (H.v.d.V.).

1931 In dieser Hinsicht bemerken ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 574, trefflich, dass der *Supreme Court* auch die *Marktaustrittsbedingungen* (und nicht bloss die Eintrittsbarrieren) in die Liste der je nach konkreter Konstellation zu berücksichtigenden Faktoren hätte aufnehmen müssen; so wird z.B. ein vom Prädator angegriffener Rivale je beharrlicher versuchen, den Marktaustritt zu vermeiden, desto grösser seine *sunk costs* sich auf dem relevanten Markt ausnehmen.

1932 Dazu im Einzelnen ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 574: «The burden of predation is that the predator must not only take sales at unremunerative prices from its targeted victims but also additional sales, which are elicited from buyers because prices are low. When market demand is highly elastic, the low prices will bring in substantial new business. Thus, the size of the predator's investment also is a function of the output of the predator during the below-cost period. This in turn depends on […] the size distribution of firms […] and on the elasticity of market demand»; klug präzisiert WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 407 FN 150: «Auch Kapazitätsengpässe der Konkurrenten können den Erfolg einer Kampfpreisstrategie steigern. Gelingt in einem solchen Fall die Verdrängung eines Unternehmens, so kann der Marktbeherrscher die Preise nach erfolgter Verdrängung eines Konkurrenten erhöhen, ohne dass er befürchten muss, größere Marktanteile an die im Markt verbliebenen Konkurrenten zu verlieren. Diese können seine Preise zwar unterbieten, verfügen aber nicht über die erforderlichen Kapazitäten, die gesteigerte Nachfrage selbst umfassend zu bedienen».

1933 Vgl. ausführlich ELZINGA/MILLS, Antitrust L.J. 1994, 573 ff.; ferner auch LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1705.

1934 Vgl. in erster Linie die Ausführungen des *U.S. Supreme Court* in *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226 (1993), die diese hohen Ansprüche plastisch veranschaulichen: «Determining whether recoupment of predatory losses is likely requires an estimate of the cost of the alleged predation and a close analysis of both the scheme alleged by the plaintiff and the structure and conditions of the relevant market. Cf., *e.g.*, Elzinga & Mills, Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?, 34 Antitrust Bull. 869 (1989) (constructing one possible model for evaluating recoupment)»; ferner auch STRADER, 209.

1935 CRANE, 14; dieser Autor beschreibt in greifbarer Weise die den Richtern in *Brooke Group* gestellten Schwierigkeiten der Einschätzung von *recoupment*-Erträgen: «Justice Kennedy's Supreme Court majority opinion rejected [… plaintiff's] arguments on the grounds that [… defendant] would have been unable to recoup its below-cost pricing through subsequent supracompetitive pricing, since [… defendant's] eleven- to twelve-percent share of the […] market would have required its predation to generate around nine dollars in supracompetitive profits for every dollar invested in the scheme, just for [… defendant] to break even. The majority dismissed the arguments that actual recoupment had taken place, finding that the claims of postpredation price increases were either empirically unsupported or not causally linked to the allegedly predatory scheme. The dissent – and the jury – believed that actual recoupment had taken place in the form of semiannual, lockstep price increases following [… defendant's] below-cost pricing» (*op. cit.*, 25).

1936 HOVENKAMP/HOVENKAMP, 539; denselben Befund findet man bei LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1744 f.: «The recoupment element […] is too hard to accurately predict in many cases. Recoupment analysis requires a level of predictive ability beyond that required in traditional monopoly power analysis because courts must predict profitability and not merely power».

1937 Der Ausdruck «Plausibilitätskontrolle» stammt von WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 420.

1938 So O'DONOGHUE/PADILLA, 313.

1939 Dazu AMSTUTZ/KELLER/REINERT, 117; vgl. auch ROTH, Wettbewerber, 307 ff. m.Nw.

1940 Vgl. BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1175; O'DONOGHUE/PADILLA, 312; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 410, 415.

1941 O'DONOGHUE/PADILLA, 312.

1942 Vgl. STRADER, 206; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 416; ferner auch O'DONOGHUE /PADILLA, 312.

1943 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 312.

1944 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 415.

1945 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 310 f.

1946 Vgl. STRADER, 230.

1947 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 314 f.; STRADER, 208.

1948 Zu dieser Rechtsgrundlage im Einzelnen LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1701 ff. m.Nw.

1949 Vgl. nur CRANE, 6: «A mainline view among legal scholars today is that the Supreme Court's decision [… in] *Brooke Group* ha[s] made it virtually impossible for plaintiffs to win predatory pricing cases».

1950 Vgl. HEMPHILL/WEISER, 2052.

1951 Vgl. JOSKOW/KLEVORICK, 225 ff.

1952 Dazu MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 295 ff. m.Nw.

1953 Vgl. z.B. BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2270; HEMPHILL, Stanford L. Rev. 2001, 1608 ff.; zum Ganzen LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1745 m.Nw.

1954 Dass eine Mässigung der «Härte» des *Brooke Group*-Tests angebracht sei, entspricht freilich keiner einmütigen Meinung in der Industrieökonomik; vgl. z.B. EVANS/PADILLA, Antitrust Rules, 87: «The ‹predatory pricing test› prevailing in the United States since Brooke Group is structured along the lines we have suggested. Two screens are applied. First, one determines whether the prices are below a reasonable measure of the seller's costs. Second, one asks whether there is a ‹reasonable prospect, or, under § 2 of the Sherman Act, a dangerous probability, of recouping its investment in below-cost prices.› […] This test fails to identify all possible price predation practices but follows from the view that it is better to err by allowing some predatory pricing than to condemn some competitive pricing. The Supreme Court has properly moved to a stricter standard for showing predation because (a) setting prices low is a hallmark of competition (so that the cost of falsely condemning legitimate price cutting is high) and (b) successful predation is rare (so that the likelihood of false acquittals is low)».

1955 Typisch für diese Art von *predatory pricing*-Studien ist etwa der Beitrag von HEMPHILL/WEISER, 2049 ff., dessen Ergebnisse die Autoren folgendermassen zusammenfassen: «Under [… the *Brooke Group* framework], a court is free to consider the plausibility of recoupment, without reference to *Brooke Group*'s skeptical dicta, where monopoly or a well-coordinated oligopoly is concerned. Moreover, modern theories of recoupment, such as the development of a reputation for predation, should be brought to bear when evaluating whether recoupment is likely. Courts can also use the presence of below-cost pricing as a basis for inferring recoupment, so long as it is not the sole basis for the inference. […] *Brooke Group* also permits flexibility in making price-cost comparisons. A measure of incremental cost can be used instead of AVC where good information is available. The analysis may also account for incremental revenue, though not to the extent of including in-market inframarginal revenue sacrifice due to a low price. […] Finally, there is nothing special about *Brooke Group* that suggests that its price-cost test should be extended to more complex pricing strategies like loyalty discounts» (*op. cit.*, 2077).

1956 LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1741.

1957 LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1744.

1958 Beiderseits des Atlantiks findet man gewichtige Befürworter dieser Ansicht; so hat sich der *U.S. Supreme Court* in seinem *Weyerhaeuser*-Urteil auf diesen Standpunkt gestellt (*Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hordwood Lumber Co.*, 127 U.S. 1069, 1075–76 [2007]); auch im europäischen Wettbewerbsrecht wird diese Meinung prominent vertreten, nämlich von Generalanwalt FENNELLY, der sich in seinen Schlussanträgen zum EuGH-Urteil *Compagnie maritime belge* für die Einführung eines *recoupment test* in das europäische Preisunterbietungsrecht aussprach: «Die Umlage der Ertragseinbußen ist für mich Anlaß, kurz zu der Notwendigkeit Stellung zu nehmen,

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

eine Absicht oder Möglichkeit des Wiederausgleichs nachzuweisen. Der Vorgang der Aufteilung von Verlusten ist im wesentlichen eine Form der Schadloshaltung. Der strategische Plan der Kampfpreise birgt unausgesprochen die Implikation, daß die Sätze für jede gegenwärtige oder zukünftige Abfahrt nur gesenkt werden, wenn dies nicht erforderlich ist, um dem Wettbewerb zu begegnen. Außerdem wären sie eindeutig nicht mehr gerechtfertigt, sobald der Wettbewerber erst verdrängt wäre. Soweit dies erforderlich ist, bin ich daher der Meinung, daß der vorliegende Fall den Test des Wiederausgleichs besteht. Zugleich möchte ich sagen, daß ein Erfordernis dieser Art Teil des Tests für mißbräuchlich niedrige Preisgestaltung durch beherrschende Unternehmen sein sollte. Das ist im ersten Absatz des Zitats aus dem Urteil AKZO mit verstanden […] und gehört zum Test nach dem Urteil Hoffmann-La Roche […]. Der Grund dafür, beherrschende Unternehmen an dem Versuch zu hindern, die Aufrechterhaltung von Wettbewerb insbesondere durch die Verdrängung eines Wettbewerbers zu beeinträchtigen, ist, daß sie dann in die Lage versetzt würden, *mißbräuchlich hohe Preise zu verlangen*. Damit würde ein uneffizientes Monopol erneut geschaffen, und *Verbraucher hätten nur einen kurzfristigen Nutzen*. Wenn dieses Ergebnis nicht Teil der Strategie eines beherrschenden Unternehmens ist, dann ist es wahrscheinlich auf normalen Wettbewerb ausgerichtet» (EuGH, 29.10.1998, C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C2000: 132, Rz 136 – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission, H.v.d.V.); so auch O'GRADY, 477 m.Nw.; STRADER, 208; **a.A.** z.B. HEMPHILL /WEISER, 2054: «The conclusion that unsuccessful predation is harmless is not quite right, because below-cost prices are distortive even when they do not exclude […]».

1959 LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1742.

1960 Mit einem solchen Verständnis steigerte man die Bildverzerrungen, die mit dem methodischen Individualismus einhergehen, nur noch zusätzlich; s. FN 163.

1961 Dazu in Sonderheit GOHARI, Diss., 315 f. m.Nw.; vgl. zur Verwendung und (technischen) Umsetzung dieses Massstabs die Ausführungen im EAGCP-Paper, 3: «An economics-based approach to the application of article 82 [sc. heute: Art. 102 AEUV] implies that the assessment of each specific case […] will be based on the assessment of the anti-competitive effects generated by business behaviour. This implies that competition authorities will need to identify a competitive harm, and assess the extent to which such a negative effect on consumers is potentially outweighed by efficiency gains. The identification of competitive harm requires spelling out a consistent business behaviour based on sound economics and supported by facts and empirical evidence. Similarly, efficiencies – and how they are passed on to consumers – should be properly justified on the basis of economic analysis and grounded on the facts of each case»; ferner auch BULST, RabelsZ 2009, 707.

1962 STRADER, 221.

1963 LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1743.

1964 Nämlich auf: WILLIAMSON, Analysis, 290 f.; als weitere Referenzen gibt LESLIE an: JOSKOW /KLEVORICK, 224 FN 31; CRANE, Cornell L. Rev. 2005, 35; schliesslich bemerkt LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1743, der U.S. Supreme Court habe in folgender Passage aus *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 224 (1993), die Ineffizienz der durch *predatory pricing* hervorgerufene Überkonsumtion anerkannt: «Although *unsuccessful predatory pricing may encourage some inefficient substitution toward the product being sold at less than its cost*, unsuccessful predation is in general a boon to consumers» (wobei LESLIE nur den kursiv gesetzten Teil dieses Satzes wiedergibt).

1965 Das Beispiel ist dargelegt bei WILLIAMSON, Analysis, 290.

1966 Vgl. zu diesen drei Bedingungen WILLIAMSON, Analysis, 291.

1967 *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 223–24 (1993).

1968 JOSKOW/KLEVORICK, 223.

1969 STRADER, 218.

1970 Die Funktion eines Instruments zur wohlfahrtsökonomischen Analyse von Kampfpreisstrategien weisen z.B. ROUSSEVA, 169, und WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 406, dem Kompensationstest zu; in der Praxis wird eine solche Funktion z.B. in den Schlussanträgen von Generalanwalt MAZÁK zum EuG-Urteil *France Télécom* postuliert: «Meines Erachtens ergibt sich auch aus den Urteilen AKZO und Hoffmann-La Roche, dass der Nachweis eines möglichen Verlustausgleichs Voraussetzung für die Feststellung ist, dass Verdrängungspreise im Sinne von Art. 82 EG [heute: Art. 102 AEUV] praktiziert worden sind. […] Wenn keine Möglichkeit zum Verlustausgleich besteht, dann ist das beherrschende Unternehmen wahrscheinlich auf normalen Wettbewerb ausgerichtet. […] In einem solchen Fall, in dem kein Verlustausgleich möglich ist, dürfte grundsätzlich davon auszugehen sein, *dass die Verbraucher und ihre Interessen nicht geschädigt werden*. Ich darf hier anmerken, dass ich Generalanwalt Jacobs beipflichte, der in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Bronner ausführt, dass ‹es der Hauptzweck von Artikel [82 EG {heute: Art. 102 AEUV}] ist, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern – und insbesondere

die Interessen der Verbraucher zu wahren –, und nicht, die Situation einzelner Wettbewerber zu schützen›» (EuGH, 25.9.2008, C-202/07 P, ECLI:EU:C:2008:520, Rz 73 f. – France Télécom /Kommission, H.v.d.V.).

1971 Zur Notwendigkeit dieses doppelten Nachweises in aller Klarheit *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 225 (1993): «If circumstances indicate that below-cost pricing could likely produce its intended effect on the target, there is still the further question whether it would likely injure competition in the relevant market».

1972 Vgl. STRADER, 206 f.; ferner auch die einleuchtenden Ausführungen von HEMPHILL, Stanford L. Rev. 2001, 1597: «Measuring likely gains is, if anything, even more difficult than measuring losses. Assessing their size is largely guesswork. Future price increases cannot be measured with precision. […]. The earlier that predatory pricing is caught, the less opportunity the predator will have had to implement its plan, and the more speculative the guess becomes. […]. And accuracy is likely to be especially low where these multiple measurements are placed in the hands of a court for whom economic prognostication is not an institutional competence».

1973 Zwar ist der multifaktorielle Ansatz, den JOSKOW/KLEVORICK, 222 ff., vorschlagen, der hier befürworteten «Plausibilitätskontrolle» aus theoretischer Sicht überlegen; allerdings bestehen ernsthafte Zweifel, ob dieser Ansatz in der Praxis realistischerweise umgesetzt werden kann; vgl. die auf diesem Argument gestützte Kritik von MCGEE, J.L. & Econ. 1980, 319 f.; dazu die folgende Erwägung in *Janich Bros. v. American Distilling Co.*, 570 F.2nd 848, 857 n. 9 (9th Cir. 1977), *cert. denied*, 439 U.S. 829 (1978): «This analysis is based upon short-run welfare maximization. In the long run there are complications. See Scherer, Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment, 89 Harvard L. Rev. 869, 883-89 (1976). *However, long-run economic welfare consequences are ‹intrinsically speculative and indeterminate› and, in considering the limitations of the judicial process, are properly disregarded in formulating a test for predatory pricing*. Areeda & Turner, Scherer on Predatory Pricing: A Reply, 89 Harvard L. Rev. 891, 896-97 (1976)» (H.v.d.V.); allgemein zum Problem auch LEFEVER, 1639 ff.; RIDYARD, CLR 2014, 127 ff.

1974 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 411: «Die Erstellung einer präzisen Gewinn/Verlust-Bilanz ist im Regelfall kaum möglich».

1975 Dazu STRADER, 208, 230.

1976 Vgl. FN 438 f., 445, 463.

1977 So auch O'DONOGHUE/PADILLA, 312; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 415 f.; FUMAGALLI /MOTTA/CALCAGNO, 74.

1978 Vgl. in diesem Zusammenhang die (einflussreichen) Ausführungen von POSNER, Antitrust Law, 194 f.

1979 STRADER, 206.

1980 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 74; vgl. auch *op. cit.*, 78.

1981 Dazu die Kommentierung von Art. 4 Abs. 2 N 267 ff.

1982 So zutreffend O'DONOGHUE/PADILLA, 317; vgl. auch in dieselbe Richtung argumentierend WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 411; sodann aus der Perspektive von § 2 Sherman Act POSNER, Antitrust Law, 194 f.; LESLIE, Columbia L. Rev. 2013, 1748; allerdings ist das im Lauftext geschriebene Verfahren zu Evaluation der Kompensationsaussichten eines Prädators nicht gänzlich ohne Schwächen; dazu ausführlich STRADER, 206 ff.

1983 BULST, RabelsZ 2009, 706.

1984 Vgl. in diesem Kontext AKMAN, Reform, 154 ff.; dieser Autor äussert sich krit. im Hinblick auf die Wohlfahrtsanalyse, die in der Prioritätenmitteilung (EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19–22) vorgeschlagen wird: «Although it is welcome that the Commission accepts that the market can be foreclosed without this being ‹anticompetitive,› and this ‹represents a move away from ‹protecting competitors›, not competition, which was the main criticism directed at the Commission's enforcement of Article 102,› the precise relation between foreclosing rivals and adversely impacting consumer welfare is still unclear. The Commission expresses its enforcement aim by stating that the concern is ‹to ensure that dominant undertakings do not impair effective competition by foreclosing [rivals] in an anti-competitive way, thus having an adverse impact on consumer welfare.› This is *equivocal*: it is unclear whether the adverse impact on consumer welfare is an assumed/expected consequence of foreclosing rivals in an anticompetitive way, in which case ‹anticompetitive› would not be tantamount to having an adverse impact on consumer welfare. This would require a separate definition and assessment of ‹anticompetitiveness,› which is not provided in the Guidance» (H.v.d.V.); diese Kritik ist insofern fragwürdig, als sie über die Behauptung von vermeintlichen Problemen bei Kausalitätszusammenhängen genau besehen die von der Kommission als eine der Prämissen der Prioritätsmitteilung gesetzten Schutzziele in Frage stellt; demgegenüber **a.A.** und viel transparenter BULST, RabelsZ 2009, 706 f, 719 f.

1985 BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1170 f. (H.v.d.V.).

1986 Vgl. DE GHELLINCK, 544 ff.

1987 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 69.

1988 EAGCP-Paper, 6.

1989 POSNER, Antitrust Law, 188; eine Übersicht über die «lange Tradition» der Bezugnahme auf den «*equally efficient competitor*» in der Instrustrieökonomik gibt ROTH, Wettbewerber, 163 ff. m.Nw.

1990 O'DONOGHUE/PADILLA, 337 (H.v.d.V.); vgl. im Kontext auch RIDYARD, CLR 2014, 125: «The concept of the ‹as efficient competitor› (‹AEC›) is used as way […] to provide a more concrete dividing line between the protection of competition and the protection of competitors» (vgl. auch *op. cit.*, 130 f., 142); tendenziell krit. BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1126 f., der (ein in der deutschen Kartellrechtswissenschaft verbreitetes Empfinden widerspiegelnd) für eine sozusagen «Maximaleinschränkung» des funktionellen Anwendungsbereichs des AEC-Tests eintritt: «[Der] ‹*as efficient competitor*›-Test[…], der allein auf einen Preis-Kosten-Vergleich zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und einem ‹ebenso effizienten Wettbewerber› abstellt, ist […] schon prinzipiell begrenzt, weil er im Hinblick auf den Schutzzweck des Art. 102 AEUV häufig zu kurz greifen würde. Die Stoßrichtung des Missbrauchsverbots ist […] die Aufrechterhaltung einer wettbewerblichen Marktstruktur, von der die Verbraucher aufgrund ihrer Auswahlfreiheit langfristig profitieren. Nur eine wettbewerbliche Marktstruktur, die es den Verbrauchern erlaubt, ihre Präferenzen zur Geltung zu bringen, kann gewährleisten, dass der Wettbewerb allokative und dynamische Effizienz gewährleistet. Ein bloßer Preis-Kosten-Vergleich berücksichtigt hingegen nur produktive Effizienzen auf der Unternehmensebene. […] Das alles legt eine *Einschränkung des Preis-Kosten-Vergleichs auf die eher seltenen Fälle nahe, in denen es um homogene Güter und Leistungen geht und die Absatzbedingungen des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Wettbewerber sich jedenfalls insoweit nicht nennenswert unterscheiden.* Da in diesen Fällen der Preis der maßgebliche Wettbewerbsparameter ist, geht es insoweit um preisbezogene Behinderungsmissbräuche. Dementsprechend haben die Gerichte den ‹*as efficient competitor*›-Test auch nur in solchen Fällen (wie Kampfpreisunterbietung oder Margenbeschneidung) akzeptiert, in denen andere Wettbewerbsparameter als der Preis offenbar keine Rolle spielten» (H.v.d.V.); es ist BEHRENS beizupflichten, wenn er meint, dass das Wettbewerbsrecht sämtliche Effizienzausprägungen zu fördern hat (freilich muss man auch sehen, dass allokative, produktive und dynamische Effizienz kaum je simultan von einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung über einen preisbezogenen Verdrängungsmissbrauch geschützt werden können; dazu STRADER, 230 ff., insbesondere 231); zuzustimmen ist ebenfalls der von diesem Autor angesprochenen Tatsache, dass die «Stoßrichtung» der Missbrauchskontrolle in der Aufrechterhaltung von wirksamem Wettbewerb zu erblicken ist (wobei wir den schwierigen und letztlich im Rahmen von Art. 102 AEUV bzw. Art. 7 KG missverständlichen Begriff der «Aufrechterhaltung einer *wettbewerblichen Marktstruktur*» vermeiden; dazu N 97); richtig an den Ausführungen BEHRENS ist schliesslich der Gedanke, dass die Anwendungsgrenzen des AEC-Tests mit besonderer Akuratesse definiert werden müssen, damit dieser Test zuverlässige Resultate hervorbringen kann (s. N 477). Mit seiner Argumentation setzt sich BEHRENS allerdings dem Einwand aus zu übersehen, dass weder eine Kampfpreisstrategie noch eine andere Form von preisbezogenen Verdrängungsverhaltensweisen auf der *alleinigen* Grundlage des «ebenso effiziente[n] Wettbewerber»-Tests behördlich oder gerichtlich beurteilt wird (s. N 478 und FN 1997); jedenfalls hat bis heute, soweit ersichtlich, weder ein Wissenschaftler, eine Wettbewerbsbehörde noch ein Gericht eine *ausschliessliche* Abstützung der Gesamtbeurteilung von missbrauchsverdächtigen Verhaltensvarianten dieser Fallgruppe auf den AEC-Test postuliert bzw. für angemessen gehalten; vgl. z.B. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 27, wo die Kommission erklärt, das Ergebnis des AEC-Tests in die Beurteilung eines preisbezogenen Verdrängungsmissbrauchs «[…] unter gleichzeitiger Berücksichtigung anderer relevanter, quantitativer und/oder qualitativer Beweise einfließen lassen» zu wollen; vgl. ferner auch die einleuchtenden Ausführungen von BULST, RabelsZ 2009e, 719 ff., der darauf hinweist, dass ein ausschliessliches Abstellen auf ein AEC-Test ohne Wettbewerbsbeeinträchtigungsanalyse nur sehr fragwürdige Erkenntnisse hervorbringen kann.

1991 In der Industrieökonomik stellt sich eine gewichtige Mehrheit der Autoren auf den Standpunkt, der AEC-Test bezwecke die Prüfung der Wahrscheinlichkeit, dass das inkriminierte Verhalten *wohlfahrtstheoretisch* nachteilig ist; vgl. STRADER, 224 f. («[T]he Court of Justice has measured effects by whether price-cuts harm competition: ‹to assess the existence of anti-competitive effects […] it is necessary to consider whether that pricing policy […] produces an actual or likely exclusionary effect, to the detriment of competition and, thereby, of consumers' interests.› The Court of Justice does not explicitly state here how to determine whether a pricing policy harms competition, but the shift in emphasis from competitors to competition theoretically matters, since to prove harm to competition, the Commission must establish more than mere harm to the alleged victim of predation. The status of the excluded or weakened competitor may determine whether the predatory pricing scheme can harm competition. The economic justification for any cost test is that prices below a relevant measure of cost theoretically can exclude as-efficient competitors, and only their active presence in the competitive process matters for consumer welfare»); BOLTON

/BRODLEY/RIORDAN, 2267 FN 161 («Predation harms competition and consumers over the longer period because it permits the exclusion of equally or more efficient firms, which is to undermine competition on the merits»); JOSKOW/KLEVORICK, 223 («[I]nefficient firms […] remain[ing] in the market […] increase […] the cost of production of the product above the efficient level [… This] results in a waste of scarce resources and hence in a loss of social welfare»); O'DONOGHUE /PADILLA, 231 («Consumers are generally best served by the most efficient firms, i.e., those with the lowest costs»).

1992 Dazu statt anderer DE GHELLINCK, 546.

1993 Vgl. DE GHELLINCK, 546.

1994 Vgl. in erster Linie MARTY, 4, der diese *Zweckabhängigkeit* einer Testfunktion auf breiter Ebene behandelt.

1995 Vgl. STRADER, 211.

1996 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 25.

1997 STRADER, 222 f.

1998 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 27 (H.v.d.V.).

