

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

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

| | |
|--|-----|
| Zweiter Teil: predatory pricing und der „ebenso effiziente Wettbewerber“ | 162 |
| I. Einleitung | 162 |
| II. Statuierungen | 163 |
| 1. Die „Geistigen Väter“ und der industrieökonomische Kontext | 163 |
| A. Ursprünge | 163 |
| a) predatory pricing | 163 |
| b) Mikroökonomische Fundierung | 165 |
| c) Posner zum Ersten | 166 |
| B. Areeda und Turner | 167 |
| a) Relevante Kostengattungen | 167 |
| b) AVC als Indikator für die MC | 169 |
| C. Reaktionen | 170 |
| a) Posner zum Zweiten | 170 |
| b) Baumol | 171 |
| c) Ein weiterer „dual cost approach“ | 172 |
| D. Posner zum Dritten | 173 |
| E. Exkurs: Rationalität und Erfolgsaussichten von predatory pricing | 174 |
| a) Strategisches Potenzial | 174 |
| b) Informationsasymmetrien | 175 |
| c) Graduelle Imperfektion der Marktbestreitbarkeit | 176 |
| 2. Prioritätenmitteilung | 176 |
| A. Gegenstand | 176 |
| B. Begriffsklärungen: Die Kostenarten der Prioritätenmitteilung | 177 |
| 3. Approximation | 179 |
| A. Der AEC als Person | 179 |
| B. Die Zuerkennung eines normativen Potenzials | 181 |
| III. Qualitäten und Restriktionen | 182 |
| 1. Wohlfahrtstheoretische Implikationen | 182 |
| A. Die Wirkungen einer Preissenkung | 182 |
| a) Theoretischer, isolierter Effekt | 182 |
| b) Gesamtmarktbetrachtung | 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 Intentionsfiktion? | 272 |
| (3) Nochmals zur angezeigten Vergleichs-Preisart | 276 |
| (4) Konsequenz hinsichtlich des Kriteriums zur Intentionsfiktion | 278 |
| cc) Vergleich mit langfristiger Kostenart | 278 |
| (1) Gegenstand und Rechtsprechung | 278 |
| (2) Adaptionen des LAIC-Massstabs und deren Konsequenzen | 284 |
| (3) Nachweis der unternehmerischen Motivation im Sinne einer „Verdrängungsabsicht“ | 288 |
| (4) Zu den Dissonanzen zwischen „Verdrängungsabsicht“ und „Objektivität“ des Missbrauchsbegriffs sowie zur Bedeutung des recoupment | 299 |
| D. Temporale Aspekte | 312 |
| a) Untersuchungszeitraum | 312 |
| b) Berechnungsansätze | 313 |
| aa) „Period by period“ | 313 |
| bb) Gesamtbetrachtung | 317 |
| (1) Übersicht | 317 |
| (2) Ertragswertmethode | 318 |
| c) Ex ante- vs. ex post-Perspektive | 323 |
| E. Exkurs: Judiciary self-restraint | 325 |
| a) Motivation | 325 |

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