

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abbildungsverzeichnis

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