1999 Bestätigt wird diese Auffassung durch die Ausführungen der europäischen Kommission in EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 67 (im Abschnitt über *Kampfpreise*): «Liegen genügend zuverlässige Daten vor, führt die Kommission den unter den Randnummern 25–27 beschriebenen ‹equally-efficient-competitor›-Test durch, *um festzustellen, ob das Kampfpreisverhalten den Verbrauchern schadet [sic] kann*» (H.v.d.V.); in diesem Sinne auch RIDYARD, CLR 2014, 139; STRADER, 211 f., 216 f., 224 f.; **a.A.** ROTH, Wettbewerber, 336: «Es konnte bereits aufgezeigt werden, dass Kosten-Preis-Vergleiche [sc. wie sie dem AEC-Test zugrundeliegen] nicht derart eng mit dem wohlfahrtstheoretischen Ansatz verbunden sind, als mit ersteren notwendigerweise zugleich eine Bilanzierung der Wohlfahrtseffekte einhergehen müsste»; die Begründung dieser Auffassung wird gemäss der Verweisung in *op. cit.*, FN 1498, auf Ausführungen ROTHs an anderer Stelle seiner Studie vorgetragen; dort ist zu lesen: «[…] *Posner* [suchte] bei seiner Statuierung des AEC als Beurteilungsmassstab pro-kompetitive Effekte des *predatory pricing* zu berücksichtigen […], wobei behinderndes Verhalten lediglich bei einem negativen ‹Wohlfahrtssaldo› als missbräuchlich galt. Die Vorgehensweise […] lässt […] darüber nachdenken, ob das Abstellen auf einen AEC eine Effizienzrechtfertigung respektive eine Bilanzierung der Wohlfahrtseffekte geradezu notwendig macht. Dies ist aus denselben Gründen im Grundsatz zu verneinen: Das Resultat eines Kosten-Preis-Vergleichs ist jedenfalls nicht derart eng mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz verknüpft, als dass jenes zwingend in diesem Zusammenhang gelesen werden müsste. Immerhin sind aber die damit verbundenen impliziten Annahmen in angemessener Weise zu berücksichtigen» (*op. cit.*, 189; zum Unterschied zwischen dem wohlfahrtstheoretischen und dem AEC-Ansatz und seiner Irrelevanz *in casu* STRADER, 217). Wir verstehen diese Ausführungen in dem Sinne, dass ROTH der Ansicht ist, der AEC-Test sei mit Blick auf die Einschätzung der wahrscheinlichen wohlfahrtstheoretischen Auswirkungen einer Prädation ungeeignet; sollte unser Verständnis der wiedergegebenen Ausführungen zutreffen, so ist eine gewisse Skepsis unausbleiblich, dass diese Ausführungen argumentativ hinreichen, um Roths These zu beweisen; wir meinen nicht; denn das Hauptargument ROTHs, wonach ein Kosten-Preis-Vergleich, wie er dem AEC-Test innewohnt, «[…] jedenfalls nicht *derart eng* mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz *verknüpft*» (*loc. cit.*; H.v.d.V.) sei, dass dessen Resultat «zwingend» im Lichte dieses Ansatzes «[…] gelesen werden *müsste*» *(id.)*, ist ein *paradoxales* Argument: Was nicht «zwingend» in einem bestimmten Sinne gelesen werden muss, enthält *zugleich* die gegenteilige Proposition: es *muss* auch nicht «zwingend» in einem anderen Sinne gelesen werden; nach ROTH gilt mithin *simultan* «weder/noch» und «sowohl/als auch»; insofern entzieht sich dieses Argument jeglicher Evaluation, weil sie *jeden* Massstab ausschliesst und *(gleichzeitig) keinen* Massstab zulässt, um die Evaluation vorzunehmen (nur ein Argument, das auf einer der beiden Seiten seiner Leitdifferenz angesiedelt ist, erlaubt eine Stellungnahme; es sei denn selbstredend, die Differenz als solche werde zur Diskussion gestellt, was ROTH aber nicht tut); ferner ist hervorzuheben, dass ROTHs Argument, ein Kosten-Preis-Vergleich sei nicht *«derart eng»* mit einem wohlfahrtstheoretischen Ansatz *«verknüpft»*, dass sich besagte Lektüre «zwingend» in einem spezifischen Sinne aufdränge, unbestimmt ist; denn «Enge» ist ein relationeller Begriff, der die Angabe von (mindestens) zwei Fixpunkten voraussetzt, um Sinn herzustellen; soweit ersichtlich, sind solche Punkte in den Ausführungen ROTHs nicht zu finden. Bleibt die Frage: Worin soll gemäss ROTH die Funktion eines AEC-Tests erblickt werden? Darauf antwortet der Autor: «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 ersteren die Kosten des letzteren deckt. Die Definition *lehnt sich an diejenige der Kommission in der Prioritätenmitteilung an* , wonach ‹die Kommission Wirtschaftsdaten zu den Kosten und Verkaufspreisen [prüft] und insbesondere, ob das marktbeherrschende Unternehmen nicht kostendeckende Preise praktiziert›. Der AEC-Test taugt dergestaltig namentlich für eine Evaluation, inwieweit er sich für den Nachweis einer aller Wahrscheinlichkeit nach eintretenden wettbewerbswidrigen Marktverschliessung eignet» (*op. cit.*, 335; H.v.d.V.); wir begreifen diese Ausführungen

dahingehend, dass ROTH der Meinung ist, der AEC-Test diene der Diagnose von wahrscheinlich *eintretenden* «wettbewerbswidrigen Marktverschliessungen» (im Sinne der EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 19); sollte unsere Lesart der zitierten Ausführungen zutreffen, wird alsbald erkennbar, dass ROTHs Berufung auf die Prioritätenmitteilung *ohne Grund* ist, weil sie die methodischen Vorgaben von Rz 19 dieser Mitteilung (nachstehend: «Rz 19-Methode») *nicht einhält*; wir erläutern unseren Einwand (und zumal seine Tragweite) in zwei Schritten: Zunächst stellen wir kurz die Rz 19-Methode vor; alsdann zeigen wir, wodurch ROTH von dieser Methode abweicht und weshalb seine Argumentation ihren Grund jedenfalls nicht in der Prioritätenmitteilung hat; (1) die Rz 19-Methode entspricht dem klassischen kartellrechtlichen Analyseschema; dieses Schema findet in der Prioritätenmitteilung folgenden Ausdruck: «In dieser Mitteilung bezeichnet der Begriff ‹wettbewerbswidrige Marktverschließung› 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. Die Feststellung eines voraussichtlichen Schadens für den Verbraucher kann auf der Grundlage qualitativer und, wann immer möglich und zweckmäßig, auch anhand quantitativer Beweismittel erfolgen» (*op. cit.*, Rz 19); einmal geht aus diesen Ausführungen hervor, dass mit dem Begriff «wettbewerbswidrige Marktverschliessung» ein *Sachverhalt* – und nicht einzelne Tatbestandsmerkmale – bezeichnet wird; diese Merkmale sind nach der Kommission *einzeln* zu prüfen (und *nicht* durch eine *Globalanknüpfung* an den Sachverhalt, d.h. an die «wettbewerbswidrige Marktverschliessung»); gemäss der Prioritätenmitteilung soll dies dadurch erfolgen, dass zunächst das *Verhalten* identifiziert werden muss (*sub verbo* «[…] das marktbeherrschende Unternehmen durch sein *Verhalten* […]»; *loc. cit.*; H.v.d.V.), alsdann die *Mittel*, die dem Marktbeherrscher zum anvisierten Ziel verhelfen (*sub verbo* «[…] vorhandenen oder potenziellen Wettbewerbern den *Zugang zu Lieferquellen oder Märkten erschwert oder unmöglich macht* […]»; *id.*) und schliesslich die *Effekte* des Gebrauchs dieser Mittel (*sub verbo* «[…] die *Preise zum Nachteil der Verbraucher* gewinnbringend zu erhöhen […]»; *id.*) zu prüfen sind; (2) ROTH folgt dieser Methodik nicht; dies wird am Umstand erkennbar, dass er die Ansicht vertritt, der AEC-Test diene der Prüfung von wahrscheinlich *eintretenden «wettbewerbswidrigen Marktverschliessungen»*; gemäss Prioritätenmitteilung (*loc. cit.*, Rz 19) ist dieser Begriff, wie soeben erwähnt, ein solcher, der den *Sachverhalt eines predatory pricing* bezeichnet; deshalb liefe – streng *formell* betrachtet – die Auffassung ROTHs im Ergebnis darauf hinaus, dass der AEC-Test das *einzige* Prüfungsschema wäre, mithilfe von welchem der Sachverhalt einer von der Prioritätenmitteilung erfassten Prädation beurteilt würde; dass dem nicht so ist, wurde vermittels der drei Fragen, die die Preisunterbietung *denknotwendig* aufwirft (s. N 436 ff.), gezeigt: Eine kohärente Analyse des *predatory pricing* muss nebst dem AEC-Test auch – in irgendeiner Form – den *sacrifice*- und den *recoupment*-Test zur Anwendung bringen (s. N 451 ff., 464 ff.); oder m.a.W.: Ausschliesslich den AEC-Test als analytisches Instrument zur Beurteilung von Niedrigpreisstrategien zu gebrauchen, widerspricht dem analytischen Konzept der Kommission in der Prioritätenmitteilung, auch *weitere* quantitative und qualitative Beweismittel zu berücksichtigen; dazu einleuchtend BULST, RabelsZ 2009, 706 f., 719 f.

2000 O'DONOGHUE/PADILLA, 301, sprechen in diesem Zusammenhang davon, dass der im Lauftext erwähnte «Referenzrahmen» eine Art *«hybride Kombination»* der industrieökonomischen Erkenntnisse bildet, welche in N 450 ff. dargestellt und besprochen worden sind; damit wollen sie gewissermassen die «Logik» der kartellrechtlichen Missbrauchsanalyse und namentlich den Missbrauchsstandard von lit. d erklären, die vorliegend in N 436 ff. erläutert wird; von der Rede eines «Hybrids» sollte man Abstand nehmen, weil der erwähnte Standard in erster Linie nach der Leitidee ausgestaltet wird, das industrieökonomische Wissen über *predatory pricing* möglichst schlüssig und methodisch folgerichtig anzudenken; vgl. diesbezüglich die Ausführungen in N 436 ff.

2001 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 292.

2002 AREEDA/TURNER, 699 f.; dazu die Ausführungen in N 455 f.

2003 Als Beispiel kann die Einführung eines neuen, von den Verbrauchern noch völlig unbekannten Produkts erwähnt werden, das mithilfe von Tiefpreisen auf dem Markt lanciert wird, um seine Verbreitung im Publikum zu beschleunigen; dazu ausführlich WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 361 ff. mit weiteren Beispielen.

2004 WHISH/BAILEY, 756 ff.; MOTTA, 412; in diesem Sinne WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 49 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG.

2005 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 43 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung; vgl. auch VENTURI/FAVRE, 38.

2006 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 195, halten andere Merkmale für den Tatbestand von lit. d für konstitutiv; die Abweichungen von der hier vertretenen Lehrmeinung sind nicht geringfügig; die Berufung der Autorinnen auf WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 49 – Cornèr Banca SA

/Telekurs AG, um ihren Standpunkt zu belegen, erscheint zumindest nicht als zwingend; demgegenüber sind wohl die Tatbestandsmerkmale von lit. d, die STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 430, für eine Missbrauchsanalyse nach Massgabe dieser Bestimmung vorschlagen, unzureichend.

2007 WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 49 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG.

2008 Vgl. auch VENTURI/FAVRE, 37.

2009 VENTURI/FAVRE, 37;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 33; DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 138; vgl. auch WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 49 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG.

2010 MOTTA, 447.

2011 Vgl. Sekretariat, RPW 1997/3, 308 ff. Rz 25 – Télécom PTT/Flexnet; WEKO, RPW 1997/4, 490 ff. Rz 71–85 – Recymet SA; Sekretariat, RPW 2002/3, 431 ff. Rz 12 ff. – Radio- und TV-Markt St. Gallen; Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 50 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung; WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 50 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG; WEKO, RPW 2005/1, 114 ff. Rz 86 – Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG; Sekretariat, RPW 2014/1, 79 ff. Rz 91, 113 f., 197 – Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb); BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 455 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 508 – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff. Rz 457 ff. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; wie erwähnt (s. N 449), ist es in keinem dieser Verfahren zum Befund eines erfüllten Tatbestandes i.S.v. lit. d gekommen.

2012 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, – AKZO Chemie BV/Kommission.

2013 Vgl. in erster Linie EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, ff. Rz 41 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II); EuGH, 16.3.2000, Rs. C-395/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 119 – Compagnie Maritime Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission; EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214 – France Télécom SA/Kommission in jüngerer Zeit ist der *AKZO*-Test in EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 27 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) bestätigt worden: «In seinem Urteil AKZO/Kommission, bei dem es um die Frage ging, ob ein Unternehmen Verdrängungspreise angewandt hatte, hat der Gerichtshof erstens in Randnr. 71 des Urteils festgestellt, dass Preise, die unter den durchschnittlichen ‹variablen› Kosten (d.h., die je nach den produzierten Mengen variieren) liegen, grundsätzlich als missbräuchlich anzusehen sind, da davon auszugehen ist, dass ein Unternehmen in beherrschender Stellung mit der Anwendung derartiger Preise keinen anderen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, als seine Wettbewerber zu verdrängen. Zweitens hat er in Randnr. 72 desselben Urteils entschieden, dass Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, jedoch über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie im Rahmen eines Plans festgesetzt wurden, der die Ausschaltung eines Konkurrenten zum Ziel hat».

2014 Vgl. WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff. Rz 457 ff. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 455 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2015 Vgl. EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 71 f. – AKZO Chemie BV/Kommission.

2016 Vgl. statt anderer BELLAMY/CHILD, Rz 10.081.

2017 Sekretariat, RPW 1997/3, 308 ff. Rz 25 – Télécom PTT/Flexnet.

2018 WEKO, RPW 1997/4, 490 ff. Rz 71–85 – Recymet SA.

2019 WEKO, RPW 2005/1, 114 ff. Rz 86 – Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG.

2020 WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 50 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG; dazu DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 135.

2021 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 50 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2022 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; vgl. in diesem Zusammenhang die trefflichen Ausführungen von BELLAMY/CHILD, Rz 10.078, die sich mit den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts treffen: «The likelihood of a strategy of predatory pricing being credible is highly sensitive to a range of factual issues, notably the relative efficiencies of the dominant firm and its competitors, the transparency of costs as between competing firms and the reputation of the dominant firm to respond aggressively to market entry».

2023 WEKO, RPW 2005/1, 114 ff. Rz 85 – Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2024 Vgl. WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff. Rz 459 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, wo Folgendes ausgeführt wird: «Die WEKO und das Sekretariat haben diesen Tatbestand [sc. von lit. d] in der Praxis bereits geprüft. Dabei wurde insbesondere untersucht, ob eine systematische Vorgehensweise vorliegt, gegen wen die Strategie gerichtet ist, ob die Möglichkeit der kurzfristigen Gewinnmaximierung vorhanden ist und ob die Möglichkeit besteht, die Preise wieder anzuheben, sobald die Konkurrenten aus dem Markt verdrängt wurden. Ein besonderes Augenmerk lag jeweils bei der Preisgestaltung während der Tiefpreisstrategie. Dabei wurde in den bisherigen Fällen geprüft, ob die Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen»; die «bisherigen Fällen» gab es genau betrachtet im Plural nicht; lediglich in RPW 2004/4, 1012 ff. Rz 51–54 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG, kam es es zu einem AVC-Test und dies auch nur eher in summarischer Form.

2025 Vgl. WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff. Rz 458 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen, wo ohne Differenzierung zwischen Unterkosten- und Überkosten-Preissetzung ausgeführt wird: «Die missbräuchliche Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen unterscheidet sich aber vom erwünschten Kampf um Marktanteile durch die Verdrängungsabsicht».

2026 Vgl. EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 130 – France Télécom SA/Kommission, bestätigt in EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, Rz 109 – France Télécom SA /Kommission.

2027 Dazu weiterführend im Kontext die Ausführungen von O'DONOGHUE/PADILLA, 302 f.; BELLAMY /CHILD, Rz 10.081, jeweils m.Nw.; hervorzuheben ist hier, dass die Ratio der ersten Regel von *AKZO* für dessen zweite Regel nicht zutrifft; dazu N 487.

2028 Dazu die anschaulichen Ausführungen (mit Beispielen) von BELLAMY/CHILD, Rz 10.083; sodann auch Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 43 – Espace Media Groupe/Berne Zeitung AG/Solothurner Zeitung; M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.119; schliesslich noch WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 50 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG.

2029 Zum Ganzen die ausführliche Übersicht bei BELLAMY/CHILD, Rz 10.084 m.Nw.

2030 Vgl. EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 31 ff. – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark I).

2031 EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 224 – France Télécom SA/Kommission (H.v.d.V.).

2032 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 303 m.Nw.

2033 EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 227 – France Télécom SA/Kommission: «Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte durfte die Kommission somit Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten lagen, als missbräuchlich ansehen. In diesem Fall wird vermutet, dass solche Preise Verdrängungscharakter haben»; vgl. dazu mit weiteren Beispielen BELLAMY/CHILD, Rz 10.084 m.Nw.

2034 EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, Rz 109 – France Télécom SA/Kommission: «So hat der Gerichtshof zum einen ausgeführt, dass Preise, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, *grundsätzlich* als missbräuchlich anzusehen sind, da bei einem Unternehmen in beherrschender Stellung davon auszugehen ist, dass es mit der Anwendung solcher Preise kein anderes wirtschaftliches Ziel als die Ausschaltung seiner Mitbewerber verfolgt» (H.v.d.V.); in dieser Vokabel «grundsätzlich» erblicken manche Autoren die Zustimmung des EuGH, dass der *sacrifice*-Test der ersten *AKZO*-Regel eine widerlegbare Vermutung darstellt; vgl. statt anderer BELLAMY/CHILD, Rz 10.084; ferner auch O'DONOGHUE/PADILLA, 303.

2035 Merke: Dieser Punkt ist an sich weder in der europäischen noch in der schweizerischen Spruchpraxis wirklich geklärt, obwohl entsprechende Andeutungen in bestimmten Entscheiden existieren; dazu die Erläuterungen in N 504.

2036 Vgl. für die Schweiz: WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 50 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG; für Europa: EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 65, 71 – AKZO/Kommission; BELLAMY /CHILD, Rz 10.085; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 245 f.

2037 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 64; zu diesem Punkt FRITZSCHE/MARQUIER, 539 m.Nw.

2038 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 64, Seite C 45/17, FN 1.

2039 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 71 – AKZO Chemie BV/Kommission.

2040 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 26, 64.

2041 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 297.

2042 Zum Ganzen O'DONOGHUE/PADILLA, 297, 304 f.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2043 Vgl. EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 36 – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark I); dazu FRITZSCHE/MARQUIER, 539 m.Nw.

2044 Vgl. EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 31–34 – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark I); zum Ganzen ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 319 ff.

2045 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 126; gewisse Autoren sind in diesem Kontext dem LRAIC-Test gegenüber kritisch eingestellt und meinen, dass der AVC-Test immer dann der geeignetere ist, wenn (wie im Normalfall) die durchschnittlichen Kosten auf der Basis der Dauer des *predatory pricing* zu berechnen sind (vgl. zumal ELHAUGE, Yale L.J. 2003, 708 ff.); zu dieser Debatte ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 328 ff.

2046 *Differenzierung* zur Erinnerung: Nach dem EuGH gibt es, wie in N 482 dargelegt, eine *erste* Variante der Preisunterbietung, die dann als missbräuchlich gilt, wenn der Preis eines Gutes, das vom Marktbeherrscher angeboten wird, *unter* den variablen Durchschnittskosten liegt (AVC; s. N 451); der Nachweis dieser Tatsache ist für die Erfüllung des *sacrifice*-Merkmals genügend. Der EuGH unterscheidet alsdann eine *zweite* Variante des *predatory pricing*, die im vorliegenden Abschnitt abgehandelt wird.

2047 Vgl. zu dieser Frage äusserst ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 334 ff.

2048 Näheres hierzu bei ROTH, Wettbewerber, 264 f.

2049 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574; wiederholt ohne Stellungnahme in WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 50 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG; zum Ganzen ROTH, Wettbewerber, 258 ff. m.Nw.

2050 EuGH, 16.3.2000, Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, ECLI:EU:C:2000:132, Rz 111 ff., 117, 132 – Compagnie Belge Transports SA, Compagnie maritime belge SA und Dafra-Lines A/S/Kommission; vgl. auch FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 234.

2051 Vgl. ELHAUGE, Yale L.J. 2003, 707 ff.; MOTTA, 442, der Preise über den durchschnittlichen Gesamtkosten ausnahmslos für zulässig hält.

2052 Vgl. WHISH/BAILEY, 762 f.

2053 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 342 ff.

2054 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 36 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) (H.v.d.V.).

2055 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 72 – AKZO Chemie BV/Kommission (H.v.d.V.).

2056 Dazu AMSTUTZ, AcP 2018, 499 ff.

2057 Vgl. GIERKE, 284: «[…] die […] germanistische Auffassung, für welche sich die Korporation als ein organisches Gemeinwesen und folgeweise die juristische Person als die Gesamtheit innewohnende Lebenseinheit und die Gesamtheit als der diese Einheit verkörpernde Organismus darstellt».

2058 STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 431; so auch Sekretariat, RPW 2002/3, 431 ff. Rz 6a und b – Radio- und TV-Markt St. Gallen.

2059 Vgl. für das Schweizer Kartellrecht BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff. Rz 457 f. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; Sekretariat, RPW 2002 /3, 431 ff. Rz 6b – Radio- und TV-Markt St. Gallen; AEBERHARD, 72; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.92; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 208; VENTURI /FAVRE, 39; differenzierter M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.123; vgl. für das europäische Recht die Übersicht von O'GRADY, 459 ff.

2060 LANGE, 499; FRITZSCHE/MARQUIER, 536 ff.; MATEUS, 243 ff.

2061 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 76 ff. – AKZO Chemie BV/Kommission; EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 199 ff. – France Télécom SA/Kommission; vgl. auch BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 315; radikaler demgegenüber M. REINERT, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 4.124: «Die subjektiven Absichten des Predators sind irrelevant, da im Rahmen von Art. 7 nicht auf die subjektiven Absichten, sondern auf die tatsächlichen Auswirkungen der Verhaltensweisen auf die soziale Wohlfahrt abzustellen ist»; so auch AEBERHARD, 71, der die Zielgerichtetheit einer Unterbietungsabsicht ausschliesslich auf Grund objektiver und nicht subjektiver Kriterien feststellen will; ferner WINKLER, 186 f.; aus funktionalistischer Perspektive ist das zwar zutreffend; allerdings kann das Abstellen auf subjektive Kriterien Indizienwert haben; in diesem Sinne, aber allzu weit gehend GRONER, recht 2002, 69, der bei der Untersuchung einer oft sehr komplexen Unterbietungsstrategie hilfreich sein kann.

2062 O'DONOGHUE/PADILLA, 309 ff.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2063 O'DONOGHUE/PADILLA, 309 ff.; MOTTA, 449.

2064 Vgl. auch MOTTA, 449.

2065 *A.A. Poultry Farms, Inc.* v. *Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1400 (7th Cir., 1989).

2066 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 113, 115; STIRNIMANN, 108 f., der Art. 7 auf Grund der Beweisschwierigkeiten bei einer wettbewerbsschädlichen Absicht als objektiven Tatbestand interpretiert.

2067 Vgl. auch FLEISCHER, 802.

2068 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 115 ff.; ferner auch JUNG, in: Grabitz/Hilf /Nettesheim, Art. 102 N 224; FAULL/NIKPAY, Rz 4.827 ff.

2069 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 115 ff.

2070 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 108 – AKZO Chemie BV/Kommission.

2071 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 45 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I).

2072 Dazu FRITZSCHE/MARQUIER, 537.

2073 FRITZSCHE/MARQUIER, 537; dazu auch STRADER, 235 f.

2074 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 49 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2075 ZÄCH, in: SIWR V/2, 210; DERS., Schweizerisches Kartellrecht, N 683, der lediglich die gegen einzelne Wettbewerber gerichtete, selektive Preisunterbietung als tatbestandsmässig betrachtet; **gl.M**. DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 431; so wohl auch DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.92; gefördert wird diese Auffassung durch folgende Bemerkung in der Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573: «Diese Bestimmung spricht die klassische Form des Verdrängungswettbewerbs mit leistungsfremden Mitteln an. Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen systematisch und ohne Aussichten auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung einen *ausgewählten schwächeren Konkurrenten* unterbietet, liegt der Schluss nahe, dass es den Konkurrenten vom Markt verdrängen will» (H.v.d.V.); diese Floskel wird in der Praxis des Sekretariats und der WEKO immer wieder zitiert; vgl. zuletzt WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff. Rz 457 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; vgl. zur Kritik dieser Bemerkung in der Botschaft 1994 die Ausführungen in FN 1721 sowie, selbstredend, in der vorliegenden N 491.

2076 EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 72 – AKZO Chemie BV/Kommission; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 188; vgl. PETZOLD, 346 ff.

2077 Gl.A. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.123.

2078 So zutreffend M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.123.

2079 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 212 f.

2080 Z.B. RPW 2006/2, 392 ff., 409 – Wettbewerb und Vergaberecht – Wettbewerbspolitische Analyse des Vergaberechts der Schweiz, insb. des Vergaberechts des Bundes.

2081 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 63.

2082 Der einzige Grund, der vorstellbar wäre, dass ein beherrschendes Unternehmen im Rahmen einer Preisunterbietungsanalyse eine «Zielgerichtetheit» praktiziert, besteht darin, dass die Kampfpreisstrategie ihm billiger zu stehen kommt; vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 72: «Für das marktbeherrschende Unternehmen ist es möglicherweise leichter, Kampfpreise anzuwenden, wenn es mit den niedrigen Preisen selektiv auf bestimmte Abnehmer zugeht, da dies seine eigenen Verluste in Grenzen hält»; es kann indes niemals Zweck eines Merkmales, das zu einem Verbotstatbestand wie demjenigen von lit. d gehört, sein, den inkriminierten Akteur (d.h. das marktbeherrschende Unternehmen) in seinen Interessen zu schützen; schon deshalb sollte das Kriterium der Zielgerichtetheit bei der Anwendung von lit. d abgelehnt werden; vgl. zu den Kontrahenten dieses Kriteriums FN 2073. Es mag durchaus sein, dass eine selektive Preisunterbietung ein Zeichen erhöhter Wahrscheinlichkeit ist, dass der Marktbeherrscher Kampfpreise praktiziert; allerdings wäre es kartellrechtspolitisch falsch, wenn sich die Wettbewerbsbehörden auf solche Strategien konzentrieren und nicht-selektive Kampfpreisstrategien vernachlässigen, die wohlfahrtstheoretisch viel bedrohlicher sind als selektive Preisunterbietungen.

2083 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 315 ff.

2084 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.086.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2085 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 313.

2086 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 458.

2087 Zum Folgenden auch WURMNNEST, Verdrängungsmissbrauch, 406.

2088 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 458.

2089 Bejahend *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 US 209 (1993); BOLTON /BRODLEY/RIORDAN, 2267 ff.; VICKERS, 419; BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; Sekretariat, RPW 2002/3, 431 ff. Rz 6.d – Radio- und TV-Markt St. Gallen; VENTURI/FAVRE, 39; verneinend EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 39 ff. – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II); EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, Rz 110 – France Télécom SA/Kommission; zum Ganzen BEHRENS, Rz 1180; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 313.

2090 Zum Ganzen aus der Perspektive der europäischen Praxis und Rechtsprechung WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 459 f.

2091 Vgl. BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2268 f., 2269 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, 313.

2092 Vgl. MILGROM/ROBERTS, 112; ORDOVER/WILLIG, 9; BORK, Paradox, 144; vgl. ferner die sorgfältige Analyse des *Tetra Pak II*-Urteils des EuGH mit anschliessender gerechtfertigter Kritik bei WURMNNEST, Verdrängungsmissbrauch, 456–459.

2093 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.086.

2094 Vgl. JOSKOW/KLEVORICK, 222 ff.; HEMPHILL, 1586; **a.A.** ROTH, Wettbewerber, 306 f.

2095 HEMPHILL, 587 ff.

2096 Vgl. JONES/SUFRIN, 395 ff.; BEHRENS, Rz 1180.

2097 O'DONOGHUE/PADILLA, 313.

2098 HEMPHILL, 1598 ff.; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 492; O'DONOGHUE/PADILLA, 313 f.

2099 Vgl. HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 492 f.

2100 HEMPHILL, 1589 ff.

2101 O'DONOGHUE/PADILLA, 314; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 122.

2102 Dieses Signal kann ungleich stärker ausfallen, wenn das beherrschende Unternehmen auf die Kompensation seiner Verluste verzichtet, weil Konkurrenten darin ein besonderes Stärkezeichen erblicken können; dazu etwa WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 409 f.; ferner auch BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 24.

2103 Vgl. KOMM, ABl. EG L 72/21, Rz 104 – Tetra Pak II; ferner auch WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 458; ROTH, Wettbewerber, 304.

2104 Vgl. BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2241 ff.

2105 O'DONOGHUE/PADILLA, 314.

2106 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II); EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 227 – France Télécom SA /Kommission; vgl. ferner auch EuG, 6.10.1994, Rs. T-83/91, ECLI:EU:T:1994:246, Rz 150 – Tetra Pak II.

2107 SoM. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.119, 4.123; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 226 f.; VENTURI/FAVRE, 39; MARBACH/DUCREY/WILD, 384 Rz 1685; DALLAFIOR, in: Homburger et al., Art. 7 N 131; TSCHUDIN, Rabatte, Rz 392; ZÄCH, in: SIWR V/2, 209; wohl auch BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 24; skeptisch STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 440; eine komplexe Argumentationslinie legt ROTH, Wettbewerber, 304 ff., vor, der zunächst befindet, dass «[d]ie Möglichkeit zum *recoupment* […] eine massgebliche Voraussetzung für ein erfolgreiches *predatory pricing* [ist]» (*op. cit.*, 304), daraus dann anscheinend ableitet, dass «[v]ordringliche Bedeutung […] der Möglichkeit zum Gewinnopfer-Ausgleich *per se* im Sinne des ‹objektiven› Aspekts des *recoupment* zukommen [sollte]» (*op. cit.*, 305), hernach indes eine Art argumentative Kehrtwende vollzieht, indem er bemerkt, dass «[d]er EuGH […] dem *recoupment*-Kriterium *denn auch richtigerweise keine konstitutive Bedeutung* zu[misst]» (*op. cit.*, 308; H. teilweise v.d.V.), ohne dass restlos klar würde, weshalb diese höchstrichterliche Praxis «richtig» sei; die Trübe in der Argumentation scheint anzuhalten, wenn ROTH zur Darstellung der Schweizer Rechtslage übergeht, wo er zunächst eine gewisse Skepsis darüber anmeldet, dass die Doktrin tatsächlich – wie dies vorliegend gesehen wird – *grossmehrheitlich* für die Auffassung eintritt, die *recoupment*-Erwartung des Marktbeherrschers stelle ein konstitutives Merkmal des Tatbestandes von lit. d dar; er zitiert an dieser Stelle seiner Argumentation eine Passage aus der Kommentierung des Art. 7 von CLERC/KËLLEZI mit der Bemerkung, die wörtlich wiedergegeben wird: «[N]ach *Clerc* und

Këllezi sollte das *recoupment*-Potenzial nicht geprüft werden ‹comme exigeant une preuve (directe) de la récupération effective des pertes, mais comme une condition commandant un examen minutieux des conditions et de la structure du marché pour estimer la probabilité d'une récupération ultérieure›» (*op. cit.*, 310, mit Hinweis auf CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 227); umittelbar auf dieses Zitat hin meint ROTH (wiederum wörtlich): «Letztere Auffassung [sc. CLERCs und KËLLEZIs Auffassung] erscheint insofern vorzugswürdig, als sie sich auch in der Schweiz bei der Beurteilung von *predatory pricing* (lediglich) für eine indikative Plausibilitätskontrolle ausspricht» *(loc. cit.)*; tatsächlich sprechen indes CLERC/KËLLEZI in der zitierten Passage lediglich die Frage an, wie ein *recoupment nachgewiesen* werden *kann*; diese Autorinnen vertreten in der Sache selbst gerade die *gegenteilige* Ansicht als diejenige, die ihnen ROTH unterstellt; so führen CLERC/KËLLEZI in wünschenswerter Deutlichkeit aus: «En droit suisse, le message du Conseil fédéral semble se référer à la conception antitrust américaine selon laquelle il y a sous-enchère en cas de possibilité de récupération des pertes et de réalisation d'un profit ultérieur plus grand (Mess-LCart, p. 568). *La doctrine s'exprime en faveur de la nécessité de récupérer les pertes pour conclure à une sous-enchère* (VENTURI/FAVRE, Concurrence, p. 39; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 386 avec références). […] *Une telle approche doit être approuvée*. En effet, la récupération des pertes permet de distinguer entre prix et pratiques concurrentielles et la sous- ou surenchère» (CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 224 f.; H.v.d.V.); das Schlussfazit von ROTH lautet: «Verfolgt man mit dem *recoupment*-Kriterium indessen nach richtiger Ansicht den indikativen Nachweis eines potenziellen Ausgleichs von Gewinnopfern, ist das Vorliegen von eigentlichen Verlusten gänzlich unerheblich» (*op. cit.*, 312); dieser Schluss stellt gewisse interpretatorische Herausforderungen, auf die hier allerdings aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann.

2108 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 573 f.: «Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen systematisch und ohne Aussichten auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung einen ausgewählten schwächeren Konkurrenten unterbietet, liegt der Schluss nahe, dass es den Konkurrenten vom Markt verdrängen will. Sobald das schwächere Unternehmen den Markt verlassen hat, kann das marktmächtige Unternehmen seine Preise über das ursprüngliche Preisniveau anheben und *damit die eingetretenen Verluste wieder wettmachen*» (H.v.d.V.).

2109 WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 54 – Cornèr Banca SA/Telekurs AG; das Kompensationsmerkmal wurde als *tatbestandskonstitutiv* i.S.v. lit. d in folgenden Entscheiden qualifiziert: BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; Sekretariat, RPW 2002/3, 431 Rz 6.d – Radio- und TV-Markt St. Gallen; Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 13 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2110 WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff. Rz 458 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninfo*rmationen* (H.v.d.V.).

2111 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2112 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 16, 43, 50 ff. – Espace Media Groupe/Berne Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2113 EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, Rz 110 – France Télécom SA/Kommission; EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 40 ff. – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II); **a.A.** GA Mazàk, Schlussanträge, EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, Rz 68–70, 73–74, 76, 78, ECLI:EU:C:2009:214 – France Télécom SA/Kommission: «[D]as Gericht […kommt] zu dem Ergebnis, dass die Kommission zu Recht der Ansicht gewesen sei, dass der Nachweis eines Verlustausgleichs keine Vorbedingung für die Feststellung sei, dass Verdrängungspreise praktiziert worden seien. […] Meines Erachtens legen das Gericht und übrigens auch die Kommission die Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht korrekt aus. Ich bin der Auffassung, dass nach dieser Rechtsprechung ein möglicher Verlustausgleich nachgewiesen werden muss. […] Meines Erachtens wollte der Gerichtshof […] eine allgemeine Aussage vermeiden, der zufolge in zukünftigen Rechtssachen zu Verdrängungspreisen der Nachweis eines möglichen Verlustausgleichs überflüssig wäre. […] Meines Erachtens ergibt sich auch aus den Urteilen AKZO und Hoffmann-La Roche, dass der Nachweis eines möglichen Verlustausgleichs Voraussetzung für die Feststellung ist, dass Verdrängungspreise im Sinne von Art. 82 EG [heute: Art. 102 AEUV] praktiziert worden sind. […] In einem solchen Fall, in dem kein Verlustausgleich möglich ist, dürfte grundsätzlich davon auszugehen sein, dass die Verbraucher und ihre Interessen nicht geschädigt werden. […M]ich [überzeugt] die Argumentation der Kommission [nicht], dass in Europa […] ein Verlustausgleich durch das Bestehen einer beherrschenden Stellung impliziert sei […], und zwar […] deshalb [nicht], weil […] der Nachweis eines möglichen Verlustausgleichs naturgemäß vorausschauend von einem Standpunkt ex ante, d.h. durch eine Beurteilung der zukünftigen Marktstruktur, erfolgen muss. […] Allein schon aus den vorstehenden Gründen ist das angefochtene Urteil meines Erachtens aufzuheben»; dem folgt auch MOTTA, 443, 449 f., der die Möglichkeit der Rückgewinnung von Verlusten *ex ante* und nicht *ex post* geprüft wissen will, weil der Preisunterbieter nicht davon profitieren soll, dass es ihm tatsächlich nicht gelungen ist, seine Verluste zurückzugewinnen.

2114 Vgl. in diesem Zusammenhang EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 100 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB (worin *nota bene* das *margin squeeze* den Hauptgegenstand bildete): «Was schließlich den Fall betrifft, dass das beherrschende Unternehmen auf dem Endkundenmarkt trotzdem so niedrige Preise verlangt, dass es beim Verkauf Verluste macht – abgesehen davon, dass ein derartiges Verhalten einen eigenen Missbrauchstatbestand erfüllen kann, der in der Anwendung von Preisen mit Verdrängungswirkung besteht –, so hat der Gerichtshof jedenfalls bereits ausgeschlossen, dass der Nachweis eines möglichen Ausgleichs der Verluste, die ein Unternehmen in beherrschender Stellung durch die Anwendung von Preisen unter einem bestimmten Kostenniveau erleidet, eine notwendige Voraussetzung für die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer solchen Preispolitik ist (vgl. in diesem Sinne Urteil France Télécom/Kommission, Randnr. 110)».

2115 Vgl. FN 2111.

2116 Dazu die Ausführungen von GORMSEN, 122.

2117 EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, Rz 111 – France Télécom SA/Kommission; zum Ganzen auch WHISH/BAILEY, 761 f.

2118 Dazu WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 459 m.Nw.

2119 Dazu ausführlich WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 459 ff.

2120 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 122; die Begründung ist insofern von Interesse, als vor 2005 in der europäischen Praxis und Rechtsprechung unklar war, welche exakten Gründe als relevant für die Ablehnung eines tatbestandskonstitutiven *recoupment*-Tests angeschaut wurden (vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 458); diese Begründung lautet in der Hauptsache: «The issue of recoupment concerns the question whether the negative effect on (the growth of) competition in the market makes the sacrifice of the temporarily incurred losses a good ‹investment› from the dominant company's perspective. Is it reasonable to assume that the predation and its exclusionary effect will allow the dominant company to have higher prices in the future than it otherwise would have had and can it thus recoup its losses? This does not require that the dominant company will be able to increase its prices above the level persisting in the market before the predation. For recoupment it is sufficient that the predation avoids or delays a decline in prices that would otherwise occur as a result of the increased competition that would have come from the companies that are now eliminated, disciplined or whose entry is prevented. It may often be impossible to exactly quantify the likely price and profit effects. It will in general be sufficient to show the likelihood of recoupment by investigating the entry barriers to the market, the (strengthened) position of the company and foreseeable changes to the future structure of the market. As dominance is already established this normally means that entry barriers are sufficiently high to presume the possibility to recoup. The Commission does therefore not consider it is necessary to provide further separate proof of recoupment in order to find an abuse […]»; vor allem gründet die erwähnte Ablehnung ersichtlich auf dem Argument, dass eine Kompensation für den Marktbeherrscher unproblematisch ist, solange er über qualifizierte Marktmacht verfügt; die Überlegung ist, dass ihm in diesem Fall eine Kompensation durch Preisanhebung stets möglich sei; vgl. zur Frage, warum diese Erklärung nicht überzeugt, die Ausführungen in N 502.

2121 WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 459 f.

2122 Vgl. im Einzelnen EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 64–66.

2123 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 68.

2124 Vgl. ausführlich EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 68.

2125 Vgl. die krit. Diskussion dieses Arguments bei HEMPHILL/WEISER, 2056; dazu ferner auch FN 465.

2126 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 316 m.Nw.

2127 Vgl. allerdings EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 69: «Nach Auffassung der Kommission muss nicht nachgewiesen werden, dass tatsächlich Wettbewerber aus dem Markt ausgeschieden sind, um eine wettbewerbswidrige Marktverschließung festzustellen. Es ist nicht auszuschließen, dass das marktbeherrschende Unternehmen eher darauf abzielt, einen harten Wettbewerb mit dem Kontrahenten zu verhindern, und erreichen will, dass dieser seiner Preispolitik folgt, anstatt ihn vollständig vom Markt zu verdrängen».

2128 Dazu EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 71.

2129 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 68 f., 71.

2130 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 70 f.

2131 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 74.

2132 *A.A. Poultry Farms, Inc.* v. *Rose Acre Farms, Inc.*, 881 F.2d 1396, 1401 (7th Cir. 1989).

2133 Vgl. WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 461.

2134 Vgl. zutreffend STRADER, 208: «For predatory pricing, the timing of intervention separates whether competition authorities rely on decision-making factors designed to predict competitive effects or instead search for concrete evidence of recoupment».

2135 Vgl. *mutatis mutandis* STRADER, 218 ff., namentlich 222.

2136 Zu dieser Thematik auch WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 512 f.

2137 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 50–56 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung; auf jeden Fall – unabhängig von der Frage, ob die Praxis zu lit. d von der europäischen beeinflusst wurde – zeigt diese Vorabklärung anschaulich auf, was mit dem im Lauftext verwendeten Ausdruck «Defiziten» der europäischen Kampfpreis-Effektenanalyse konkret gemeint ist.

2138 Dies freilich, wenn man vom Satz in Rz 56 des Entscheids absieht: «Dies [sc. dass Signalwirkungen *in casu* feststellbar wären] ist im vorliegenden Fall jedoch nicht ersichtlich» (Sekretariat, RPW 2003 /1, 62 ff. Rz 56 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung); dieser Bemerkung fehlen mit einiger Wahrscheinlichkeit sachliche Gründe; denn nirgends im Entscheid wird in welcher Form auch immer auf die Durchführung von einschlägigen Analysen hingewiesen.

2139 Vgl. zu diesem Zusammenhang (mit Bezugnahme auf die US-amerikanische Rechtsprechung) HEMPHILL/WEISER, 2052 f.; ferner die Diskussion über die Pros und Cons für/gegen den Bestand eines solchen Zusammenhanges bei MARTY, 17 f., insbesondere FN 14.

2140 Dazu statt anderer GORMSEN, 121 f. m.Nw.

2141 Vgl. FN 2111.

2142 Vgl. zum Folgenden STRADER, 217 ff.

2143 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 63.

2144 STRADER, 205 (H.v.d.V.).

2145 Es ist zu bemerken, dass das von der Kommission in besagter Rz 63 vorgeschlagene Surrogat diesen Nachweis durchaus erbringen könnte; allein, die Effektenanalyse muss anderswie bewerkstelligt werden; dazu die Ausführungen in N 506.

2146 Im Hinblick auf die Bedeutung des analytischen Vorgehens, das in Rz 63 der Prioritätenmitteilung vorgetragen wird: vgl. FN 2111.

2147 Vgl. BEHRENS, Rz 1171 ff.: «Entscheidend sind […] die marktstrategischen Erwägungen des marktbeherrschenden Unternehmens, die seiner Preisunterbietung zugrundeliegen. Es kommt daher letztlich auf die Verdrängungsabsicht an, die das marktbeherrschende Unternehmen mit seiner Niedrigpreisstrategie verfolgt. Die Feststellung einer missbräuchlichen Verdrängungsstrategie setzt aber stets voraus, dass die fraglichen Niedrigpreise objektiv überhaupt zur wettbewerbswidrigen Verdrängung von Konkurrenten geeignet sind – einen ‹Putativmissbrauch› kann es nicht geben. Um sie jedoch als missbräuchlich bewerten zu können, muss ausgeschlossen werden können, dass das marktbeherrschende Unternehmen mit solchen Preise betriebswirtschaftlich legitime Ziele verfolgt […]» (*op. cit.*, N 1171).

2148 Zum Ganzen STRADER, 212 m.Nw.

2149 Vgl. KOMM, ABl. 2001 L 125/27, Rz 37 – Deutsche Post AG.

2150 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 44 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I).

2151 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 125 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 26 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

2152 Vgl. etwa Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 208.

2153 Zum Ganzen EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 130 ff.

2154 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 208.

2155 Vgl. AMSTUTZ, Marktbeherrschung, 15.

2156 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 19 m.Nw. – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2157 BOLTON/BRODLEY/RIORDAN, 2275.

2158 Vgl. EuGH, 3.7.1991, Rs. C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, Rz 137 – AKZO/Kommission; dazu FUCHS /MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 234.

2159 Z.B. KOMM, ABl. 1992 L 72/1, Rz 148 – Tetra Pak II.

2160 EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 183–187 – France Télécom SA/Kommission, bestätigt durch EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214 – France Télécom SA /Kommission.

2161 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 83; ferner auch AREEDA/TURNER, 713; MOTTA, 451.

2162 O'DONOGHUE/PADILLA, 348 ff.

2163 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 132.

2164 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 351 f.; HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen /Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 102 N 225; Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 25, 31 – Espace Media Groupe/Berne Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2165 AEBERHARD, 45.

2166 O'DONOGHUE/PADILLA, 351 f.

2167 KOMM, ABl. 2003 C 289/34, Rz 300 ff. – Wanadoo Interactive, bestätigt durch EuGH, 2.4.2009, Rs. C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214 – France Télécom SA/Kommission; vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.088.

2168 BELLAMY/CHILD, Rz 10.088.

2169 Vgl. dazu etwa HEMPHILL, 1596 ff.

2170 Vgl. SUTTON, 2354.

2171 Vgl. dazu FARRELL/KLEMPERER, 2007 ff.; SUTTON, 2354.

2172 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 21 ff. – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2173 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 17 – Espace Media Groupe/Berne Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2174 Sekretariat, RPW 2003/1, 62 ff. Rz 19 – Espace Media Groupe/Berner Zeitung AG/Solothurner Zeitung.

2175 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 133.

2176 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 131.

2177 Vgl. GREENAWAY, 69 ff.

2178 EuG, 30.1.2007, Rs. T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, Rz 217 – France Télécom SA/Kommission.

2179 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 208; AEBERHARD, 45; LANGE, 507.

2180 Vgl. zu diesem Fragenkomplex O'DONOGHUE/PADILLA, 361 m.Nw.

2181 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 22; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 208; LANGE, 507.

2182 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 131.

2183 O'DONOGHUE/PADILLA, 362 f.

2184 KOMM, ABl. 1992 L 72/1, Rz 148 – Tetra Pak II.

2185 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; vgl. auch BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 389 ff., 401 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 500 ff. – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2010/1, 116 ff. Rz 203 ff. – Preispolitik Swisscom ADSL; WEKO, RPW 2005/1, 54 ff. Rz 271 – Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Artikel 29 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 (FDV; SR 784.101.1), aufgehoben durch REKO/WEF, RPW 2006/4, 698 ff. – Swisscom Directories AG/WEKO; Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff Rz 58 – Produktebündel «Talk & Surf»; O'DONOGHUE/PADILLA, 366 («Margin squeeze describes a situation in which a vertically integrated firm with a dominant position in an upstream market prevents its (non-vertically-integrated) downstream rivals from achieving an economically viable price-cost margin»); BULST, in: Langen/Bunte,, Art. 102 N 295, 305; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 373 («[…] eine Strategie, mit der ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen die möglichen Gewinnmargen seiner Wettbewerber im nachgelagerten Markt so beschneidet oder ganz beseitigt, dass diese nicht mehr

konkurrenzfähig sind, sondern letzten Endes aus dem Markt ausscheiden müssen und dadurch der Wettbewerb insgesamt im nachgelagerten Markt beeinträchtigt wird»); MEISEL, 384 f.; REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.135; ROTH, Wettbewerber, 386; WHISH/BAILEY, 771 f.

2186 EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 690; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 374; vgl. ferner O'DONOGHUE/PADILLA, 366; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 199 f.

2187 O'DONOGHUE/PADILLA, 366; JULLIEN/REY/SAAVEDRA, 11. Vgl. auch WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 504 – Swisscom WAN-Anbindung.

2188 Dazu JONES, 243.

2189 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217: «Mit der Liberalisierung ehemals monopolisierter Staatsbetriebe ist die vertikale Integration dieser Unternehmen vermehrt in den Fokus gelangt (drei Viertel aller Kosten-Preis-Fälle in der EU betreffen den Bereich der Telekommunikation […]).»; ferner GOHARI, World Competition 2012, 206 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, 364 f., mit einer kurzen Übersicht über die gegenwärtigen Lage in der Union.

2190 Dazu AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, 167 f.

2191 Vgl. eingehend AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, 164 ff.; GOHARI, World Competition 2012, 222.

2192 Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438 (2009); die Fakten des Urteils sind prägnant zusammengefasst bei C. EVANS, 293–295.

2193 Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438 ff. (2009); C. EVANS, 312; GERADIN/O' DONOGHUE, 416 f.; CRANE, Cato Sup. Ct. Rev. 2009, 115; VAHEESAN, 131.

2194 Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438, 450 (2009);C. EVANS, 312; GERADIN/O' DONOGHUE, 364 ff.; CRANE, Cato Sup. Ct. Rev. 2009, 116 ff.; NGUYEN, 335.

2195 In den eigenen Worten des U.S. Supreme Court: «If both the wholesale price and the retail price are indepedently lawful, there is no basis for imposing antitrust liability simply because a vertically integrated firm's wholesale price happens to be greater than or equal to its retail price» (Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438, 453 [2009]).

2196 Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438, 453 (2009) (H.v.d.V.).

2197 Town of Concord, Massachusetts, et al. v. Boston Edison Co., 915 F. 2d 17, (CA1 1990).

2198 Town of Concord, Massachusetts, et al. v. Boston Edison Co., 915 F. 2d 17, 25 (CA1 1990); vgl. für weitere Fälle in der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung, die für die *margin squeeze doctrine* relevant sind, GOHARI, World Competition 2012, 221.

2199 Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438, 453 (2009).

2200 Das ist just, was der *Supreme Court* meint, wenn er ausführt: «Plaintiffs' price-squeeze claim, looking to the relation between retail and wholesale prices, is thus nothing more than an amalgamation of a meritless claim at the retail level and a meritless claim at the wholesale level» (Pac. Bell Tel. Co. v. Linkline Commc'ns, Inc., 555 U.S. 438, 453 [2009]).

2201 Das Bundesgericht will die Frage auf äusserst einfache Art beantwortet wissen: «Das wettbewerbsrelevante Verhalten ist die Kosten-Preis-Schere selbst oder mit anderen Worten die unzureichende Preisspanne derjenigen, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf der Endkundenebene in Wettbewerb stehen ([…]; EuGH TeliaSonera, Rn 31, 34). Eine Kosten-Preis-Schere stellt deshalb auch dann ein missbräuchliches Verhalten i.S.v. Art. 7 KG dar, wenn weder die Grosshandels- noch die Endkundenpreise des marktbeherrschenden Unternehmens für sich genommen missbräuchlich sind (vgl. EuGH TeliaSonera, Rn 34, 98; EuGH Deutsche Telekom, Rn 183; EuG Telefonica, Rn. 187; […]). Insofern geht die diesbezügliche Argumentation der Beschwerdeführerinnen an der Sache vorbei» (BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217); in diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Urteilsstellen aus der europäischen Rechtssprechung, auf welche die Höchstinstanz verweist, letztlich – resümiert man sie – besagen, dass der *competitive harm* der Kosten-Preis-Schere darin besteht, dass diese Praktik «ebenso effiziente Wettbewerber» (AEC; s. N 476 f.) vom nachgelagerten Markt verdrängt; dazu ist zu bemerken, dass dieser Umstand allein nicht wettbewerbsschädigend ist; solange ein AEC in einem Wettbewerb *«on the merits»* verdrängt wird, ist dagegen weder industrieökonomisch noch kartellrechtlich etwas einzuwenden; die Frage, welche die *margin squeeze doctrine* unbeantwortet lässt, ist nun gerade die: Weshalb stellt Margenbeschneidung durch das beherrschende Unternehmen *nicht* Wettbewerb *«on the merits»* dar?

2202 Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, *LLP*, 540 U.S. 398, 408 (2004).

2203 Dazu auch JONES, 253: «The view could be taken that competition law should play a limited role where a sophisticated regulatory regime exists. Not only may regulators' functions and powers be more extensive than those of a competition agency (with broader powers to develop competition on a market by, for example mandating access to facilities, interconnection between networks and by imposing stringent obligations on firms with market power), but they may be empowered to control the profitability of a dominant firm and access pricing, to adopt other measures designed to promote competition in the market and to consider broadly not only the welfare of consumers and the competitive process but other objectives, such as social goals. Being closer to the market, regulators may have a better understanding of the wider issues affecting the market, the market's complexities and the players in it».

2204 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; O'DONOGHUE/PADILLA, 366; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 199 f. Relevant ist der tatsächlich in Rechnung gestellte Preis, wobei insbesondere Rabatte, die das vertikal integrierte Unternehmen nur sich selbst (nicht aber *downstream*-Wettbewerbern) gewährt, nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 295 m.w.H.

2205 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; O'DONOGHUE/PADILLA, 366; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 199 f.

2206 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2207 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; vgl. auch EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 692.

2208 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 377.

2209 Vgl. FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 377.

2210 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 377.

2211 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; dazu MEISEL, 393; O'DONOGHUE/PADILLA, 367; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 690.

2212 Auch müssen auf dem vorgelagerten Markt wohl in der Regel Eintrittsschranken von einigem Gewicht bestehen, weil andernfalls die Gefahr bestünde, dass die Vorleistungprodukte oder -dienstleistungen ebenfalls durch andere, allenfalls neu markteintretende Unternehmen angeboten würden; dadurch könnte die Markt- und damit die Preisgestaltungsmacht des vormals einzigen vertikal integrierten Unternehmens schwinden; dazu statt anderer O'DONOGHUE /PADILLA, 367.

2213 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217: «Wegen der engen vertikalen Verbundenheit der beiden Märkte genügt es […], wenn das vertikal integrierte Unternehmen *nur auf dem vorgelagerten Markt* marktbeherrschend ist […]. Eine marktbeherrschende Stellung des vertikal integrierten Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt ist zwar nicht notwendig […]. Trotzdem wird das vertikal integrierte Unternehmen über eine gewisse dominante Stellung auf dem nachgelagerten Markt verfügen müssen, ansonsten es auf diesem keinen bestimmenden Einfluss auf die Preise der Endprodukte nehmen kann […]».

2214 MEISEL, 393; O'DONOGHUE/PADILLA, 367.

2215 FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 379; O' DONOGHUE/PADILLA, 367.

2216 O'DONOGHUE/PADILLA, 367 f.

2217 O'DONOGHUE/PADILLA, 367 f.

2218 Dazu etwa MEISEL, 393; O'DONOGHUE/PADILLA, 367 f.; im Grunde verhält es sich ähnlich oder sogar gleich wie in den Hypothesen, die von der Theorie der unvollkommenen Kapitalmärkte in Konstellationen von gewissen Kampfpreisstrategien aufgestellt worden sind; vgl. dazu die Darstellung dieser Theorie in N 446.

2219 Vgl. EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 198 – Deutsche Telekom AG /Kommission; EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 34 f. – Konkurrensverket /TeliaSonera Sverige AB; aus der Doktrin BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 305; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 697; GOHARI, World Competition 2012, 223; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 201 f.; O' DONOGHUE/PADILLA, 376.

2220 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217: «Ob eine unzureichende Gewinnspanne der Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens vorliegt, ist nach Rechtsprechung und Literatur mit einem Kosten-Preis-Vergleich beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst zu eruieren»; vgl. ferner auch BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 447 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; WEKO, RPW 2010/1, 116 ff. Rz 223 ff. – Preispolitik Swisscom ADSL, wo die Kosten eines nur *reasonably efficient competitor* («REC») untersucht wurden.

2221 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 196 ff. – Deutsche Telekom AG/Kommission; genau besehen handelt es sich deshalb bei diesem Test nicht um einen reinen AEC-Test (s. FN 1984, 1990, 1991 und 1999); der EuGH spricht von einer «modifizierten» Form dieses Tests (EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 191 – Deutsche Telekom AG/Kommission); das Bundesgericht ist im Fall *Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II* dieser Testkonstruktion gefolgt (vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.6–5.7 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217).

2222 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 43 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB: «Falls es dem Unternehmen nicht möglich gewesen wäre, seine Endkundendienste anzubieten, ohne dabei Verluste hinnehmen zu müssen, würde dies bedeuten, dass Wettbewerber, die durch die genannte Preispolitik vom Markt hätten verdrängt werden können, nicht weniger effizient waren als das beherrschende Unternehmen und damit die Gefahr ihrer Verdrängung auf eine Wettbewerbsverzerrung zurückzuführen war»; vgl. in diesem Zusammenhang indes die Ausführungen in N 527.

2223 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 201 f. – Deutsche Telekom AG/Kommission; die Wahl des im Lauftext geschilderten Kosten-Preis-Vergleichs ist ferner dadurch gerechtfertigt, dass der Konsumentenwohlfahrt (vgl. N 118 und 555) grundsätzlich nicht gedient wäre, wenn das Wettbewerbsrecht weniger effizienten Wettbewerbern als dem marktbeherrschenden Unternehmen zum Markteintritt verhelfen würde (MEISEL, 395; O'DONOGHUE/PADILLA, 377; vgl. auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 23); sodann wird es dem marktbeherrschenden Unternehmen mittels der Wahl dieser Messwerte ermöglicht, die Rechtmässigkeit seines Verhaltens eigenständig zu eruieren, indem es mit den eigenen Kosten kalkulieren kann (vgl. EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 697; GOHARI, World Competition 2012, 223; O'DONOGHUE/PADILLA, 377 f.).

2224 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 43 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB; kritisiert werden könnte am soeben skizzierten Kosten-Preis-Vergleich im Rahmen der Kosten-Preis-Schere, dass *downstream*-Wettbewerber oftmals nicht über die gleichen Skalen- und Verbundvorteile verfügen wie vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen (GERADIN/O'DONOGHUE, 393 f.; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ-LABRADOR, 260); umgekehrt könnte dieser Test aber auch zu *false positive*-Entscheiden führen, soweit die *downstream*-Wettbewerber rentabler agieren als das vertikal integrierte marktbeherrschende Unternehmen (und damit gar mit höheren Vorleistungspreisen profitabel sein könnten als Letzteres); vgl. GERADIN/O'DONOGHUE, 393 f.; die Wichtigkeit der Voraussehbarkeit und Überprüfbarkeit etwaiger Kosten-Preis-Schere-Einwände für das marktbeherrschende Unternehmen lässt die Waage aber trotz dieser berechtigten Kritikpunkte zugunsten des geschilderten Kosten-Preis-Vergleichs ausschlagen.

2225 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2226 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 45 f. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2227 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 45 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB (der EuGH erwähnt als weitere mögliche Ausnahmegründe, dass die Vorleistung des vertikal integrierten Unternehmens allein im *Zurverfügungstellen einer bereits amortisierten Infrastruktur* besteht oder dass *besondere Wettbewerbsbedingungen des Marktes* [z.B. marktbeherrschungsbedingte Kostenvorteile] es erfordern); entgegen der Ansicht von EILMANSBERGER/BIEN (in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 697) handelt es sich dabei nicht um *den reasonably efficient competitor*-Test) (zumal nicht an die Kosten eines hypothetischen hinreichend effizienten Wettbewerbers angeknüpft wird, sondern an diejenigen eines konkreten, gleichsam zufälligen Nachfragers; nach dem *reasonably efficient competitor*-Test wäre die Missbräuchlichkeit bereits zu bejahen, wenn ein hypothetischer hinreichend effizienter *downstream*-Wettbewerber (d.h. ein weniger effizienter Wettbewerber als das marktbeherrschende Unternehmen) auf dem nachgelagerten Markt nicht rentabel wirtschaften könnte; vgl. WEKO, RPW 2010/1, 116 ff. Rz 223 ff. – Preispolitik Swisscom ADSL; ferner MEISEL, 395 f.; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 202 f.; ROTH, Wettbewerber, 206 ff.; deshalb ist zu fordern, dass die Wettbewerbsbehörden bei Verwendung dieses Tests – sowie generell eines jeden Tests, der auf die Kosten von weniger als ebenso effizienten Wettbewerbern abstellt – aufzeigen, dass dies der Konsumentenwohlfahrt (s. N 114 ff.) zuträglich ist; vgl. GOHARI, World Competition 2012, 224.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2228 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 26.

2229 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.6 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2230 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 26.

2231 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 80; weil beim LRAIC-Test neben variablen auch fixe Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens berücksichtigt werden und damit ein Missbrauch auch denkbar ist, wenn zwar die variablen Kosten gedeckt sind, nicht aber die Fixkosten, ist dieser Test für den downstream-Wettbewerber grundsätzlich vorteilhafter als der AAC-Test; dazu KOMM, COMP/38.784 – Wanadoo España/Telefónica, Rz 318. ferner auch BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 295; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 201 f.

2232 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 27.

2233 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; vgl. NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 202; ROTH, Wettbewerber, 313 ff.

2234 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2235 O'DONOGHUE/PADILLA, 383; ROTH, Wettbewerber, 313.

2236 O'DONOGHUE/PADILLA, 383.

2237 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 202; O'DONOGHUE/PADILLA, 384; ROTH, Wettbewerber, 317 ff.

2238 O'DONOGHUE/PADILLA, 384.

2239 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2240 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 («Die Vorinstanz hat sich für ihren Entscheid auf die historischen Kosten der Beschwerdeführerinnen, die sich aus deren Buchhaltung ergeben […], gestützt – zu Recht. *Nur damit gelingt es zu beurteilen, ob ein ebenso effizienter Wettbewerber in den einzelnen buchhalterisch ausgewiesenen Perioden kostendeckend mit den Preisen des marktbeherrschenden Unternehmens konkurrieren könnte*. Da bei der Ertragswertmethode die Verrechnung anfänglicher Verluste mit künftigen Gewinnen zulässig ist, sind marktbeherrschende Unternehmen gegenüber ihren Konkurrenten auf dem Endproduktemarkt vielfach im Vorteil»; H.v.d.V.).

2241 Wir setzen diesen Gedanken in Klammern, weil uns letztlich erscheinen will, dass nicht so klar ist, ob man zwischen «Kundenbasis» und «Reputation» vor dem Hintergrund von Akquisitionsprozessen eine deutliche Trennungslinie ziehen kann; s. N 399, 435, 514 und 702; demgegenüber aber auch N 427, 447, 490 und FN 1953.

2242 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 202; O'DONOGHUE/PADILLA, 385.

2243 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2244 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217. Es ging mithin um die Frage, «ob im Rahmen der Ermittlung der Ertragslage des Einzelhandelsgeschäfts die Kosten, die in Zusammenhang mit der Anwerbung von Neukunden anfallen (nachfolgend: Akquisitionskosten), auf einen längeren Zeitraum aufgeteilt und jährlich abgeschrieben werden können» (BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 493 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009).

2245 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217. Krit. bereits betr. den Entscheid des BVGer ROTH, Wettbewerber, 315 ff.

2246 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2247 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2248 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 512, 534 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2249 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 497– Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2250 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2251 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 51 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2252 KOMM, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom *AG*, Rz 140 ff.; KOMM, COMP/38.784, Rz 327 ff – Wanadoo España/Telefónica,.

2253 KOMM, COMP/38.784, Rz 327 ff. – Wanadoo España/Telefónica.

2254 Vgl. EuG, Rs. T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, Rz 213 – Telefónica SA und Telefónica de España SAU /Kommission, Rz 213, wo verwiesen wird auf KOMM, COMP/38.784, Rz 331 ff. – Wanadoo España /Telefónica.

2255 Vgl. EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 698; O'DONOGHUE/PADILLA, 388, 407; GOHARI, World Competition 2012, 227. Vgl. beispielsweise BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 548 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2256 NATIONAL ECONOMIC RESEARCH ASSOCIATES, 26; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 202; POLO, 455 ff.

2257 BAUMOL/SIDAK, 70 f.

2258 KOMM, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rz 111 – Deutsche Telekom AG («Um die Vergleichbarkeit der Vorleistungs- und der Endkundendienste herzustellen, wird […] ein gewichteter Ansatz für die Preise und Kosten verwendet. Bei dieser Methode werden sämtliche Formen des Endkunden-Teilnehmerzugangs (analog, ISDN, ADSL) berücksichtigt, und zwar zusammengefasst auf der Grundlage der Anzahl der jeweiligen Varianten von Leitungen, die der etablierte Betreiber an seine eigenen Endkunden vermarktet hat […]. Vergleichbare Vorleistungs- und Endkundendienste sind somit der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss und der Endkundenzugang in allen Varianten, d.h. analog, ISDN und ADSL.»). Vgl. dazu EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 698.

2259 Vgl. hierzu O'DONOGHUE/PADILLA, 408 f. sowie EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 45 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2260 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 553 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2261 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 554 f. – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2262 BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 555 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2263 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 230 ff. – Deutsche Telekom AG /Kommission; EuG, Rs. T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, Rz 203 f. – Telefónica SA und Telefónica de España SAU/Kommission. Vgl. bereits KOMM, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rz 117 ff. – Deutsche Telekom AG.

2264 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; vgl. (wegbereitend) BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 402 ff. – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2265 Diese Tatsache ist selbstredend keineswegs dahingehend zu begreifen, dass die Kosten-Preis-Schere von diesem Gesetzesartikel nicht erfasst wäre; dazu die Ausführungen in N 537.

2266 Diese zwei Optionen widerspiegeln im Übrigen auch die Auffassung des Bundesgerichts: «Zudem ist unbestritten, dass Handlungen, welche eine Kosten-Preis-Schere darstellen können, neben der Margenbeschneidung der Kosten-Preis-Schere auch die in Art. 7 Abs. 2 KG speziell hervorgehobenen Tatbestände erfüllen können (für die EU vgl. z.B. FUCHS, a.a.O., N. 382 zu Art. 102 AEUV). Angesichts dessen ist zu prüfen, ob die Kosten-Preis-Schere auch unter einen Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG fällt» (BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217); dementsprechend ist davon auszugehen, dass sich die Oberstinstanz nicht völlig auf ihre Lösung versteift, sondern (wie die vorliegend eingenommene Haltung) durchaus bereits ist, auch Alternativkonstruktionen in Erwägung zu ziehen.

2267 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2268 Vgl. hierzu BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2269 Vgl. GOHARI, Verweigerung, 147 ff.; gl.A. JONES, 246; wie in N 203 erläutert besteht ein konstruktives Verweigerungsverhalten in casu darin, dass ein vertikal integriertes marktbeherrschendes Unternehmen dem downstream-Wettbewerber einen so hohen Vorleistungspreis in Rechnung stellt, dass ein ebenso effizienter Nachfrager keine ausreichende

Marge zu erzielen vermag, um auf dem nachgelagerten Markt wirtschaftlich zu bestehen; krit. zu dieser Zuordnung EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 695, wonach «[…] allein entscheidend [sei], ob die vom Marktbeherrscher verlangten Preise für das Endprodukt kostendeckend sind»; diese Autoren präzisieren jedoch, dass «Kosten-Preis-Scheren-Fälle […] praktisch nur [auftreten], wenn die Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt keine Ausweichmöglichkeiten haben», so dass eine behördliche oder richterliche Verfügung einer Lieferpflicht keineswegs ausgeschlossen ist.

2270 Dazu BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2271 Vgl. zu dieser These CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 137; kritisch AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, 160 ff. (ab Ziff. [1]); zum Ganzen auch die Ausführungen in N 281; vertreten wird dieser Ansatz in WEKO, RPW 2010/1, 116 ff. Rz 214 ff. – Preispolitik Swisscom ADSL; die Überzeugungskraft dieses Vorschlags leidet am Umstand, dass letztlich nahezu jede Missbrauchsvariante ein diskriminatorisches Element in sich trägt (s. N 268); auch muss vorliegend die Frage aufgeworfen werden, ob das Ungleichbehandlungskonzept von lit. b in der Weise angedacht worden ist, dass es verlangt, die *downstream operation* des Marktbeherrschers kartellrechtspolitisch als eine Tätigkeit zu betrachten, die von Letzterem *vollständig getrennt* wird; nur dann bildeten nämlich die Aktivitäten des beherrschenden Unternehmens auf dem nachgelagerten Markt eine Art «Entität», die im Verhältnis zu den Rivalen auf diesem Markt Objekt einer diskriminierenden Bevorzugung darstellen könnte; dies verlangte aus juristischer Sicht die *Fiktion* einer derartigen Entzweiung; bedenkt man indes, dass eines der Merkmale des Kosten-Preis-Schere-Tatbestands die *vertikale Integration* des beherrschenden Unternehmens ist (s. N 544), fragt sich, ob nicht beachtet werden müsste, dass zwischen beherrschendem Unternehmen und seiner *downstream operation* eine enge betriebswirtschaftliche Beziehung besteht; ohne zu dieser Frage hier Stellung nehmen zu wollen, scheint es vor dem Hintergrund der Problematik eines adäquaten Missbrauchsstandards für das *margin squeeze* (s. N 534 ff.) aus einer dogmatischen Perspektive effizienter und effektiver, diesen Sachverhalt einer anderen Fallgruppe als derjenigen von lit. b zuzuordnen.

2272 Dazu CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 137; AMSTUTZ, Wirtschaftsregulierung, 164 ff.; hinzuweisen ist in diesem Kontext darauf, dass das Bundesgericht hierzu im Fall Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II bezogen auf dessen spezifischen Fakten festhielt, dass «[…] die konkreten Preise der Vorleistung […] im Lichte der konkreten Kosten-Preis-Schere ebenfalls unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG [seien]», ohne diese Problematik jedoch weiter zu behandeln (BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217); vgl. auch WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 507 f. – Swisscom WAN-Anbindung.

2273 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; dazu FN 538 ff.

2274 Man muss sich fragen, ob es im materiellen Kartellrecht ratsam ist, von *«Unrechtsgehalt»* zu sprechen; was grundsätzlich eine unilaterale Verhaltensweise als «missbräuchlich» i.S.v. Art. 7 qualifiziert, ist die davon verursachte Beeinträchtigung des Wettbewerbssystems; eine solche Beeinträchtigung stellt eine *Funktionsstörung* dar, die unabhängig von irgendwelchen subjektiven Motiven von am Unternehmen Beteiligten eintritt; dieser Umstand wird letztlich hervorgehoben, wenn betont wird, der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sei ein *objektives* Konzept (s. N 74 ff.); demgegenüber weist der Begriff des «Unrechts» (zumindest) einen semantischen Bezug zur Vorstellung der «Gerechtigkeit» auf; diese Konnotation scheint dem *funktionalen* Kontext des Kartellrechts (s. N 186) nicht zu entsprechen; diese Bemerkung wirft natürlich die Frage des heiklen Verhältnisses von materiellem Kartellrecht und Strafrecht auf; dazu die Ausführungen in FN 2200.

2275 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; vgl. bereits BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 441 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009; WEKO, RPW 2010/1, 116 ff. Rz 324 ff. – Preispolitik Swisscom ADSL. So auch DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 174, 176.

2276 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2277 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

2278 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 135; MARTENET/HEINEMANN, 116; ROTH, Wettbewerber, 388; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 173 ff.

2279 Die europäische Rechtsprechung arbeitet zur Zeit an der Subsumtionsfrage mit vorsichtigen Formulierungen; vgl. EuGH, Rs. C-295/12, ECLI:EU:C:2014:2062, Rz 75, 96, 150 – Telefónica SA und Telefónica de España SAU/Kommission, Rz 75, 96, 150, wo der Gerichtshof die «Eigenständigkeit»

der Kosten-Preis-Schere lediglich und ausschliesslich gegenüber der Lieferverweigerung unterstreicht; EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 56 – Konkurrensverket /TeliaSonera Sverige AB, wo sich der Gerichtshof zur «Eigenständigkeit» der Kosten-Preis-Schere nicht äussert; dasselbe trifft auch für EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 163 ff., insbesondere 167 – Deutsche Telekom AG/Kommission, zu; vgl. in diesem Zusammenhang auch O'DONOGHUE/PADILLA, 367; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 691; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU /Teil 1, Art. 102 AEUV N 374, 383; THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Rose/Bailey, Rz 10.129.

2280 Vgl. statt anderer O'DONOGHUE/PADILLA, 364.

2281 Vgl. EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 86 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB: «Zwar setzt die Anwendung von Art. 102 AEUV einen Zusammenhang zwischen der beherrschenden Stellung und dem angeblich missbräuchlichen Verhalten voraus, der in der Regel nicht gegeben ist, wenn sich ein Verhalten auf einem von dem beherrschten Markt verschiedenen Markt [sic] auswirkt. Handelt es sich jedoch um verschiedene, aber verbundene Märkte, so können besondere Umstände eine Anwendung von Art. 102 AEUV auf ein Verhalten rechtfertigen, das auf dem verbundenen, nicht beherrschten Markt festgestellt wurde und sich dort auswirkt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 3. Oktober 1985, CBEM, 311/84, Slg. 1985, 3261, Randnr. 26, und Tetra Pak/Kommission, Randnr. 27)»; dazu auch O'DONOGHUE/PADILLA, 375.

2282 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; es ist allerdings zu notieren, dass eine solche «doppelte» Wettbewerberstellung auch in anderen Missbrauchskonstellationen bestehen kann, z.B. bei der Geschäftsverweigerung i.S.v. lit. a oder bei einer Diskriminierung i.S.v. lit. b (allenfalls i.V.m. lit. e; s. N 281); solche Fälle dürften empirisch allerdings selten sein, sind aber zumindest theoretisch nicht ausgeschlossen.

2283 O'DONOGHUE/PADILLA, 397.

2284 Vgl. EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 32 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2285 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; das Gericht spricht hier von einer «negativen Preisdifferenz».

2286 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; das Gericht spricht hier von einer «positiven Preisdifferenz».

2287 Vgl. EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 200 – Deutsche Telekom AG /Kommission: «Da sich im vorliegenden Fall die Missbräuchlichkeit der im angefochtenen Urteil fraglichen Preispolitik [sc. *margin squeeze* …] aus ihrer Verdrängungswirkung gegen die Wettbewerber der Rechtsmittelführerin ergibt, hat das Gericht somit […] rechtsfehlerfrei entschieden, dass die Kommission bei ihrer Prüfung der Missbräuchlichkeit der Preispolitik der Rechtsmittelführerin zu Recht ausschließlich auf deren Entgelte und Kosten abstellen konnte»; so auch EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 41, 46 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB: «Zur Beurteilung der Zulässigkeit der von einem beherrschenden Unternehmen angewandten Preispolitik ist grundsätzlich auf Preiskriterien abzustellen, die sich auf die dem beherrschenden Unternehmen entstandenen Kosten und seine Strategie stützen»; vgl. in diesem Sinne auch die Urteile EuGH, 03.07.1991, C-62/86, Randnr. 74, AKZO/Kommission, sowie EuGH, France Télécom/Kommission, Randnr. 108. […] Daher sind im Rahmen der Beurteilung der Missbräuchlichkeit einer Preispolitik, die auf eine Margenbeschneidung hinausläuft, grundsätzlich in erster Linie die Preise und Kosten des betreffenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt zu berücksichtigen».

2288 O'DONOGHUE/PADILLA, 397.

2289 Vgl. BELLAMY/CHILD, N 10.129 m.Nw.

2290 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

2291 Die folgenden (in kursive Schrift gesetzten) Aussagen des Bundesgerichts im hier fraglichen Urteil sind, wie jetzt im Lauftext gezeigt wird, zweifellos unzutreffend: «Die Vorinstanz hat sich der EU-Rechtsprechung angeschlossen und die Kosten-Preis-Schere als eigenständige Fallgruppe bezeichnet. Gesetzliche Grundlage bildet Art. 7 Abs. 1 KG. Entscheidend sei der zweidimensionale (vertikale und horizontale) Preisdruck von Seiten des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens, während bei den in Art. 7 Abs. 2 KG aufgezählten Beispielen lediglich ein eindimensionaler Preisdruck herrsche. […] Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, *vermögen die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG den zweidimensionalen (vertikalen und horizontalen) Preisdruck von Seiten des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens nicht adäquat zu erfassen* […]. Bei der Kosten-Preis-Schere handelt es sich sodann um einen zweistufigen Behinderungsmissbrauch, *bei den anderen, in Art. 7 Abs. 2 KG geregelten Behinderungsmissbräuchen lediglich um einen einstufigen*» (BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 [H.v.d.V.]).

2292 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 29–31, Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II) (H.v.d.V.).

2293 Zum Nachfolgenden O'DONOGHUE/PADILLA, 398.

2294 Fehlgeleitet deshalb EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 102 – Konkurrensverket /TeliaSonera Sverige AB: der EuGH hat hinsichtlich *recoupment* festgehalten, dass es für das Bestehen einer Kosten-Preis-Schere keine Rolle spiele, «[…] ob das beherrschende Unternehmen etwaige, durch die fragliche Preispolitik entstandene Verluste ausgleichen kann» (*op. cit.*, Rz 103); EILMANSBERGER/BIEN (in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 700) erwähnen zu Unrecht, dass der *recoupment*-Nachweis im Rahmen einer Prognose nicht seriös zu führen sei, man sich jedoch stellvertretend mit dem Nachweis der ebenfalls verbraucherwohlfahrtsschädigenden Verdrängungswirkung begnügen könne; demgegenüber korrekt M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.142; ROTH, Wettbewerber, 311 f.: «Auch bei Preis-Kosten-Scheren fallen […] durch Extragewinne ausgleichbare Gewinnopfer allemal in Form von Opportunitätskosten an»; zurückhaltender demgegenüber und deshalb nicht unproblematisch BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 406 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2295 O'DONOGHUE/PADILLA, 398; die soeben in N 538–542 durchgeführte Analyse hat das Bundesverwaltungsgericht mit wenig überzeugenden Argumenten abgelehnt: «Während dieser Umstand [sc. Ein below-cost-Preis] regelmässig in vergleichbarer Weise auch bei der Kosten-Preis-Schere Bedeutung erlangt […], bilden sonstige, als Voraussetzungen einer Preisunterbietung diskutierten Elemente, wie der Verdrängungsplan, der Ausgleich der angefallenen Verluste sowie die Preisanhebung über das bisherige Preisniveau […], keine notwendigen Elemente zur Erfüllung des Tatbestands einer Kosten-Preis-Schere […]. Umgekehrt weisen die bei einer Kosten-Preis-Schere notwendigen Anforderungen im vertikalen Verhältnis an das Vorprodukt keinerlei Bedeutung für eine Preisunterbietung auf, weil die Bezugsquellen der Vorprodukte für die Beurteilung einer Preisunterbietung unerheblich sind» (BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 440 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009); was an dieser Argumentation hauptsächlich nicht zu überzeugen vermag, ist die simple Tatsache, dass das Gericht eine Reihe von blossen Behauptungen vorlegt, die jeglichen analytischen Gehalt vermissen lassen.

2296 Dazu im Einzelnen die Ausführungen in FN 537.

2297 LAZAR, 243 ff.

2298 So gibt es in der europäischen Doktrin eine Reihe von Autoren, die just diese Bedenken teilen; dazu JONES, 251 m.Nw. in FN 46: «Further, there has been concern that the approach to different abuses under Article 102 might develop into a series of 'ad hoc and unpredictable rules that are consistent neither with each other nor with the policy goals of the law'».

2299 Vgl. insbesondere O'DONOGHUE/PADILLA, 390.

2300 In der industrieökonomischen Literatur werden der vorgelagerte und der nachgelagerte Markt gemeinhin als *upstream*- und *downstream*-Markt oder als *wholesale*- und *retail*-Markt bezeichnet; vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 366; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 199 f.

2301 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 696; MEISEL, 387.

2302 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; ferner auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 135; DIKE-KG-STÄUBLE /SCHRANER, Art. 7 N 175.

2303 Vgl. die Kommentierung von Art. 2 N 143 ff.

2304 Die juristische Inkorporation von Unternehmen wird klassisch anhand der Rechtsformen des Gesellschaftsrechts, allenfalls des Anstaltsrechts bewerkstelligt (Personengesellschaft, Körperschaft, Stiftung usw.); allerdings sind in der modernen Netzwerkökonomie zunehmend Kombinationen von gesellschaftsrechtlichen Figuren (z.B. Konzernorganisationen) sowie «Hybride», die vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Elemente vermengen, anzutreffen; zum Ganzen die Kommentierung von Art. 2 N 94 ff.

2305 Dazu die Kommentierung von Art. 2 N 112 ff.

2306 Vgl. EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 89 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB EuG, Rs. T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, Rz 146 – Telefónica SA und Telefónica de España SAU/Kommission; ferner auch EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 696; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU /Teil 1, Art. 102 AEUV N 373; THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Rose/Bailey, Rz 10.128.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2307 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 135; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 175.

2308 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2309 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

2310 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 85 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2311 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 87 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2312 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 89 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2313 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

2314 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

2315 Zu diesem Zusammenhang BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217: «Die Beschwerdeführerin [sc. die Marktbeherrscherin] ist vertikal integriert. Sie ist Verkäuferin des ADSL-Vorleistungsangebots BBCS und gleichzeitig als Internet Service Provider im nachgelagerten Markt tätig. Mit dem auf dem Anschlussnetz beruhenden BBCS verfügt sie über eine Vorleistung, auf die die anderen Internetanbieter *notwendigerweise angewiesen* sind, um Breitband-Internet an Endkunden anbieten zu können. Unbestritten ist auch, dass sie als alleinige Anbieterin des ADSL-Vorleistungsangebots BBCS auf dem Vorleistungsmarkt eine *marktbeherrschende Stellung* innehat. Insofern sind die strukturellen Voraussetzungen einer Kosten-Preis-Schere erfüllt» (H.v.d.V.).

2316 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.2.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

2317 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.2 sowie 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2318 So zutreffend EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 58 – Konkurrensverket /TeliaSonera Sverige AB, wobei die Begründung für diese Auffassung dürftig bleibt: «Die von TeliaSonera befürwortete abweichende Auslegung des Urteils liefe im Übrigen, wie die Europäische Kommission geltend macht, darauf hinaus, dass das Verhalten eines beherrschenden Unternehmens in Bezug auf seine Geschäftsbedingungen nur dann als missbräuchlich anzusehen wäre, wenn die für den Nachweis einer Lieferverweigerung notwendigen Voraussetzungen erfüllt wären; dies würde die *praktische Wirksamkeit von Art. 102 AEUV ungebührlich einschränken*» (H.v.d.V.).; gl.A. wie der Gerichtshof BELLAMY/CHILD, N 10.129; ebenso für Art. 7 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 139.

2319 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 60 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2320 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 63 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB.

2321 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 69 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB (H.v.d.V.).

2322 EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 77 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB (H.v.d.V.).

2323 Zum Ganzen auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 139.

2324 Dazu grundlegend EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 159 – Deutsche Telekom AG/Kommission: «Aus den verschiedenen Feststellungen in den Randnrn. 166 bis 168 und 183 bis 213 des angefochtenen Urteils geht […] klar hervor, dass nach dem angefochtenen Urteil *nicht die Höhe der Zwischenabnehmerentgelte für Vorleistungszugangsdienste*, die, wie in den Randnrn. 48 und 49 des vorliegenden Urteils ausgeführt, nicht im Rahmen des vorliegenden Rechtsmittels in Frage gestellt werden können, und auch *nicht die Höhe der Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste* gegen Art. 82 EG verstoßen, *sondern die Spanne dazwischen*» (H.v.d.V.); gerade diesen Punkt übersehen STÄUBLE//SCHRANER, DIKE KG, Art. 7 N 175, drittes Lemma; trägt eine Wettbewerbsbehörde oder ein Gericht dieser Unterscheidung bei der Anwendung von Art. 7 nicht Rechnung, so stellt das eine Verletzung von Bundesrecht dar.

2325 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2326 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2327 EuGH, 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, Rz 167 – Deutsche Telekom AG/Kommission.

2328 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; O'DONOGHUE/PADILLA, 366; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 199 f. Relevant ist der tatsächlich in Rechnung gestellte Preis, wobei insbesondere Rabatte, die das vertikal integrierte Unternehmen nur sich selbst (nicht aber *downstream*-Wettbewerbern) gewährt, nicht zu berücksichtigen sind (vgl. BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 295 m.w.H.; BVGer, RPW 2015/3, 561 ff. Rz 545 – Sanktionsverfügung – Preispolitik Swisscom ADSL = BVGer, 14.9.2015, B-7633/2009.

2329 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; O'DONOGHUE/PADILLA, 366; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 199 f.

2330 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.1 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2331 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.5.2 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; zu diesen zwei Konstellationen JONES, 245.

2332 Vgl. zumal die Ausführungen des Bundesgerichts in BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; zum Ganzen auch JONES, 243 f.

2333 So BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.9 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2334 Vgl. BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 4.1, 5.4, 5.9, 8.3.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2335 Dazu JONES, 252.

2336 Vgl. ebenfalls JONES, 252.

2337 So BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217 (H.v.d.V.).

2338 Dazu statt aller BULST, RabelsZ 2009, 719.

2339 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 5.4 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2340 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 7.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; dazu grundlegend MEISEL, 399 f.

2341 BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 6.3.5 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217.

2342 Vgl. EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 75 f. – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB; EuG, Rs. T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, Rz 187 – Telefónica SA und Telefónica de España SAU/Kommission; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 381; THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Rose/Bailey, Rz 10.134.

2343 Vgl. EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 705; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37; O'DONOGHUE/PADILLA, 461; ROTH, Wettbewerber, 367; TSCHUDIN, Rabatte, 202.

2344 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 340, wonach «[i]n vielen Branchen […] kein Abnehmer den Listenpreis [zahlt] und Verhandlungen […] allein der genauen Rabatthöhe und den übrigen Rabattbedingungen [gelten]»); TSCHUDIN, Rabatte, 189.

2345 EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 705; vgl. z.B. den «Kies- und Betonbatzen» in WEKO, RPW 2020/1, 78 ff. Rz 135 f. – KTB-Werke.

2346 AMSTUTZ/REINERT, Anwaltsrevue 2006, 190; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 340; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 708; HOVENKAMP, Discounts, 843 f. («*First*, no discounting practice should ever be unlawful per se. Discounting is a vertical practice that is presumptively procompetitive. It should be condemned only in the presence of significant market power and proven anticompetitive effects»); NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 189; O'DONOGHUE/PADILLA, 464 ff., 470 («Economics provides no support for the position that conditional rebates in the form of loyalty rebates should be presumed unlawful, and this holds true even if the firm offering the scheme in question is dominant»); THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Rose/Bailey, Rz 10.099; krit. WILS, 425 f.

2347 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 129 («Les cas traités par la Comco en droit suisse n'offrent pas suffisamment d'indications sur les éléments à prendre en considération pour apprécier les effets anticoncurrentiels des rabais»).

2348 Vgl. insbesondere WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1025 ff. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2349 Vgl. etwa WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 842 ff., 1018 ff., zusammenfassend: 1128 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2020/1, 78 ff. Rz 906 ff. – KTB-Werke; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 129 ff., 138 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; zu Art. 7 Abs. 1: BGE 139 I 72 E. 8.2.2 f. m.w.H.

2350 Vgl. WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 842 ff. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 128 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA. Vgl. zu diskriminierenden Rabatten auch BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 351.

2351 Vgl. hierzu WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 145 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA. Das Konzept der *primary-line discrimination* wird in dieser Kommentierung abgelehnt (N 310 ff.) und es wird im Interesse der dogmatischen Klarheit vorgeschlagen, die Diskriminierung im Rabattrecht auf Fälle der *secondary-line discrimination*, also der Diskriminierung von vor- oder nachgelagerten Handelspartnern, zu beschränken.

2352 Vgl. dazu EAGCP-Paper, 35; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 191 ff. («An effects-based approach to loyalty rebates can focus on the same questions as in predatory pricing and other exclusion cases […]»); ROTH, Wettbewerber, 380; krit. WILS, 429.

2353 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 111 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2354 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 111 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2355 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 138 – Intel Corporation/Kommission (H.v.V.).

2356 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 41 («Soweit die Kommission über zuverlässige Daten verfügt, wird sie […] prüfen, ob das Rabattsystem die Expansion oder den Markteintritt auch von ebenso effizienten Wettbewerbern verhindern kann […]»); ROTH, Wettbewerber, 380; vgl. auch die Anwendung dieses Standards in KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1002 ff – Intel.

2357 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1126 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (*in casu* verzichtete die WEKO auf die Durchführung eines AEC-Tests, weil die «Vergleichbarkeit […] aufgrund der extrem unterschiedlichen Grössen, des vollkommen unterschiedlichen Produktportfolios und der Möglichkeiten der Post, ausgehend vom reservierten Bereich Quersubventionierungen vorzunehmen, nicht gegeben [war]»).

2358 Vgl. auch THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Rose/Bailey, Rz 10.101.

2359 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 201 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 161 ff. – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 350; EILMANSBERGER /BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 750.

2360 EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 706; ELHAUGE, Discounts, 192; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU /Teil 1, Art. 102 AEUV N 262; HOVENKAMP, Discounts, 841; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37; O'DONOGHUE/PADILLA, 461, 471; TSCHUDIN, Rabatte, 202 ff.

2361 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 74 – Intel Corporation /Kommission; WHISH/BAILEY, 748.

2362 So das prägende Wort von ROTH, AJP 2017, 1343 ff., der eine umfassende Übersicht gibt über das äusserst breite Spektrum von Rabattbezeichnungen, die im europäischen Kartellrechtsjargon Verwendung finden.

2363 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 75 – Intel Corporation /Kommission; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 341; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 131; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 709; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 252; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 128; NIELS /JENKINS/KAVANAGH, 189, 196; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 20; ROTH, Wettbewerber, 368; THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Rose/Bailey, Rz 10.102; TSCHUDIN, Rabatte, 203 f.

2364 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 196; TSCHUDIN, Rabatte, 193 f., 203.

2365 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1099 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2366 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 76–79 – Intel Corporation /Kommission (wonach 80% des Gesamtbedarfs einen wesentlichen bzw. beträchtlichen Teil des Gesamtbedarfs darstellt); BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 345; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 119 f.; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 709 f.; ELHAUGE, Discounts, 189; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 190;M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.144; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 19; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 307; TSCHUDIN, 206.

2367 WEKO, RPW 2004/2, 407 ff. Rz 143 – Swisscom ADSL; EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 90 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; AMSTUTZ/REINERT, Anwaltsrevue 2006, 187; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 709 f.; M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.150, 4.152; ROTH, Wettbewerber, 373; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 307. Vgl. dazu EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 32 ff.

2368 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 128.

2369 Englische Klauseln sind Abreden, wonach «der Kunde [des marktbeherrschenden Unternehmens] Angebote der Konkurrenz, die unter den Vertragspreisen liegen, [dem marktbeherrschenden Unternehmen] mitteilen und [es] auffordern [kann], ihm entsprechende Preise einzuräumen. Kommt [das marktbeherrschende Unternehmen] dieser Aufforderung nicht nach, so steht es dem Kunden frei, in Abweichung von seiner ausschliesslichen Bezugsverpflichtung, bei der Konkurrenz zu beziehen, ohne dass er seinen Anspruch auf den im Vertrag vorgesehenen Treuerabatt […] verlöre» (EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 102 ff. – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission). Vgl. dazu BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 345; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 130; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 261;M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.155 f.; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 22; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 315 f.

2370 Reagiert das marktbeherrschende Unternehmen nämlich auf das bessere Angebot nicht mit einer gleich guten Offerte, kann der Handelspartner gegebenenfalls ohne Verlust des Treuerabatts auf das Konkurrenzangebot eingehen, vgl. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.155 f.

2371 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 76 – Intel Corporation/Kommission. Vgl. EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 90 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission.

2372 Zur Terminologie: Sowohl das EuG (EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 78 – Intel Corporation/Kommission) als auch die WEKO (RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen) verwenden für die dritte Rabattkategorie einen allgemeinen Begriff («andere Rabatte» bzw. «übrige Rabatte» in der Schweiz; «Rabatte der dritten Kategorie» bzw. «Treuerabatte im weiteren Sinne» in der EU), erwähnen sodann aber nur Zielrabatte darunter. Daher erscheint uns die Verwendung nur dieses Begriffs momentan als vertretbar. Vgl. die Behandlung von «Zielrabatten» bei BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 346 f., der auf die gleiche Praxis Bezug nimmt wie das EuG im Kontext von «Rabatten der dritten Kategorie»; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 713.

2373 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 346; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 122; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 709, 713;M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf /Münch, Rz 4.144; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 309.

2374 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 349; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 732. Vgl. KOMM, IV/33.133-D, Rz 17 f. – Soda – ICI.

2375 Vgl. EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rz 72 ff. – Intel Corporation/Kommission.

2376 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 341; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 123; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 705; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 137; O'DONOGHUE/PADILLA, 461; TSCHUDIN, 202.

2377 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 137; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 189. Unbedingte Rabatte sind unter Art. 7 Abs. 2 lit. d grundsätzlich (nur) insofern relevant, als sie in einem *predatory pricing* resultieren (vgl. FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 126; O'DONOGHUE/PADILLA, 461).

2378 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 346; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 45; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 129.

2379 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 346; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 45; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 129.

2380 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37; TSCHUDIN, 204.

2381 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 123; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 736; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 128 f.; NIELS/JENKINS /KAVANAGH, 189 f.; WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 536 ff., 1042, 1063 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2382 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 123; FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 128; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37; ROTH, Wettbewerber, 235 f.

2383 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37, 39; FUMAGALLI/MOTTA /CALCAGNO, 129; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 189 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, 461 f., 468.

2384 EAGCP-Paper, 35; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 191 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 468–471.

2385 O'DONOGHUE/PADILLA, 469; KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1005 – Intel. Vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 121.

2386 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009.

2387 KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1005 – Intel; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193 ff.; ROTH, Wettbewerber, 231 f.

2388 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, 470.

2389 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193; O'DONOGHUE/PADILLA, 470.

2390 O'DONOGHUE/PADILLA, 470.

2391 O'DONOGHUE/PADILLA, 471 («The real challenge for economists is whether it is possible to design *ex ante* efficient rules that distinguish procompetitive loyalty rebates from anticompetitive ones. […] Thus far, it seems fair to say that economists do not agree on whether such a [dividing] line can […] be drawn and, more specifically, where it might be drawn»).

2392 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37 ff.; KOMM, COMP/C-3/37. 990 – Intel. Vgl. dazu, wohl wegbereitend, EAGCP-Paper, 34 ff.; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 151 ff. Während der Ansatz der Kommission in vielerlei Hinsicht neu ist, haben verschiedene Grundsätze ihren Ursprung in der Praxis der Gerichte, vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 39; EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T: 2003:250, Rz 162 ff. – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); EuG, 17.12.2003, Rs. T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, Rz 277 f. – British Airways plc/Kommission.

2393 Vgl. etwa BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 356 ff.; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 121, 123 ff.; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 715 ff.; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 262 ff.; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 191 ff; O'DONOGHUE/PADILLA, 489 ff.; WHISH /BAILEY, 748 ff.

2394 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 37 ff.; KOMM, COMP/C-3/37. 990, Rz 1002 ff. – Intel; EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 137 – Intel Corporation/Kommission. Dazu VENIT, Intel, 173. Vgl. auch unten 583. Die Verwendung komplexer ökonomischer Tests ist stets vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Ökonomie zwar den juristischen Entscheidungsprozess bereichert, ihn jedoch nicht vorwegzunehmen vermag, so dass es richtig scheint, die Verwendung dieser Tests als *eine Art der Beweisführung* zu betrachten (vgl. PODSZUN, 63; vgl. auch WILS, 409 ff.).

2395 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 39 (H.v.d.V.).

2396 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 39; KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1006, 1154 – Intel («If Intel's rebate scheme means that in order to compensate an Intel trading partner for the loss of the Intel rebate, an as efficient competitor has to offer its products below a viable measure of Intel's cost, then it means that the rebate was capable of reducing access to Intel trading partners which could offer products from the as efficient competitor, or in other words capable of foreclosing a hypothetical as efficient competitor»); NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193 ff.; O'DONOGHUE/PADILLA, 470; PETIT, 37 ff.; ROTH, Wettbewerber, 231 ff.

2397 O'DONOGHUE/PADILLA, 469; vgl. auch NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 191 ff.; PETIT, 37 ff.; ROTH, Wettbewerber, 233 f. sowie 237 ff. zur Schwierigkeit der Bestimmung des nicht bestreitbaren Teils der Nachfrage. Vgl. für ein konkretes Anwendungsbeispiel KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1005 ff. – Intel.

2398 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 40; NIELS/JENKINS /KAVANAGH, 190 f. Vgl. auch WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 898 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 35 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II).

2399 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 41.

2400 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 13 – Intel Corporation/Kommission.

2401 Vgl. dazu EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 39, 42, 43 («Je niedriger der ermittelte effektive Preis für die relevante Menge gegenüber dem Durchschnittspreis des marktbeherrschenden Unternehmens, desto stärker ist die Sogwirkung.»); ROTH, Wettbewerber, 231 f.

2402 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1126 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (die WEKO verzichtete auf die Durchführung eines AEC-Tests, weil die «Vergleichbarkeit […] alleine schon aufgrund der extrem unterschiedlichen Grössen, des vollkommen unterschiedlichen Produktportfolios und der Möglichkeiten der Post, ausgehend vom reservierten Bereich Quersubventionierungen vorzunehmen, nicht gegeben [war]»).

2403 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 43 sowie 26 zum LRAIC-Konzept; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 192; ROTH, Wettbewerber, 375.

2404 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 43 sowie 26 zum AAC-Konzept; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 192; ROTH, Wettbewerber, 375.

2405 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 44 f.

2406 KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1037 ff. – Intel, wobei dieser Fall illustriert, dass selbst bei Einigkeit über den anwendbaren Kostentest strittig (und zu begründen) bleiben kann, welche Kosten konkret vermeidbar («avoidable») und welche Daten im Einzelfall zu verwenden sind.

2407 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 41, wo einzig vom «relevanten Zeitraum» die Rede ist.

2408 Vgl. jedoch auch die Ansätze in KOMM, COMP/E-1/38.113, Rz 165, 234 ff., 267 f. – Prokent-Tomra; dazu EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 723; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 272.

2409 KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1013 – Intel.

2410 Vgl. die Erörterungen in KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1013 f. – Intel.

2411 KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1014 ff. – Intel.

2412 Vgl. KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1021 ff. – Intel.

2413 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 139 – Intel Corporation/Kommission. Vgl. bereits KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1155 – Intel: «It should also be highlighted that the as efficient competitor analysis is one way of examining the capability to harm competition in the present context. However, it should not be regarded as a necessary or absolute test»; EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 29 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II); EuGH, 15.3.2007, Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rz 67 – British Airways plc/Kommission; EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 71 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission; EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 73 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin /Kommission (Michelin I); FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 269; VENIT, Post Danmark, 170.

2414 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 124; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193.

2415 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 898 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 75 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission; Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rz 73 – British Airways plc/Kommission; EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 85–88 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); AMSTUTZ/REINERT, Anwaltsrevue 2006, 188; EILMANSBERGER /BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 736; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 40; FUCHS, in: Immenga /Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 255; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 190.

2416 EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 75 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission; EuGH, 13.2.1979, Rs. 99, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 90 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; KOMM, IV/34.621, 35.059/F-3, Rz 152 – Irish Sugar plc; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 122; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 731; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 255; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193.

2417 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 898 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 35 f. – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark II); EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 716 f.; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193 («The non-contestable share is effectively assumed to be in the pocket of the dominant company»).

2418 Vgl. das (hier verkürzt wiedergegebene) Beispiel bei NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 194:

Besitzer Teil (%)	**Nicht-Besitzer Teil (%)**	**Einheitspreis (den ein Rivale fordern kann)**
100	0	4 (Preis des Marktbeherrschers)
60	40	3.33
40	60	2.5
20	80	0

2419 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 125; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 734; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193.

2420 KOMM, COMP/IV/34.621, 35.059/F-3, Rz 79 ff., 152 – Irish Sugar plc; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 734 f.; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 259;M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.148, 4.153.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2421 EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 81 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission (Michelin I); EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 85 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); AMSTUTZ/REINERT, Anwaltsrevue 2006, 188; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 122, 126; EILMANSBERGER /BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 738; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 255; NIELS/JENKINS /KAVANAGH, 193; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 21.

2422 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1050, 1052 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 83 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission (Michelin I); BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 345; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 258.

2423 EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 111 f. – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); AMSTUTZ/REINERT, Anwaltsrevue 2006, 187 f.; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 258.

2424 WEKO, RPW 1999/1, 57 ff. Rz 34 – Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 639; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 40; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 252;M. REINERT, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 4.157 f.; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 311, 313.

2425 Dazu statt aller ROTH, AJP 2017, 1343 ff.

2426 Vgl. dazu BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 711 halten fest, dass «Ausschliesslichkeitsrabatte und Rabatte der dritten Kategorie [v.a. Zielrabatte] […] sich in ihren Nachweisanforderungen praktisch nicht mehr [unterscheiden]»; NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 196.

2427 Vgl. WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 ff. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2428 Ähnliche Einschätzung bei ROTH, AJP 2017, 1345.

2429 Mit guten Gründen äusserst kritisch in Bezug auf diese Sachlage ROTH, AJP 2017, 1345 ff.

2430 Zum Ganzen JAAG, 3 ff.

2431 EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 53 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission (H.v.d.V.).

2432 EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 64 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission (H.v.d.V.).

2433 EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 78 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission.

2434 SCHRÖDER, 3 f.

2435 Dazu SCHRÖDER, 4.

2436 O'DONOGHUE/PADILLA, 469 f. Vgl. auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 121; NIELS /JENKINS/KAVANAGH, 193 ff.; ROTH, Wettbewerber, 231 f.; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 20, 39; KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1005 – Intel.

2437 NIELS/JENKINS/KAVANAGH, 193 f.; O'DONOGHUE/PADILLA, 470.

2438 O'DONOGHUE/PADILLA, 469 («Absent an assured base of sales with a particular customer, the pricing structure offered by a dominant firm to that customer would be irrelevant. […] [A] rival could simply contest the entirety of the dominant firm's business with the customer»).

2439 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1046 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2440 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 139 – Intel Corporation/Kommission. Vgl. dazu EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 730; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 253a; WHISH/BAILEY, 749.

2441 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 158 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4.2 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO; AMSTUTZ/REINERT, Anwaltsrevue 2006, 188 (zur Schwierigkeit dieses Nachweises), 190; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 117, 131; NIELS/JENKINS /KAVANAGH, 196;M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.153; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 20; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 306.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2442 REKO/WEF, RPW 2005/3, 505 ff., E. 5.4.2 – Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/WEKO.

2443 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 158 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2444 RPW 2014/4, 670, Rz 158 f. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; vgl. auch WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen. Die WEKO stützt sich dabei auf Art. 7 Abs. 2 lit. e. Vorliegend wird – wie oben ausgeführt (N 563) – Art. 7 Abs. 2 lit. d als Gesetzesgrundlage vorgezogen, weil nicht ohne Not auf den subsidiären Tatbestand gemäss lit. e zurückgegriffen werden soll.

2445 ROTH, Wettbewerber, 369.

2446 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 27 f. – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II); EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 71 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission (Michelin I). Vgl. auch EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 90 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 341; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 709, 756; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 252; THOMPSON/BROWN/GIBSON, in: Rose/Bailey, Rz 10.102.

2447 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 27 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II); EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 60, 64 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 756; IBÁÑEZ COLOMO, 113.

2448 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 113 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; RPW 1997/4, 506 ff. Rz 33, 38 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI, Art. 7 II N 119; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 19; DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 307 f.

2449 WEKO, RPW 2004/2, 407 ff. Rz 143 – Swisscom ADSL.

2450 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 113 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; RPW 1997/4, 506, Rz 33, 38, *Telecom PTT-Fachhändlerverträge*. Wie weiter oben (FN 234) erwähnt, wird in dieser Kommentierung das Konzept der *primary-line discrimination* und damit die Relevanz von Art. 7 Abs. 2 lit. b für *Auswirkungen des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens auf dessen Konkurrenten* abgelehnt. Einschlägig hierfür ist einzig Art. 7 Abs. 2 lit. d (bzw. nach der Praxis Art. 7 Abs. 2 lit. e).

2451 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 113 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2452 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 27 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II) («Aus ständiger Rechtsprechung ergibt sich […], dass […] ein Treuerabatt, der dazu dient, die Kunden durch die Gewährung finanzieller Vorteile davon abzuhalten, ihren Gesamtbedarf oder einen wesentlichen Teil hiervon bei konkurrierenden Herstellern zu decken, einen Missbrauch im Sinne von [Art. 102 AEUV] darstellt»); EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 70 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission; Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rz 62 – British Airways plc/Kommission; EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 71 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission (Michelin I); EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 89 ff. – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250, Rz 56 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II); AMSTUTZ/REINERT, Anwaltsrevue 2006, 188; BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 345; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 711; WHISH/BAILEY, 747 ff.; VENIT, Post Danmark, 165, 168; WILS, 406 f., 421 ff. Nuanciert betreffend per se-Missbräuchlichkeit gemäss alter Praxis ROTH, Wettbewerber, 378 f.

2453 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 138 f. – Intel Corporation/Kommission. Das EuG hatte noch festgehalten: «Der Mechanismus des Ausschliesslichkeitsrabatts, der von einem Unternehmen in beherrschender Stellung gewährt wird, […] ermöglicht es diesem Unternehmen, den nicht bestreitbaren Teil der Nachfrage des Abnehmers als Hebel einzusetzen, um sich auch den bestreitbaren zu sichern […]. Bei einem solchen Marketinginstrument ist eine Analyse der konkreten Auswirkungen der Rabatte auf den Wettbewerb nicht erforderlich» (EuG, Rs. T-286/09, Intel Corp. gegen Europäische Kommission, Rz 103). Vgl. zur Evolution der Rechtsprechung PETIT, 32 ff.; NIHOUL, 523; PODSZUN, 59 f.; ROTH, Wettbewerber, 374 f.; ROTH, AJP 2017, 1343, 1349 ff.; VENIT, Post Danmark, 170 f.; WILS, 409 f.

2454 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 141, 144 – Intel Corporation/Kommission; VENIT, Intel, 173 f.

2455 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 345; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 711; krit. PODSZUN, 57; VENIT, Intel, 180, 194 f., 197; vgl. auch NIHOUL, 521 f., 528. In diesem Sinne bereits nach dem Urteil EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II), IBÁÑEZ COLOMO, 114.

2456 VENIT, Intel, 181 f. Vgl. auch PODSZUN, 57, 61.

2457 PODSZUN, 62; VENIT, Intel, 189; WHISH/BAILEY, 752 f.

2458 EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 711; vgl. auch ROTH, AJP 2017, 1349.

2459 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1026 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 17; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 122.

2460 Gemäss DIKE-KG-STÄUBLE/SCHRANER, Art. 7 N 310, sind individualisierte Zielrabatte unzulässig. Die als Grundlage dieser Position erwähnte unionsrechtliche Rechtsprechung sieht jedoch keinen Automatismus vor und es sind vielmehr verschiedene Faktoren zu prüfen, vgl. BULST, in: Langen /Bunte, Art. 102 N 347 sowie unten N 615 m.w.N.

2461 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1046 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2462 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1046 f. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2463 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1046 f. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2464 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1050 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen. Vgl. hinsichtlich des Monopolos auch EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C: 2015:651, Rz 59 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II) und IBÁÑEZ COLOMO, 114.

2465 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1051 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2466 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 347; EILMANSBERGER/BIEN, in: Münchener Kommentar, Europäisches Wettbewerbsrecht, Art. 102 AEUV N 711; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 252.

2467 KOMM, COMP/E-1/38.113, Rz 133 – Prokent-Tomra («the rebate schemes applied by Tomra constitute individualised targets rather than a generalised grid. The quantity thresholds featuring in the rebate schemes were manifestly based on estimated requirements or on purchases made by the relevant customer in the past. The higher bonus thresholds […] regularly corresponded to, almost corresponded to or even exceeded the estimated or actual requirements of the respective customers»).

2468 EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 73 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission (Michelin I). Vgl. auch BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 341, 348; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 255.

2469 BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 347. Vgl. auch FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 255.

2470 EuGH, 9.11.1983, Rs. 322/81, ECLI:EU:C:1983:313, Rz 76 – NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Kommission (Michelin I).

2471 EuGH, 12.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 75–79 – Tomra Systems ASA u.a. /Kommission.

2472 Rs. C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166, Rz 75 – British Airways plc/Kommission.

2473 KOMM, IV/33.133-D, Rz 17 ff., 60 – Soda – ICI («Die Vereinbarungen mit diesen Großkunden bedeuten deren Bindung an ICI für nahezu ihren gesamten Bedarf [und zumindest in einem Fall für ihren gesamten Bedarf], während der Wettbewerbseffekt anderer Lieferanten auf ein Minimum beschränkt wird»); BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 349.

2474 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 30 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II). Dazu BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 348; FUCHS, in: Immenga /Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 255.

2475 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 32 ff., 39 ff. – Post Danmark A/S /Konkurrencerådet (Post Danmark II). Vgl. BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 348; FUCHS, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 255.

2476 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1038 ff., 1090 ff. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen. Vgl. auch WEKO, RPW 2020/1, 78 ff. Rz 914 – KTB-Werke.

2477 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1052, vgl. auch 1054 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2478 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1052 ff., 1074 ff. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2479 EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 69 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II); VENIT, Post Danmark, 170.

2480 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 139 f. – Intel Corporation/Kommission.

2481 KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1002 ff. – Intel.

2482 KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1155 – Intel (wo, ähnlich wie in der vorangehend zitierten Rechtsprechung, nur von der «*capability* to harm competition» [H.v.V.] die Rede ist).

2483 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 847, 849 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen (die Passage betrifft Art. 7 Abs. 2 lit. b, ist jedoch allgemeiner Natur, während in darauffolgenden Kapiteln zu Rechtfertigungsgründen keine allgemeinen Ausführungen mehr ergehen); WEKO, RPW 2020/1, 78 ff. Rz 915 – KTB-Werke.

2484 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1115 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 125 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2485 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 848– Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2486 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1118 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2487 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 124 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2488 EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 138 f. – Intel Corporation/Kommission; EuGH, 6.10.2015, Rs. C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, Rz 47 f. – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark II). Vgl. zu den Effizienzgründen auch KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1632 ff. – Intel.

2489 KOMM, COMP/C-3/37.990, Rz 1634 – Intel.

2490 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 46; FUCHS, in: Immenga /Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 AEUV N 270.

2491 WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 454 – Online-Buchungsplattformen für Hotels (H.v.d.V.). Ferner auch WEKO, RPW 2020/2, 433 ff., Rz 1020 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen.

2492 Vgl. in diesem Sinne WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 454 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; TEMPLE LANG, Abuse, 99; O'DONOGHUE/PADILLA, 239; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 234; ferner auch HEINEMANN, Krise, 49; EAGCP-Paper, 6.

2493 Im europäischen Schrifttum ist diese Tatsache inzwischen anerkannt; vgl. nur O'DONOGHUE /PADILLA, 240; auch die WEKO hat diese wettbewerbstheorische Lehre übernommen; vgl. WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 454 – Online-Buchungsplattformen für Hotels: «Der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfasst grundsätzlich alle möglichen Formen von Behinderungs- und Verdrängungspraktiken eines marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Konkurrenten und stellt damit insofern gegenüber den anderen in Art. 7 Abs. 2 KG genannten Verhaltensweisen einen Auffangtatbestand dar»; demgegenüber scheint ein Teil der Schweizer Doktrin – der wohl belanglos, sicher aber nur minderheitlich ist – mit dieser industrieökonomischen Erkenntnis noch Mühe zu haben; vgl. z.B. JACOBS, 231, der sich über WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 129 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA (wo lit. e auf Exklusivitätsrabatte angewendet wurde), zu Unrecht krit. äussert: «Etwas konstruiert wirkt lediglich die Subsumtion des Exklusivitätsrabatts auch noch unter Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG (Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung). Mit diesem Tatbestand sollen in erster Linie Massnahmen des marktbeherrschenden Unternehmens erfasst werden, die darauf abzielen, mit einer künstlichen Verknappung des Angebots die Preise hochzutreiben oder hochzuhalten»; der letzte Satz ist fragwürdig.

2494 Die Erzwingung unangemessener Preise und sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen i.S. v. lit. c ist vorliegend irrelevant, weil sie nach der in dieser Kommentierung von Art. 7 vertretenen Auffassung ausschliesslich einen *Ausbeutungstatbestand* (s. N 87) darstellt; dazu eingehend die Ausführungen in N 351 ff.

2495 Dazu ausführlich mit rechtsgeschichtlicher Untersuchung des Kerngedankens von Art. 7 Abs. 2 lit. a GOHARI, Diss., 12 ff.; DERS., sic! 2019, 553 ff., jeweils m.Nw.

2496 Dazu TSCHUDIN, Diskriminierung, Rz 30 ff.

2497 Dazu WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 375 ff.; ferner auch BELLAMY/CHILD, Rz 10.077.

2498 Dazu CARRON, Transactions, Rz 119 ff.; zur einschlägigen Terminologie BELLAMY/CHILD, Rz 10.140.

2499 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 240; demgegenüber erblicken STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 460, in der wettbewerbswidrigen Einschränkung der Produktion *«i.d.R.»* einen *Ausbeutungsmissbrauch*; ihre Begründung lautet: «Bei der Einschränkung, die beim marktbeherrschenden Unternehmen selbst eintritt, handelt es sich i.d.R. um einen *Ausbeutungssachverhalt*, da durch die künstlich erzeugte Verknappung ein nicht wettbewerbskonformer Preisanstieg bewirkt wird, was zu einer Ausbeutung der Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite führen kann»; dem könnte, so man denn bereit wäre, ans äusserste Limit der kartellgesetzlichen Konzepte zu gehen, aus *juristischer* Perspektive allenfalls in dem Ausmass zugestimmt werden, als die Kartellgesetzwidrigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung – zumal in der Form einer Produktionseinschränkung – *stets* eine *Schädigung der Konsumentenwohlfahrt* voraussetzt (s. N 671); *industrieökonomisch* kann freilich eine Verringerung der Konsumentenrente aus theoretischer Warte nicht als «Ausbeutung» (welche eine Extraktion der Produzentenrente ist) gemäss Art. 7 qualifiziert werden (dazu N 87); unterstrichen werden muss auch, dass die Meinung von STÄUBLE/SCHRANER der Systematik der Verdrängungsmissbräuche im Kartellgesetz widerspricht, die sogleich in N 626 ff. dargestellt wird; schliesslich ist nicht ersichtlich, was diese Autoren mit ihrer Ansicht beabsichtigen bzw. gewinnen.

2500 Zur Veranschaulichung dieser Tatsache das Beispiel der Kosten-Preis -Schere in N 517 ff.

2501 M. SCHMIDT, 30 f.

2502 Vgl. nur BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.3 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217; ferner die Ausführungen in N 106 ff.

2503 Vgl. symptomatisch für diesen Befund Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574 f.

2504 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 25; ähnlich RUFFNER, AJP 1996, 844.

2505 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 26.

2506 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 26.

2507 Demgegenüber tritt ZÄCH, Kartellrecht, Rz 688, für eine «*weite* Auslegung» von Art. 7 Abs. 2 lit. e ein; vgl. auch DERS., in: SIWR V/2, 210; **gl.A**. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 458; allerdings erläutern diese Autoren den Grund für eine «weite Auslegung» nicht.

2508 Es kann hier jedenfalls nicht um die *strafrechtliche* Problematik der kartellrechtlichen Sanktionen gehen. Nichts rechtfertigt es, das materielle Kartellrecht in der Weise anzuwenden, dass die strafrechtlichen Bedingungen einer Sanktionierung missbräuchlichen Verhaltens durch die Erkennung auf Mehrfachtatbeständigkeit, die nicht «passt», erleichtert werden (s. N 628 f.). Die Tatsache, dass gegenwärtig das kartellrechtliche Sanktionsverfahren weder den grund- bzw. menschenrechtlichen Garantien (*nemo tenetur*-Grundsatz i.V.m. Art. 40; unzureichende Beachtung des Bestimmtheitsgebots insbesondere bei Sanktionen, die auf einen Verstoss gegen Art. 7 Abs. 1 gründen; gegenteiliger Auffassung aber BGer, RPW 2019/4, 1351 ff., E. 8.3.4–8.3.6 – Sanktionsverfügung – Swisscom Preispolitik ADSL II = BGE 146 II 217) noch dem verfahrensrechtlichen Grundsatz der Trennung von untersuchender und entscheidender Behörde Rechnung trägt, darf keinen Einfluss auf die materielle Praxis zu Art. 7 haben; vgl. zur angesprochenen strafrechtlichen (Un-)Rechtslage Vorbemerkungen zu Art. 49a-53 N 67–69, 216a-221a, 234–237, 255–266.

2509 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 234. Vgl. auch BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.4.2 – Supermédia.

2510 So WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 454 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; der WEKO in diesem Punkt folgend VENTURI/FAVRE, 39 f.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 458.

2511 Vgl. eingehend hierzu die Ausführungen in N 68 ff.

2512 Vgl. FN 326.

2513 Vgl. statt anderer folgende Publikationen von Gewicht: TEMPLE LANG, Exclusionary abuses, 136 ff.; ROUSSEVA, 68 f.; AKMAN, Concept, 47 ff.

2514 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009; dazu Näheres in N 36, 129, 131 f.

2515 Dazu ausführlich ROUSSEVA/MARQUIS, 41 ff. m.Nw.

2516 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 239 ff.

2517 Vgl. z.B. versinnbildlichend WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 391 ff., 458 ff., 500 ff. – Swisscom WAN-Anbindung; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 615 ff. – Sport im Pay-TV; WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 493 ff., 498 ff., 558 ff. – Supermédia; BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.3. und 11.4 – Supermédia.

2518 WEKO, RPW 2016/1, 128 ff. Rz 386 – Swisscom WAN-Anbindung.

2519 WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 621 – Sport im Pay-TV (H.v.d.V.).

2520 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 252 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

2521 CR Concurrence-CLERC, Art. 7 I N 119 (H.v.d.V.).

2522 Ein weiterer Gesichtspunkt sei hier noch signalisiert: Die im Lauftext geschilderte Behördenpraxis und Rechtsprechung betreffend die Missbrauchsstandards der Verdrängungsmissbräuche birgt das Risiko in sich, dass sich über die Jahre unabsichtlich Wertungswidersprüche in die Anwendung von Art. 7 (s. N 543) hineinschleichen; oder m.a.W.: die gegenwärtige Praxis der Wettbewerbsbehörden und Gerichte ist gegenüber der Gefahr nicht immun, dass die verschiedenen Varianten dieses Missbrauchstypus – und sei es nur unbewusst – Lösungsmustern zugeführt werden, die wechselseitig die industrieökonomische Stimmigkeit der fraglichen Missbrauchsstandards untergraben. O'DONOGHUE/PADILLA, 239, illustrieren dieses Risiko am Beispiel des *margin squeeze*: «Significant difficulties would arise if the notion of an [exclusionary] abuse depended on the formal categorisation of a practice since a number of practices fit into multiple categories which could lead to different outcomes depending on how they happened to be categorized. Take for exemple the abuse of margin squeeze […] where a vertically-integrated dominant firm charges a price, or combination of prices, that renders downstream rivals' activities uneconomic. This practice might be categorised as an ‹excessive› upstream price (or, more precisely, one that is excessive in relation to the downstream price). Alternatively, it might be categorized as predatory pricing by a vertically-integrated dominant firm. Margin squeezes also involve discrimination, since the dominant firm in effect discriminates in favor of its own downstream business. Finally, another characterization of margin squeezes is that they are simply a constructive refusal to deal […]. Similar comments can be made in relation to other abuses»; zum Ganzen auch TEMPLE LANG, Exclusionary abuses, 136 ff.; BELLAMY/CHILD, Rz 10.169 ff.; WURMNEST, Verdrängungsmissbrauch, 241, jeweils m.Nw.

2523 Vgl. etwa CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 233: «La disposition [sc. Art. 7 Abs. 2 lit. e] constitue une reprise de l'art. 102/b TFUE (ex-art. 82/b TCE) […]».

2524 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575; dazu Näheres in N 670.

2525 TEMPLE LANG, Abuse, 103; TEMPLE LANG, Exclusionary Abuses, 136 ff.; vgl. auch FUCHS /MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 199 ff.

2526 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 233; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 139.

2527 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 236.

2528 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 235–238; dazu N 669.

2529 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574.

2530 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574; dazu CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 242, 244, 250 f., 260; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.95; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 140; MEIER-SCHATZ, in: Zäch, Das neue Schweizerische Kartellgesetz, 61.

2531 Vgl. WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 455 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; sodann auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 230; ferner N 663.

2532 Vgl. KOMM, ABl. 2007 L 32/23, Rz 693 ff. – Microsoft; ferner auch EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI: EU:T:2007:289, Rz 647 – Microsoft/Kommission.

2533 Vgl. auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575; ferner N 667.

2534 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 239; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 8.94; Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 141; ferner JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 347; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 215 m.Nw.; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 210.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2535 Vgl. in diesem Zusammenhang FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU /Teil 1, Art. 102 N 199.

2536 Zum Ganzen O'DONOGHUE/PADILLA, 648 ff.

2537 Vgl. WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 134 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2538 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 142.

2539 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 91 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission.

2540 Vgl. in diesem Zusammenhang auch MONTI, 162 ff.

2541 Vgl. statt anderer BELLAMY/CHILD, Rz 10.57: O'DONOGHUE/PADILLA, 240 ff.; ferner auch FUCHS /MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 199.

2542 In diesem Sinne FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 199.

2543 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 54: « The essential objective of Article 82 [heute: Art. 102 AEUV] when analysing exclusionary conduct is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare […]».

2544 HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 14 f.

2545 Vgl. zu diesen Zusammenhängen HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 103; krit. MOTTA, 20 ff.

2546 O'DONOGHUE/PADILLA, 227 f. m.Nw.

2547 Vgl. EuGH, 17.2.2011, Rs. C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, Rz 20–31 – Konkurrensverket/TeliaSonera Sverige AB; dazu statt anderer BELLAMY/CHILD, Rz 10.060.

2548 Vgl. aus industrieökonomischer Sicht namentlich GAVIL, 3 ff.; SALOP, 343 ff.

2549 O'DONOGHUE/PADILLA, 241; vgl. auch SALOP, 330.

2550 So GAVIL, 3 ff.; vgl. zur Frage der Analyse eines «Überwiegens» von positiven Ergebnissen ZIRLICK /BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 N 262 f.

2551 WEKO, RPW 2017/3, 410 ff. Rz 73 – Vorsorgliche Massnahmen Eishockey im Pay-TV; WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 695 – Sport im Pay-TV.

2552 Vgl. namentlich Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 131 ff. – Netzwerkgeräte Cisco Systems; WEKO, RPW 2007/3, 400 ff. Rz 82 – Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable; Sekretariat, RPW 2005/3, 458 ff. Rz 95 – Reorganisation des Biomilchmarktes; WEKO, RPW 1999/1, 75 ff. Rz 64 ff. – Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern; WEKO, RPW 1999/2, 204 ff. Rz 33 ff. – Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG; Sekretariat, RPW 1998/3, 369 ff. Rz 35 ff. – Devisierungs-, (Vor-)Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB; WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 38 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge.

2553 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 129 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 455 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 485 – Supermédia.

2554 Vgl. BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.4.2 – Supermédia, wonach es nur drei Merkmale gibt und die Kausalität (Merkmal III) nicht als eigenständiges Merkmal betrachtet wird; ferner WEKO, RPW 2020/3a, 1144 ff., Rz 357 – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; WEKO, RPW 2020/2, 433 ff., Rz 1018 ff. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 129 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA, der nur drei Elemente unterscheidet, im ersten Element jedoch die untenstehenden Merkmale I und II umfasst.

2555 Vgl. Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 574 (H.v.d.V.); die Anlehnung ist in folgenden Entscheiden sehr deutlich: WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 129 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 455 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 560 – Supermédia; vgl. ferner auch Sekretariat, RPW 2005/3, 458 ff. Rz 95 – Reorganisation des Biomilchmarkts.

2556 Zu diesem Punkt aus industrieökonomischer Sicht O'DONOGHUE/PADILLA, 243.

2557 WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 455 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 560 – Supermédia; zu dieser Argumentation allgemein TEMPLE LANG, Abuse, 104.

2558 WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 455 – Online-Buchungsplattformen für Hotels (H.v.d.V.); in diesem Sinne auch WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 560 – Supermédia.

2559 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 129 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; identische Tatbestandsumschreibung in WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 559 – Supermédia.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2560 Die Doktrin interpretiert diesen Tatbestand teilweise anders (so vor allem CR Concurrence-CLERC /KËLLEZI, Art. 7 II N 239; ZÄCH, Kartellrecht, Rz 688 f.), es sei denn, sie schliesse sich der Auffassung der Behörde ohne Weiteres an (vgl. P. REINERT SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 34; MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1686); zum Ganzen auch O'DONOGHUE/PADILLA, 243 m.Nw.; vgl. zum vorliegend vertretenen Tatbestand von lit. e N 653.

2561 WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 455 – Online-Buchungsplattformen für Hotels (H.v.d.V.).

2562 WEKO, RPW 2018/3, 508 ff. Rz 560 – Supermédia (H.v.d.V.); diese Ausführungen stehen unter dem Zwischentitel: «B.4.3.5.2 *Limitation artificielle de l'accès au marché*», sind also dem Nachweis des *Einschränkungsbegriffs* gewidmet.

2563 WEKO RPW 2014/4, 670 ff., *vor* Rz 130 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2564 WEKO RPW 2014/4, 670 ff., *vor* Rz 134 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2565 WEKO RPW 2014/4, 670 ff., Rz 134 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA (H.v.d.V.).

2566 In der Literatur findet man nur wenige Auseinandersetzungen mit dem Einschränkungsbegriff i.S. v. Art. 7 Abs. 2 lit. e, sei es aus einer *dogmatischen* Perspektive, sei es im Lichte der *Praxis* der WEKO; vgl. vor allem CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 242, die sich der Praxis der WEKO anschliessen: «Les limitations de la production peuvent porter sur les produits ou les quantités […]. Une limitation de la production est abusive si elle est artificielle, c'est-à-dire si elle ne résulte pas de l'évolution du marché, mais d'une stratégie de l'entreprise dominante visant à réduire l'offre et à faire ainsi monter les prix ou à maintenir ceux-ci à un niveau élevé […]. Ainsi, une réduction de la production est artificielle lorsqu'elle ne repose pas sur une modification de la demande ou de l'offre du marché, mais est le résultat des efforts délibérés des entreprises pour maintenir des prix élevés»; in diesem Sinne auch MARBACH/DUCREY/WILD, Rz 1686; MARTENET /HEINEMANN, 129; abweichend STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 462, 464 f., 470, die offenbar je nach Einschränkungs*gegenstand* (s. N 635 ff.) den Einschränkungsbegriff *unterschiedlich* fassen wollen.

2567 Dazu statt aller SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 74 ff.

2568 WEKO RPW 2014/4, 670 ff., vor Rz 130, 134 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2569 Zu diesen zwei Varianten Sekretariat, RPW 2005/3, 458 ff. Rz 95 – Reorganisation Biomilchmarktes.

2570 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.169.

2571 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.169 m.Bsp.; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 239; zum Ganzen auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575.

2572 Vgl. z.B. WEKO, RPW 1999/1, 75 ff. Rz 64 ff., 67 – Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern.

2573 Vgl. WEKO, RPW 1997/4, 506 ff. Rz 37 – Telecom PTT-Fachhändlerverträge; wie in N 626 näher erläutert wird, fehlt es der Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden mit Blick auf Art. 7 Abs. 2 lit. e noch an einer klaren Linie; demgegenüber ist die europäische Rechtsprechung insofern solider fundiert, als sie im Rahmen von Art. 102 lit. b AEUV gezielter nach einer Steigerung der Kohäsion des Verdrängungsmissbrauchsrechts sucht; vgl. etwa EuGH, 16.12.1975, Rs. 40–48, 50, 54–56, 111, 113, 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, Rz 399, 486 f., 523 ff. – Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA/Kommission; EuGH, 3.10.1985, Rs. 311/84, ECLI:EU:C:1985:394 – Centre Belge d'Etudes du Marché-Télémarketing/Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA et Information Publicité Benelux SA; EuGH, 6.4.1995, Rs. C-241/91 und C-242/912, ECLI:EU:C:1995: 98, Rz 54 – Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP)/Kommission (Magill).

2574 JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 349 f.; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser /Krauskopf/Münch, Rz 8.95.

2575 EuGH, 5.10.1988, Rs. 53/87, ECLI:EU:C:1988:472 – CICRA und Maxicar/Renault; EuGH, 5.10.1988, Rs. 238/87, ECLI:EU:C:1988:477, Rz 9 – Volvo/Veng; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 243 m.Nw.

2576 JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 350; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz /Mederer, Art. 102 N 212.

2577 Vgl. EuG, 10.7.1990, Rs. T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, Rz 23 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak I); BELLAMY/CHILD, Rz 10.034; DÄHLER/KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf /Münch, Rz 8.95; SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 143.

2578 VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, 30 f.; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 242.

2579 EuG, 17.7.1998, T-111/96, ECLI:EU:T:1998:183, Rz 55 ff. – ITT Promedia NV/Kommission; KOMM, ABl. 1989 L 43, 27 Rz 58, *Decca Navigator*; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 651 ff. m.Nw.; BELLAMY /CHILD, Rz 10.173; PREECE, 20 ff.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2580 EuG, 30.11.2000, T-5/97, ECLI:EU:T:2000:278 – Industrie des Poudres Sphériques SA/Kommission; dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.034; O'DONOGHUE/PADILLA, 240.

2581 Dazu BELLAMY/CHILD, Rz 10.034; O'DONOGHUE/PADILLA, 684 ff.; HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 416 ff.

2582 Vgl. ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 687 f., 689 ff.

2583 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 242; vgl. ferner BELLAMY/CHILD, Rz 10.066.

2584 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 396 f.; ferner auch EuGH, 10.4.2008, Rs. T-271/03, ECLI:EU:T:2008:101, Rz 183 – Deutsche Telekom AG/Kommission.

2585 WEKO, RPW 2016/1, 67 ff. Rz 455 – Online-Buchungsplattformen für Hotels; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 500 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. auch WEKO, RPW 1999/2, 204 ff. Rz 33 ff. – Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG, wo von «Beschränkung der technischen Entwicklung» die Rede ist, obwohl auch eine offenkundige Absatzdimension betroffen ist; zum Ganzen auch O'DONOGHUE/PADILLA, 241.

2586 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.169; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 217; O'DONOGHUE/PADILLA, 431 f. m.Nw.

2587 WEKO, RPW 2020/2, 433 ff., Rz 1022 – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 130 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2588 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 131 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2589 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 244; EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, ECLI:EU:T:2000:242, Rz 176 – Bayer AG/Kommission.

2590 EuGH, 19.4.2012, Rs. C-549/10 P, ECLI:EU:C:2012:221, Rz 16 – Tomra Systems ASA u.a./Kommission; vgl. in diesem Zusammenhang O'DONOGHUE/PADILLA, 436.

2591 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575; KOMM, ABl. 1988 L 65/19, Rz 75 – *Eurofix-Bauco/Hilti*.

2592 Vgl. HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 587 ff.

2593 Dazu ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 423 f., 429 ff. m.Nw.

2594 KOMM ABl. 1988 L 272/27, Rz 45 – Tetra Pak I (BTG Licence), bestätigt durch EuG, 10.7.1990, Rs. T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak I).

2595 KOMM, ABl. 1989 L 43/27, Rz 998 – Decca Navigator.

2596 Dazu generell O'DONOGHUE/PADILLA, 240 f.; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 5.

2597 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575; vgl. auch BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 26; eine Übersicht über die europäische Rechtsprechung geben MERLINO/FAELLA, 513 ff.; spezifisch zu Verträgen zur Errichtung eines *Patent-Pools* oder zu *Cross-licensing-Verträgen* zur Errichtung von *Markteintrittsbarrieren* O'DONOGHUE/PADILLA, 725 ff.

2598 JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 353 m.Nw.

2599 Vgl. auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575.

2600 Vgl. EuGH, 10.12.1991, Rs. C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464, Rz 19 – Porto di Genova; in diesem Entscheid wurde ein Missbrauch bejaht, da ein Unternehmen, das über eine wesentliche Einrichtung (essential facility) verfügte, den Einsatz moderner Technologie verweigerte, was zu höheren Kosten und geringerer Qualität der angebotenen Leistungen führte; zustimmend SCHMIDHAUSER, in: Homburger et al., Art. 7 N 142; vgl. die Übersicht über weitere Fälle bei JUNG, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 235; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 25.

2601 **A.A.** EuGH, 20.3.1985, Rs. 41/83, ECLI:EU:C:1985:120, Rz 18, 24 ff. – Italien/Kommission.

2602 RUFFNER, AJP 1996, 844.

2603 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 26;P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 35; vgl. ferner WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 501 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); in diesem Fall verunmöglichte Multipay/Card Solutions den Konkurrenten die rasche Entwicklung von Terminals, was, gemäss WEKO, zu einer «künstlichen» Verknappung des Terminal-Angebots führte und die Klienten zwang, das Terminal des Marktbeherrschers zu wählen; ferner auch EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 643 ff. – Microsoft/Kommission.

2604 KOMM, ABl. 1989 L 43/27, Rz 24 ff., 52 ff., 97 f., 108 ff. – Decca Navigator System; Jung, in: Grabitz /Hilf/Nettesheim, Art. 102 N 215.

2605 Dazu GOHARI, Diss., 9 f.

2606 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 26.

2607 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 243; ferner auch VENTURI/FAVRE, 40; zum einschlägigen Fallrecht der Wettbewerbsbehörden Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 131 – Netzwerkgeräte Cisco Systems.

2608 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 243, 726 ff.; Sekretariat, RPW 1998/3, 369 ff. Rz 35 ff. – Devisierungs-(Vor-)Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB; ferner EuG, 10.7.1990, Rs. T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, Rz 23 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak I); sodann STIRNIMANN, 233 ff.; BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 26; VENTURI/FAVRE, 42 f.

2609 O'DONOGHUE/PADILLA, 673 ff.

2610 VENTURI/FAVRE, 42.

2611 O'DONOGHUE/PADILLA, 243; vgl. auch Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575.

2612 KOMM, ABl. 1988, L 272/27, Rz 45 – Tetra Pak I (BTG Licence), bestätigt durch EuG, 10.7.1990, Rs. T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak I).

2613 Vgl. EuG, 12.12.1991, Rs. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, Rz 99 – Hilti/Kommission.

2614 REKO/WEF, RPW 2003/2, 406 ff., E. 5.3.4c – Cablecom GmbH.

2615 Dazu ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 725 f.

2616 Vgl. BVGer, 16.2.2021, B-2798/2018 E. 11.4.4– Supermédia; WEKO, RPW 2020/3a, 1044 ff. Rz 371 ff. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; WEKO, RPW 2020/2, 433 ff. Rz 1040, 1044 f., 1050 f., 1053 f., 1062, 1074, 1091 ff. – Geschäftskunden Preissysteme für adressierte Briefsendungen; WEKO, RPW 2020/1, 78 ff. Rz 908 ff. – KTB-Werke; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 134 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; Sekretariat, RPW 2019/4, 1115 ff. Rz 190 ff. – IWB – Netznutzungsentgelte Erdgas; Sekretariat, RPW 2019/3a, 574 ff. Rz 193 ff. – TWINT/Apple; Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 137 – Netzwerkgeräte Cisco Systems, hier stellt das Sekretariat der WEKO fest, dass die Nicht-Übertragbarkeit von Software-Lizenzen Drittanbieter von Supportdienstleistungen bei der Erbringung einer Hardware-Ersatz-Dienstleistung stark einschränken kann.

2617 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 235.

2618 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 26; P. REINERT, in: SHK-Kartellgesetz, Art. 7 N 34; DÄHLER /KRAUSKOPF/STREBEL, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 8.93 ff.; MARBACH/DUCREY/WILD, 384 Rz 1686.

2619 Vgl. statt anderer TEMPLE LANG, Abuse, 103; DERS., Exclusionary Abuses, 136 ff.

2620 EuGH, 13.2.1979, Rs. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Rz 125 – Hoffmann-La Roche & Co. AG/Kommission; vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH, 20.12.2017, C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020, Rz 26 – MEO – Serviços de Comincações e Multimédia SA contre Autoridade da Concorrência.

2621 Vgl. z.B. WEKO, RPW 2016/4, 920 ff. Rz 609 – Sport im Pay-TV (mit Hinweis auf die einschlägige Praxis in FN 212): «[Es] ist *im Einzelfall* zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt» (H.v.d.V.).

2622 Vgl. SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 210 f.

2623 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 20.

2624 Vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 241; vgl. auch EuG, 30.9.2003, Rs. T-203/01, ECLI: EU:T:2003:250, Rz 107 – Manufacture française des pneumatiques Michelin/Kommission (Michelin II).

2625 Vgl. WEKO, RPW 1999/2, 204 ff. Rz 37 ff. – Teleclub AG vs. Cablecom Holding AG, in diesem Punkt bestätigt durch REKO/WEF, RPW 1999/4, 618 ff., E. 5.1.3, schliesslich aber aus anderen Gründen aufgehoben.

2626 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 28 ff.

2627 Vgl. zur Frage des *Dispositivs* bei Sachverhalten, die nach Art. 7 Abs. 2 lit. e beurteilt werden, WEKO, RPW 2014/4, 670 Ziff. 2 Dispositiv – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2628 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 575; vgl. ferner EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 48.

2629 BELLAMY/CHILD, Rz 10.140.

2630 Vgl. CARRON, Transactions, Rz 119 ff. m.Nw.; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 274.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2631 Vgl. der Reihe nach CARRON, Transactions, Rz 123 ff., 371 ff., 179 ff., 208 ff., 232 ff., 280 ff., 344 ff., 371 ff.

2632 BRECHBÜHL/TRIEBOLD, 31; CARRON, Transactions, Rz 885, der in Rz 886 ff. eine Einschätzung der kartellrechtlichen Auswirkungen der jeweiligen ökonomischen Funktionen versucht.

2633 Vgl. Botschaft 1981, BBl 1981 II 1293, 1323 f.; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 261.

2634 Gemäss BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1279 f., 1304 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) m.Nw. würde dies einen Unterschied zum europäischen Recht darstellen, das lediglich die Nachfrageseite berücksichtigt.

2635 BELLAMY/CHILD, Rz 10.139.

2636 CARRON, Transactions, Rz 55 ff.; vgl. ferner BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 259 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2637 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.3 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, in welchem die AGH in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Vermietung einer Veranstaltungslokalität den Abschluss eines Ticketingvertrags mit ihrem Kooperationspartner Ticketcorner vorsieht.

2638 CARRON, Transactions, Rz 110 ff.; FREY, 84; MONOPOLKOMMISSION, Rz 1245 ff.

2639 CARRON, Transactions, Rz 74 ff., 82 m.Nw.; auch BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 250 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 201 f. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2640 Vgl. BISHOP/WALKER, Rz 6–063; NALEBUFF, Tying, 16.

2641 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 202 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2642 Vgl. BELLAMY/CHILD, Rz 10.140; BISHOP/WALKER, Rz 6–063; JONES/SUFRIN/DUNNE, 474; O' DONOGHUE/PADILLA, 596.

2643 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 202 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2644 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2645 Vgl. BISHOP/WALKER, Rz 6–063; JONES/SUFRIN/DUNNE, 474; BELLAMY/CHILD, Rz 10.140.

2646 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 596 f.

2647 Vgl. M. REINERT, in: Geiser/Krauskopf/Münch, Rz 4.154.

2648 WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 202 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2649 Dazu CARRON, Transactions, Rz 92 ff. m.Nw.; vgl. ferner mit ähnlicher Unterscheidung AREEDA, Antitrust Law 1991, 1718c, 242; sodann auch BURKERT, 35; GAZÉ/LAVIGNE, 4 f.; HUMMEL, 10 f.; MONOPOLKOMMISSION, Rz 1216.

2650 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 251 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; dazu CARLTON/WALDMAN, Implications, 4 f.; FARRELL/WEISER, 2; JANSEN, 28 ff.; KATZ, 657 f.; XOUDIS , 25; ferner auch MONOPOLKOMMISSION, Rz 1241 ff.

2651 Vgl. jedoch das BVGer im Fall Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, in dem behauptet wird, dass «[…] das Bündelgeschäft ausschliesslich auf einer vertraglichen Kombination und das Anreizgeschäft ausschliesslich auf einer faktischen Kombination» beruht (BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 251 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; H.v.d.V.). Diese Behauptung ist objektiv betrachtet reichlich *undifferenziert* und in verschiedenen Fallkonstellationen auf Anhieb *unzutreffend*.

2652 JONES/SUFRIN/DUNNE, 474; BELLAMY/CHILD, Rz 10.140.

2653 Vgl. WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 518 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2654 Zur näheren Spezifizierung der Problematik: Der Kauf eines Smartphones, der an einen Telefonievertrag mit einem Provider gekoppelt ist, stellt ein *vertragliches tying (oder bundling)* dar; demgegenüber ist ein Smartphone, das mit einem Fotogerät versehen ist, als eine *technologische /faktische* Koppelungspraktik anzuschauen; vgl. WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 518 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2655 Dazu TIROLE, 334.

2656 Vgl. zu dieser Frage CARLTON/GODDARD, 156, welche unter Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV einen weniger strengen Ansatz für die *technologisch/physisch* ausgerichteten Koppelungsgeschäfte fordern.

2657 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 53.

2658 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1288 f. – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2659 O'DONOGHUE/PADILLA, 609.

2660 Vgl. DOBSON/WATERSON, 6, welche von *«quantity forcing»* sprechen; ferner auch AREEDA, Antitrust Law 1991, 1700j3, 17 f.

2661 Vgl. DOBSON/WATERSON, 6, welche von *«exclusive dealing»* sprechen; zum Begriff ferner auch HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 587 f.

2662 Dazu CARRON, Transactions, Rz 115 m.Nw., der hervorhebt, dass Mindestkaufmenge und Exklusivbezug das Ziel einer allfälligen Preisdiskriminierungsstrategie nicht zu verfolgen und zu realisieren vermögen.

2663 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 505 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. JANSEN, 91; KAPP, 33; KAYSEN/TURNER, 153 f.; UTTON, 242 f.

2664 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 505 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 269; BELLAMY/CHILD, Rz 10.138, die das «tying» als «a form of 'constructive' refusal to deal» beschreiben.

2665 Vgl. EuGH, 3.10.1985, Rs. 311/84, ECLI:EU:C:1985:394 – Centre Belge d'Etudes du Marché-Télémarketing/Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA et Information Publicité Benelux SA.

2666 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 516 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). Unseres Erachtens nach entspricht der Sachverhalt nicht zur Gänze dem beschriebenen Verhalten, insofern Multiplay das Geschäft mit den Händlern nicht verweigerte, um sie zum gekoppelten Vertragsabschluss bezüglich Akzeptanz-Dienstleistung und DCC-Vertrag zu zwingen, wie festgehalten im Entscheid des BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1353 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2667 Vgl. BULST, in: Langen/Bunte, Art. 102 N 154; SCHRÖTER/BARTL, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer, Art. 102 N 256 m.Nw.

2668 Vgl. CARRON, Transactions, Rz 118 m.Nw., der präzisiert, dass die Geschäftsverweigerung *strictu sensu* den Zweck einer Preisdiskriminierungsstrategie nicht zu erreichen vermag.

2669 CARRON, Transactions, Rz 829 und 523 ff. m.Nw.

2670 CARRON, Transactions, Rz 830 und 689 ff. m.Nw.

2671 Vgl. CARRON, Transactions, Rz 439 ff.; JONES/SUFRIN/DUNNE, 473 f.; VAN DEN BERGH/CAMESASCA , 265 ff.; sodann auch WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 508 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2672 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 597 f.

2673 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 179; MOTTA, 461.

2674 Zum sog. «wirkungsbasierten» Ansatz ausführlich N 128; vgl. *in casu* WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 506 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC): «[…] Ein Koppelungsgeschäft kann wie die Geschäftsverweigerung zur Verdrängung von Wettbewerbern eingesetzt werden. In der Literatur wird die Koppelung sogar primär als Verdrängungsmissbrauch qualifiziert, wobei ein marktbeherrschendes Unternehmen durch eine Koppelung einen Verdrängungseffekt auf dem Markt des gekoppelten Gutes herbeiführt und so seine Marktmacht auf diesen benachbarten, vor- oder nachgelagerten Markt übertragen kann (‹Leverage›-Theorie)».

2675 Vgl. auch HULL, 289; WEKO, RPW 2011/1, 510 ff. Rz 508 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2676 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 599; ferner auch MOTTA, 461.

2677 Vgl. CARLTON/PERLOFF, 36 ff.

2678 Vgl. CARLTON/PERLOFF, 44 ff.; eingehend auch BAUMOL/PANZAR/WILLIG, 248.

2679 Vgl. CARRON, Transactions, Rz 224.

2680 Vgl. D. S. EVANS, Tying, 6.

2681 CARRON, Transactions, RZ 384 m.Nw.; ferner CHEN/HYLTON, 612 f.; TIROLE, 172.

2682 O'DONOGHUE/PADILLA, 600.

2683 EVANS/PADILLA/POLO, 509 ff.

2684 O'DONOGHUE/PADILLA, 600.

2685 AREEDA, Antitrust Law 1991, 1703g1, 50; CARRON, Transactions, Rz 179 ff. m.Nw.; IACOBUCCI, *passim*; MOTTA, 461; O'DONOGHUE/PADILLA, 600.

2686 POSNER/EASTERBROOK, 808 f.

2687 Vgl. *International Business Machines Corp*. v. *United States*, 298 U.S. 131 (1936).

2688 BISHOP/WALKER, Rz 6–67; CARRON, Transactions, Rz 179 ff. m.Nw.

2689 Vgl. NALEBUFF, Competing, 2; O'DONOGHUE/PADILLA, 601 f.; in diesem Sinne auch CARRON, Transactions, Rz 377.

2690 Vgl. die Übersicht über die einschlägige ökonomische Literatur in WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 507 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2691 HOVENKAMP, Columbia Bus. L. Rev. 2001, 266.

2692 FOX/SULLIVAN, 957 ff.

2693 Vgl. FARRELL/WEISER, 22 m.Nw.

2694 WOLLENBERG, 756.

2695 HYLTON/SALINGER, 486 FN 81 m.Nw.; vgl. ferner BAKER, 1235 ff.; BORK, Paradox, 365 ff.; WOLLENBERG, 737 ff. Aus heutiger Sicht O'DONOGHUE/PADILLA, 603 («If the [market for the tied good] is perfectly competitive, affecting the market structure is not feasible»).

2696 Vgl. FARRELL/WEISER, 20; TIROLE, 333 f.

2697 Vgl. FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 364 f.

2698 Vgl. BOWMAN, 19 ff.; DIRECTOR/LEVI, 281 ff.; FARRELL/WEISER, 20; MARKOVITS, Yale L.J. 1970, 197 ff.

2699 Vgl. BORK, Paradox, 372 ff.; aus heutiger Sicht O'DONOGHUE/PADILLA, 602 f.; RIDYARD, E.C.L.R. 2005, 316.

2700 Vgl. HYLTON/SALINGER, 486.

2701 Vgl. HYLTON/SALINGER, 486.

2702 Vgl. HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 303 ff., 336 ff.; dazu CARRON, Transactions, Rz 462 ff. m.Nw.; sodann auch WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 507 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2703 HYLTON/SALINGER, 487 f.

2704 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 375.

2705 HYLTON/SALINGER, 488; vgl. auch SEIDMANN, 496.

2706 FARELL/WEISER, 2; EVANS/PADILLA/POLO, 511; zum Begriff des «*leveraging*» auch BEHRENS, Wettbewerbsrecht, Rz 1222.

2707 CARLTON/WALDMAN, Rand J. Econ. 2002, 194 ff.; ferner auch O'DONOGHUE/PADILLA, 603 f.; MOTTA, 464 ff.; CARRON, Transactions, Rz 457, 680 ff.

2708 WHINSTON, 837 ff.

2709 COATE/FISCHER, 796 f., 818; FARELL/WEISER, 22; HYLTON/SALINGER, 497.

2710 CARRON, Transactions, RZ 458 m.Nw.

2711 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 605; ferner auch COATE/FISCHER, 797.

2712 NALEBUFF, Quarterly J. of Econ. 2004, 26; AGHION/BOLTON, 388 ff.; für ein weiteres Modell mit unterschiedlichen Hypothesen CHEN, 85 ff.

2713 NALEBUFF, Quarterly J. of Econ. 2004, 27; DIXIT, 95 ff.; auch HOVENKAMP, Federal Antitrust Policy, 463 ff., 472 f.

2714 Vgl. zum Ganzen auch O'DONOGHUE/PADILLA, 605.

2715 CARLTON/WALDMAN, Implications, 1 ff.; HULL, 289.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2716 COATE/FISCHER, 797 und 818.

2717 HURKENS/JEON/MENICUCCI, 1 ff. Vgl. auch FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 381 f.

2718 CHOI, Innovation, 83 ff. Vgl. auch FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 383.

2719 CHOI, R&D, 1153 ff. Vgl. auch FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 384.

2720 CHOI/STEFANADIS, 52 ff.; vgl. KRAMLER/BUHR/WYNS, 40.

2721 O'DONOGHUE/PADILLA, 606.

2722 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 367 ff.

2723 CARLTON/WALDMAN, Upgrades, 675 ff.

2724 CARRON, Transactions, Rz 450; MEESE, 25; es gilt an dieser Stelle nochmals daran zu erinnern, dass aus industrieökonomischer Perspektive eine Preisdiskriminierung (im Gegensatz zum Gebrauch dieses Begriffes im Recht) je nach den konkreten Umständen des Einzelfalles etwas Virtuoses oder Vizióses sein kann (s. N 283 ff.). Sie kann m.a.W. zu wettbewerbspolitisch Wünschenswertem, aber auch zur Schädigung der Konsumentenrente führen.

2725 CARRON, Transactions, Rz 294 m.Nw.; MOTTA, 463.

2726 Vgl. CARRON, Transactions, Rz 315 m.Nw.

2727 Vgl. CARRON, Transactions, Rz 318 ff. m.Nw.

2728 MARKOVITS, Yale L.J. 1967, 1447.

2729 Vgl. AREEDA, Antitrust Law 1991, 1711d, 128; MARKOVITS, Yale L.J. 1967, 1454 ff.

2730 Vgl. AREEDA, Antitrust Law 1991, 1711b, 129.

2731 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 606 f. m.Nw. in FN 56.

2732 Vgl. im Kontext auch MOTTA, 461.

2733 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 608.

2734 EVANS/SALINGER, 32 ff.

2735 EVANS/SALINGER, 37 ff.; dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 608 f.

2736 EVANS/SALINGER, 59 f.

2737 EVANS/SALINGER, 62 f.

2738 EVANS/SALINGER, 89 f.

2739 O'DONOGHUE/PADILLA, 609.

2740 AREEDA, Antitrust Law 1991, 1730a, 407; BRANDL, 18, 31; CARRON, Transactions, Rz 940; CARRON, Abus, 12; MEESE, 3.

2741 AREEDA, Antitrust Law 1991, 1730a, 408; CARLTON/GODDARD, 156; CARRON, Transactions, Rz 941; CARRON, Abus, 12; HYLTON/SALINGER, 500; MOTTA, 467.

2742 Ferner O'DONOGHUE/PADILLA, 609; MOTTA, 467.

2743 JEAN TIROLE, The Analysis of Tying Cases: A Primer, Competition Policy International, 1/2005, 1–25.

2744 In diesem Sinne WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 511 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2745 Vgl. z.B. STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 491 m.Nw.; die erste Auflage des CR Concurrence-CLERC, 1. Aufl., Art. 7 N 267, vertrat noch die These eines Ausbeutungsmissbrauchs; allerdings haben die Autorinnen in der zweiten Auflage einen bemerkenswerten Wandel ihrer Meinung vollzogen: vgl. CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 263.

2746 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 506 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC). Vgl. jedoch BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.1 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich: «Koppelungsgeschäfte haben eine Ausbeutungs- und eine Behinderungsmissbrauchskomponente»; in diesem Urteil scheint das Bundesgericht ersichtlich die Koppelung unter die beiden Typen des Missbrauchs einzuordnen: vgl. auch BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1265 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC), der von «zwei alternativen oder kumulativen Varianten» spricht.

2747 Zum Ganzen EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 179; CARRON, Transactions, Rz 1929 f.; CARRON, Abus, 12.

2748 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1251 ff. – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC); BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 246 ff. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2749 Dazu auch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 247 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2750 Vgl. auch BALDI/BORER, 343 ff., 352; TERCIER/VENTURI, 67 ff., 85; HUTTENLAUCH/LÜBBIG, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Art. 102 N 194 ff.; ferner auch Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff. Rz 60 – Produktebündel «Talk & Surf».

2751 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1294 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC); EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 50 FN 3.

2752 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 254 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 50 FN 3.

2753 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1296 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2754 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1355 ff. – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2755 Der Kausalzusammenhang wird üblicherweise nicht explizit als konstitutives Merkmal erwähnt. Das BGer erwähnt jeweils vier Merkmale: BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.1 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich. Vgl. auch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 253 ff. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 197 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; CARRON, Transactions, Rz 896; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 272, die als fünftes Element die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens erwähnen; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 183; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 842, 852 und 859 – Microsoft/Kommission.

2756 CARRON, Transactions, Rz 1634 ff. m.Nw.; CARRON, Abus, 13; vgl. auch EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 872 ff. – Microsoft/Kommission; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 255 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, betont, dass es sich im Einzelfall auch jeweils um mehrere Produkte handeln kann, weshalb auch Koppelungsgeschäfte mit mehr als zwei Produkten möglich sind.

2757 Z.B. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 62; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 938 ff. – Microsoft/Kommission; ferner auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 275; OJHA, 221 ff.

2758 Vgl. AREEDA/HOVENKAMP/ELHAUGE, 1741, 174 ff.; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 275; MONOPOLKOMMISSION, 429 ff., Rz 1222.

2759 CARRON, Transactions, RZ 43; vgl. z.B. Ungar v. Dunkin' Donuts, 531 F.2d 1211, 1222 (3d Cir. 1976), cert. denied, 429 U.S. 823 (1976).

2760 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 255 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich m.w.H.

2761 O'DONOGHUE/PADILLA, 617 m.Nw.

2762 CARRON, Transactions, RZ 43; vgl. für eine Übersicht verschiedener Versuche im amerikanischen Recht HARRIS, 871 ff.

2763 Vgl. BGE 83 II 458 E. 2.

2764 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 51.

2765 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 186; BURKERT, 42 ff.; MONOPOLKOMMISSION, 429 ff.

2766 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 51.

2767 BRECHBÜHL/TRIEBOLD, 27 ff., 33 f.; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 255 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 917 – Microsoft/Kommission.

2768 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1313 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2769 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 255 m.Nw. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2770 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 914, Microsoft/Kommission.

2771 O'DONOGHUE/PADILLA, 611 f. Unseres Erachtens nach mit nicht nachvollziehbarem Verweis auf ZÄCH, BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, der von der Frage handelt, «ob für die gekoppelte Leistung [und nicht für die koppelnde Leistung] eigene Märkte bestehen».

2772 EuG, 12.12.1991, Rs. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, Rz 68 – Hilti/Kommission; vgl. auch EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 918 f. – Microsoft/Kommission, der diesen Vorschlag explizit ablehnt.

2773 O'DONOGHUE/PADILLA, 622.

2774 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 918 – Microsoft/Kommission, jedoch in Zusammenhang mit dem Fehlen an einer eigenständigen Nachfrage nach dem mutmasslich gekoppelten Produkt.

2775 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 51, die «eine *große* Anzahl von Kunden» verlangt. Auch O'DONOGHUE/PADILLA, 619 f. mit Erläuterungen zum Fall *Microsoft /WindowsMediaPlayer* in der EU und der Schlussfolgerung, dass der EuG die Frage in schwierigen Fällen offengelassen hat.

2776 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 186.

2777 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 51. Auch EuG, 12.12.1991, Rs. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, Rz 67 – Hilti/Kommission.

2778 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 927 – Microsoft/Kommission, zu Apple, das sein Abspielprogramm QuickTime getrennt von seinen Betriebssystemen für Client-PCs anbot.

2779 BURKERT, 42 ff.; CARRON, Transactions, RZ 48 ff.; MONOPOLKOMMISSION, Rz 1225 ff.

2780 CARRON, Transactions, RZ 49, 51, 52; FUCHS/MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 280; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 255 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2781 BRECHBÜHL/TRIEBOLD, 27 ff., 32; CARRON, Transactions, RZ 50.

2782 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2783 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 255 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 515 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2784 WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 45 ff., 125 ff. – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit.

2785 CARRON, Transactions, RZ 1634; für eine ähnliche Betrachtung im europäischen Recht FUCHS /MÖSCHEL, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EU/Teil 1, Art. 102 N 281.

2786 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2787 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.3 (H.v.d.V.) – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2788 MONOPOLKOMMISSION, Rz 1238.

2789 In diesem Sinne WHISH/BAILEY, 706 ff.

2790 AREEDA/HOVENKAMP/ELHAUGE, Antitrust Law 1996, 1740, 175.

2791 Z.B. EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 935 ff. – Microsoft/Kommission; ferner CARRON, Transactions, RZ 54 m.Nw.; HEINEMANN, Verhaltenskontrolle, 170.

2792 CARRON, Transactions, RZ 1637 ff. m.Nw.; vgl. auch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 256 ff. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 945 ff. – Microsoft/Kommission.

2793 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.1, 6.2.3 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1317 ff. – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2794 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1331 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) spricht von «Zwangswirkung zum Erwerb oder zur Abgabe von mindestens zwei Produkten für den potenziellen Geschäftspartner des marktbeherrschenden Unternehmens»; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 961, Microsoft/Kommission; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI, Art. 7 II N 272.

2795 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 253 ff., 256 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2014/4, 670 Rz 200 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; CARLTON/WALDMAN,

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

Implications, 4 f.; FARELL/WEISER, 2; JANSEN, 28 ff.; KATZ, 657 f.; MONOPOLKOMMISSION, Rz 1241 ff.; XOUDIS, 25; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 451; OJHA, 223.

2796 CARRON, Transactions, RZ 101; WHISH/BAILEY, 705.

2797 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1329 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC); BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 257 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2798 Sekretariat, RPW 2002/1, 72 ff. Rz 3 f. – Lokoop AG.

2799 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. A.b – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2800 Vgl. WEKO, RPW 1998/3, 377 ff. Rz 1, 5, 8, 14, 16 f. – Swisscom-Centrex; sodann auch WHISH/BAILEY , 705.

2801 Vgl. WEKO, RPW 1998/3, 425 ff. – Gasversorgung Rothenburg.

2802 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. A.b – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2803 Vgl. Sekretariat, RPW 2005/4, 605 ff. Rz 53 ff. – Clauses d'architecte ou d'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève.

2804 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.3 m.Nw. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2805 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 256 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2806 CARRON, Transactions, RZ 102; WHISH/BAILEY, 705 ff.

2807 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, XIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1985, Brüssel, Luxemburg 1985, Rz 94 ff. – IBM.

2808 Vgl. Sekretariat, RPW 2005/1, 46 ff. Rz 59 – TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera.

2809 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 963 – Microsoft/Kommission.

2810 Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 111, 119 – Netzwerkgeräte Cisco Systems.

2811 Vgl. zum Ganzen auch EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 182.

2812 WHISH/BAILEY, 705 m.Nw.; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 451; CARRON, Transactions, RZ 196; vgl. sodann auch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 258 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2813 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1332 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2814 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1282 ff., 1285 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2815 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1286 ff, 1328 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2816 CARRON, Transactions, Rz 772 m.Nw., 834, 896.

2817 Vgl. Sekretariat, RPW 2004/2, 357 ff. Rz 70 – Produktebündel «Talk&Surf»; ferner auch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 259 ff. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2818 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1336 ff. – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2819 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 970 – Microsoft/Kommission.

2820 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 24 ff. – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II).

2821 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1355 ff. – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2822 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 28 – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II).

2823 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 31 – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II).

2824 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1366 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2825 CARRON, Transactions, Rz 1640 m.Nw.; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 278; MESTMÄCKER/SCHWEITZER, 451; OJHA, 223 ff.; STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 502; BGer,

12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1376 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC); BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 263 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; Sekretariat, RPW 2005/4, 605 ff. Rz 63 – Clauses d'architecte ou d' entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève; Sekretariat, RPW 2005/1, 46 ff. Rz 59 – TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 842, 976 ff., 1031 – Microsoft/Kommission.

2826 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, bei dem festgehalten werden kann, dass die Formulierung das Element der Kausalität enthält (Merkmal IV), das zu einem späteren Zeitpunkt behandelt wird (s. N 774); BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1376 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2827 Vgl. CARRON, Transactions, RZ 1604.

2828 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 179; auch BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, wobei unsere Meinung hinsichtlich der Ausbeutungseffekte von der Meinung des BGer teilweise divergiert (s. N 765 ff.); BVGer, RPW 2016 /4, 1085 ff. Rz 249 und 264 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, wobei das BVGer davon auszugehen scheint, dass ein Geschäft ohnehin wettbewerbswidrig ist, da «Koppelungsgeschäfte eine Wettbewerbsbeschränkung darstellen, weil sie verschiedene Varianten einer Wettbewerbsverfälschung nach sich ziehen» (Rz 249) und, dass dabei «grundsätzlich […] ein […] negativer Effekt vorliegt» (Rz 249 und 264); WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 203 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2829 CARRON, Transactions, RZ 681 ff. m.Nw.; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 52; auch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 249 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2830 AREEDA, Antitrust Law 1991, 1706b2, 75; CARRON, Transactions, Rz 692 ff., 747 ff. und 767; NALEBUFF, Tying, 71; WHINSTON, 839.

2831 BORER, Kommentar KG, Art. 7 N 24; CARRON, Transactions, RZ 692 ff. m.Nw.; CR Concurrence-CLERC/KÉLLEZI, Art. 7 II N 263; RUFFNER, AJP 1996, 845; UTTON, 244.

2832 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 520 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2833 Vgl. dazu CARRON, Transactions, Rz 799 ff. m.Nw.

2834 Vgl. dazu CARRON, Transactions, Rz 803 m.Nw.

2835 Vgl. dazu CARRON, Transactions, Rz 802. m.Nw.

2836 CARLTON/WALDMAN, Implications, 3 f.; CARRON, Transactions, RZ 799 ff., 803.

2837 AREEDA, Antitrust Law 1991,1703d1, 41; CARRON, Transactions, RZ 803; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 181.

2838 WEKO, RPW 1998/3, 377 ff. Rz 18 – Swisscom-Centrex.

2839 Sekretariat, RPW 2000/1, 1 ff. – Lokoop AG vs. SBB; vgl. ferner WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 204 f. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2840 CARRON, Transactions, RZ 708; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 197.

2841 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 145 FN 91: «Network effects arise when consumers place greater value on larger networks than small ones. Examples include telephone networks where, in the absence of an obligation to interconnect, users directly derive value from being able to communicate with many other users […]».

2842 In diesem Sinne EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 20; dazu CABRAL, 311 ff.

2843 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 199.

2844 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 200.

2845 CARRON, Transactions, Rz 708; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 197.

2846 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 145 FN 91: «Network effects arise when consumers place greater value on larger networks than small ones. Examples include telephone networks where, in the absence of an obligation to interconnect, users directly derive value from being able to communicate with many other users […]».

2847 In diesem Sinne EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 20; dazu CABRAL, 311 ff.

2848 Europäische Kommission, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 199.

2849 Europäische Kommission, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 200.

2850 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 196; O'DONOGHUE/PADILLA, 624 («the anticompetitive foreclosure should be substantial») und 627 («the tying arrangement is unlikely to lead to anticompetitive foreclosure because it only affects a non-material share of the competitive market»); ferner CARRON, Transactions, RZ 778 m.Nw., insbesondere 700 ff. **A.A.**: BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1376 ff. – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2851 Vgl. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 196; ferner auch BRECHBÜHL/TRIEBOLD, 33; CARRON, Transactions, RZ 702 ff.; XOUDIS, 181; sodann JICKELI, 255; EuG, 25.10.2002, Rs. T-5 /02, ECLI:EU:T:2011:129, Rz 169 – Tetra Laval BV/Kommission; schliesslich auch MONOPOLKOMMISSION, Rz 1358.

2852 CARRON, Transactions, Rz 700 ff. m.Nw. Auch CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 280.

2853 Besteht hingegen weiterhin ein Teil an unabhängigen Nachfragen für das gekoppelte Gut und somit unabhängig von dem Koppelungsgeschäft, so ist die Verdrängungswirkung auf dem Markt des gekoppelten Gutes begrenzt.

2854 In diesem Sinne EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 16; EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 196.

2855 BURKERT, 223; JICKELI, 255.

2856 CARRON, Transactions, Rz 707; JANSEN, 64.

2857 CARRON, Transactions, Rz 710 ff. m.Nw.; O'DONOGHUE/PADILLA, 627.

2858 AHLBORN/EVANS/PADILLA, 330.

2859 AHLBORN/EVANS/PADILLA, 331 ff.

2860 AHLBORN/EVANS/PADILLA, 334.

2861 EuG, 12.12.1991, Rs. T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70 – Hilti/Kommission.

2862 EuGH, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436 – Tetra Pak International SA/Kommission (Tetra Pak II).

2863 Vgl. ausführlich O'DONOGHUE/PADILLA, 610 ff. m.Nw.

2864 Vgl. HOLZWEBER, 360.

2865 Vgl. EuGH, 6.9.2017, Rs. C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, Rz 139–141 – Intel Corporation /Kommission.

2866 Dazu HOLZWEBER, 359 f.

2867 KOMM, COMP/C-3/37.792 – Microsoft.

2868 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 – Microsoft Corp./Kommission.

2869 Vgl. KOMM, COMP/C-3/37.792, Rz 835 ff. — Microsoft.

2870 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 625; ferner AKMAN, Google Search, 353 f.

2871 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 1035 – Microsoft Corp./Kommission.

2872 Dazu O'DONOGHUE/PADILLA, 625 f.

2873 COMP/39230 — Rio Tinto Alcan.

2874 Dazu SUBIOTTO/LITTLE, 171 f.

2875 COMP/39230, Rz 66–85 — Rio Tinto Alcan; vgl. zum Ganzen SUBIOTTO/LITTLE, 171 f.

2876 COMP/39230, Rz 85 — Rio Tinto Alcan; dazu SUBIOTTO/LITTLE, 17o.

2877 EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 868 – Microsoft Corp./Kommission.

2878 So die Einschätzung der aktuellen Rechtslage von BELLAMY/CHILD, N 10.147.

2879 COMP/AT.40099 – Google Android.

2880 COMP/AT.40099, Rz 773–876 sowie 896–992 – Google Android.

2881 COMP/AT.40099, Rz 749 – Google Android.

2882 COMP/AT.40099, Rz 750 – Google Android.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2883 Mit dieser Vokabel einher geht der Umstand, dass stets der Vorbehalt gilt, die europäischen Gerichte würden in Zukunft die Kommissionspraxis nicht umkehren; allerdings scheint zur Zeit eine solche Rechtsentwicklung wenig wahrscheinlich; die Frage wird in N 758 besprochen.

2884 Vgl. TODD, 80 ff., der eine ausführliche Analyse der von der Kommission verwendeten Methodik vorlegt und sich in gewissen Punkten kritisch äussert.

2885 Vgl. COMP/AT.40099, Rz 749 – Google Android: «In *Microsoft* […] the General Court explained that while it is true that Article 102 TFEU as a whole does not contain any reference to the anti-competitive effect of bundling, the fact remains that, in principle, conduct will be regarded as abusive only if it is capable of restricting competition. As already explained […], the concept of abuse covers not only practices which may prejudice consumers directly but also those which may indirectly prejudice them by impairing an effective competitive structure».

2886 Vgl. MANDRESCU, 2.

2887 Vgl. ROUSSEVA/MARQUIS, 41 f.

2888 Vgl. ausführlich HOLZWEBER, 360 f.

2889 Vgl. ROUSSEVA/MARQUIS, 37.

2890 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 24 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I).

2891 Dazu HOLZWEBER, 361 f.

2892 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 44 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) (H.v.d.V.).

2893 Vgl. O'DONOGHUE/PADILLA, 625 ff.

2894 EuGH, 27.3.2012, Rs. C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, Rz 26 – Post Danmark A/S/Konkurrencerådet (Post Danmark I) (H.v.d.V.).

2895 So auch O'DONOGHUE/PADILLA, 625 f.; BELLAMY/CHILD, N 10.147; Europäische Kommission vom 9.2.2009, Rz 52 ff.

2896 WEKO, RPW 1998/3, 377 ff. Rz 18 – Swisscom-Centrex.

2897 Vgl. insbesondere WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rz 403 ff., 430 ff. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 203 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 505 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); WEKO, RPW 2008/3, 385 ff. Rz 194 ff. – Publikation von Arzneimittelinformationen; WEKO, RPW 2004/4, 1002 ff. Rz 55 ff. – Corneèr Banca SA/Telekurs AG; WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 125 ff. – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit; Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 110 ff. – Netzwerkgeräte Cisco Systems; Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 47 ff. – NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG /EWJR; Sekretariat, RPW 2005/4, 605 ff. Rz 60 ff. – Clauses d'architecte ou d'entrepreneur – Caisses de pension – Canton de Genève; Sekretariat, RPW 2005/1, 46 ff. Rz 53 ff. – TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera; Sekretariat, RPW 2004 /2, 357 ff. Rz 69 ff. – Produktebündel «Talk & Surf».

2898 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2899 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 506 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2900 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 511 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) (H.v.d. V.).

2901 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 519 – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. dazu allgemein HOLZWEBER, 353.

2902 WEKO, RPW 2011/1, 96 ff. Rz 519 ff. – SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).

2903 So auch zumal WEKO, RPW 2020/3a, 1144 Rz 403 ff., 430 ff. – Kommerzialisierung von elektronischen Medikamenteninformationen; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 203 ff. – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA; WEKO, RPW 2008/3, 385 ff. Rz 194 ff. – Publikation von Arzneimittelinformationen; Sekretariat, RPW 2014/2, 353 ff. Rz 110 ff. – Netzwerkgeräte Cisco Systems; Sekretariat, RPW 2007/3, 353 ff. Rz 47 ff. – NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR.

2904 Vgl. BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Bst. F.-O. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2905 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 247 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

2906 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 249 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn

2907 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 263 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.); es lässt sich letztlich, genau besehen, nur darüber rätseln, was man unter dem Ausdruck *«nachteilige Konstellation»* zu verstehen hat.

2908 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 264 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

2909 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 264 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

2910 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 264 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

2911 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1378–1384– Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2912 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1377 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2913 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1399– Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2914 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1400– Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) (H.v.d.V.).

2915 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1401 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) (H.v.d.V.).

2916 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1401 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2917 BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1403 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC) (H.v.d.V.).

2918 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2919 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2920 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.1 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2921 Vgl. BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.4 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2922 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.4 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

2923 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.5 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2924 In diesem Sinne: BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1402 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC), der erläutert, dass «im Einzelfall die jeweilige Grenzlinie zu bestimmen ist, bei der die zulässige Preisgestaltung in Form der ökonomischen Zwangswirkung auf den Wettbewerb umschlägt.»

2925 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 190; vgl. auch BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 264 *i.f.*, 266 *i.f.* – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, dieses Element wird dennoch unter dem Aspekt der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe untersucht.

2926 Vgl. CARRON, Transactions, RZ 689 ff., 916.

2927 AREEDA, Antitrust Law 1991, 1730, 411; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 263; HUMMEL , 22 f.; CARRON, Transactions, Rz 468 ff.; DERS., Abus, 14.

2928 Vgl. im Einzelnen CARRON, Transactions, RZ 523 ff.

2929 Vgl. CARRON, Transactions, RZ 586; anschaulich WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 204 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2930 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.2, 6.2.3, 6.2.4 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2931 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.4 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich (H.v.d.V.).

2932 Vgl. AMSTUTZ/REINERT, sic! 2005, 632 ff.

2933 BISHOP/WALKER, Rz 4–045.

2934 FUMAGALLI/MOTTA/CALCAGNO, 390 ff. m.Nw.

2935 O'DONOGHUE/PADILLA, 634 f.

2936 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 264: «If a dominant position on an aftermarket has been established […], the Commission presumes that it is abusive for the dominant company to reserve the aftermarket for itself by excluding competitors from that market». Siehe die Kritik dazu: J.T. LANG, Practical Aspects Of Aftermarkets, Competition Policy International 2011, p. 214.

2937 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 51.

2938 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Prioritätenmitteilung vom 9.2.2009, Rz 50 FN 3.

2939 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.1, 6.2.3 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; BVGer, 18.12.2018, B-831/2011, Rz 1413 ff., 1416 – Sanktionsverfügung – Zugang zur Dienstleistung der dynamischen Währungsumrechnung (DCC).

2940 Vgl. auch CARRON, Transactions, R 1643 m.Nw.; ferner OJHA, 224 ff. sowie BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 265 f. – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, zwischen objektiv zwingenden, technischen oder sicherheitsrelevanten Gründen und den wirtschaftlichen Aspekten wird hier unterschieden; EuG, 17.9.2007, Rs. T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Rz 1091 ff. – Microsoft /Kommission.

2941 Vgl. WEKO, RPW 1999/2, 220 ff. Rz 127 – Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit. Auch STÄUBLE/SCHRANER, DIKE-KG, Art. 7 N 506.

2942 EuG, 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436, Rz 34 ff. – Tetra Pak International SA /Kommission (Tetra Pak II); vgl. jedoch KOMM, ABl. 1990 L 100/32, Rz 15 f. – Moosehead/Whitbread.

2943 BGer, 12.2.2020, 2C_113/2017, E. 6.2.3 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich spricht von «objektiv überzeugende, zwingende technische oder wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe sowie solche der Qualitätssicherung».

2944 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 265 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich; WEKO, RPW 2014/4, 670 ff. Rz 206 – Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA.

2945 Sekretariat, RPW 2005/1, 46 ff. Rz 54 – TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera.

2946 Botschaft 1994, BBl 1995 I 468, 576.

2947 NAZZINI, Tying, 55 f.

2948 O'DONOGHUE/PADILLA, 629. Vgl. auch CARRON, Transactions, Rz 880.

2949 WEKO, RPW 1998/3, 377 ff. Rz 14 – Swisscom-Centrex.

2950 Vgl. Sekretariat, RPW 2000/1, 1 ff. Rz 40 f. – Lokoop AG vs. SBB.

2951 KOMM, ABl. 1988 L 65/19, Rz 88 – Eurofix-Bauco/Hilti.

2952 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 204; vgl. auch EuG, 12.12.1991, Rs. T-30/89, ECLI: EU:T:1991:70, Rz 118 – Hilti/Kommission.

2953 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 205 f.

2954 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 266 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, worin diese Sichtweise bestätigt und darauf verwiesen wird, dies sei bislang noch nicht abschliessend geklärt worden; vgl. auch CARRON, Abus, 14.

2955 O'DONOGHUE/PADILLA, 628.

2956 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 7 II N 285.

2957 In diesem Sinne Sekretariat, RPW 2005/1, 46 ff. Rz 60 – TopCard-Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera. Vgl. auch NAZZINI, Tying, 57 f.

2958 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 205; krit. VAN DEN BERGH/CAMESASCA, 273.

2959 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 267 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

2960 EUROPÄISCHE KOMMISSION, Discussion Paper, Rz 83.

2961 Vgl. Sekretariat, RPW 2000/1, 1 ff. Rz 40 f. – Lokoop AG vs. SBB; in diesem Entscheid hat das Sekretariat die Effizienzvorbringen der SBB, dass die Manöver im Bahnhof erleichtert würden, ohne weitere Prüfung zurückgewiesen.

2962 BVGer, RPW 2016/4, 1085 ff. Rz 267 – Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich.

Source : www.legalis.ch | Imprimé par: ‹Université de Neuchâtel› le 14.09.2023 | © 2022 Helbing Lichtenhahn