

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
Literaturverzeichnis .....	XXV
Abbildungsverzeichnis .....	XXXVII
Materialienverzeichnis.....	XXXIX
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Grundlagen .....</b>	<b>5</b>
Kapitel 1: Preissetzung .....	7
Kapitel 2: Verfassungsrechtlicher Schutz der Preissetzungsfreiheit .....	31
Kapitel 3: Übersicht über die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle.....	37
<b>Teil 2: Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungstatbestands i.S.v.</b>	
<b>Art. 7 Abs. 2 lit. b KG .....</b>	<b>91</b>
Kapitel 4: Konkretisierung des Diskriminierungstatbestands .....	93
Kapitel 5: Ungleichbehandlung .....	157
Kapitel 6: Betroffenheit von Handelspartnern .....	193
Kapitel 7: Wettbewerbsbehinderung.....	209
Kapitel 8: Fehlende Rechtfertigungsgründe.....	291
<b>Schlussbetrachtungen .....</b>	<b>325</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>331</b>

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort..... VII

Inhaltsübersicht ..... IX

Inhaltsverzeichnis ..... XI

Abkürzungsverzeichnis ..... XXI

Literaturverzeichnis .....XXV

Abbildungsverzeichnis .....XXXVII

Materialienverzeichnis..... XXXIX

**Einleitung ..... 1**

I. Spannungsverhältnis zwischen Preissetzungsfreiheit und kartellrechtlichem Diskriminierungsverbot..... 1

II. Untersuchung in zwei Teilen.....2

III. Berücksichtigung des EU-Kartellrechts .....2

**Teil 1: Grundlagen .....5**

**Kapitel 1: Preissetzung .....7**

I. Preispolitische Entscheidungen..... 7

1. Einflussfaktoren auf die Preisgestaltung ..... 8

a. Interne Einflussfaktoren ..... 9

b. Externe Einflussfaktoren ..... 9

2. Preispositionierung ..... 10

3. Preissetzungsmethoden ..... 10

a. Kostenorientierte Preissetzung..... 11

b. Nachfrageorientierte Preissetzung ..... 12

c. Konkurrenzorientierte Preissetzung..... 13

4. Listenpreise oder differenzierte Preise..... 14

II. Preisdifferenzierung..... 15

1. Zweck der Preisdifferenzierung ..... 16

2. Preisdifferenzierung i.e.S. und Rabatte..... 17

3. Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung..... 18

4. Voraussetzungen der Preisdifferenzierung ..... 19

a. Monopolistischer Spielraum ..... 19

b. Isolierbare Teilmärkte ..... 20

c. Effektivitäts- und Effizienzkriterien..... 20

5.	Preisdifferenzierung ersten, zweiten und dritten Grades.....	21
a.	Preisdifferenzierung ersten Grades .....	22
b.	Preisdifferenzierung zweiten Grades .....	23
c.	Preisdifferenzierung dritten Grades .....	24
6.	Preisdifferenzierungsformen .....	24
a.	Diskriminierende Rabatte .....	25
b.	Gebietsbezogene Diskriminierungen .....	25
c.	Diskriminierende Begünstigung vertikal integrierter Einheiten.....	26
7.	Ambivalente Auswirkungen auf die Gesamtwohlfahrt .....	27
a.	Absatzmenge als Gradmesser .....	27
b.	Kein generelles Preisdifferenzierungsverbot.....	28
III.	Zwischenfazit Preissetzung.....	29
<b>Kapitel 2: Verfassungsrechtlicher Schutz der Preissetzungsfreiheit.....</b>		<b>31</b>
I.	Preissetzungsfreiheit.....	31
II.	Einschränkung der Preissetzungsfreiheit.....	32
1.	Eingriff in den Schutzbereich.....	34
2.	Gesetzliche Grundlage .....	34
3.	Öffentliches Interesse.....	34
4.	Kerngehalt.....	35
5.	Verhältnismässigkeit .....	35
III.	Zwischenfazit Preissetzungsfreiheit.....	36
<b>Kapitel 3: Übersicht über die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle.....</b>		<b>37</b>
I.	Schutzzweck wirksamer Wettbewerb.....	37
1.	Gesamtwohlfahrt als ökonomische Zielrichtung.....	38
2.	Institutionen- und Individualschutz.....	40
3.	Wirkungsbasierte Missbrauchsprüfung .....	42
4.	Ökonomische Konzepte in der rechtlichen Missbrauchsprüfung.....	43
a.	Leistungs- oder Nichtleistungswettbewerb .....	46
b.	Ökonomische Tests zur Unterscheidung zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen .....	48
i.	«As efficient competitor-Test» (AEC-Test).....	48
ii.	«Profit sacrifice-Test» und «no economic sense-Test».....	51
iii.	Wohlfahrtstest .....	52
II.	Marktbeherrschende Stellung.....	52
1.	Relevanter Markt .....	54
2.	Unabhängigkeit in wesentlichem Umfang .....	55

3.	Prüfkriterien in Bezug auf Marktbeherrschung.....	57
4.	Marktverhalten des untersuchten Unternehmens .....	58
a.	Einfluss auf die Marktabgrenzung .....	58
b.	Potenzielle Zirkelschlüsse zwischen Missbrauch und Marktbeherrschung .....	59
c.	Verhalten als Indiz für Marktbeherrschung .....	60
5.	Besondere Verantwortung .....	61
6.	Kollektive Marktmacht .....	63
III.	Relative Marktmacht .....	65
1.	Prüfkriterien in Bezug auf relative Marktmacht .....	67
a.	Fehlende ausreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten .....	67
b.	Unverschuldetes Abhängigkeitsverhältnis .....	69
c.	Vier Arten wirtschaftlicher Abhängigkeitsverhältnisse .....	70
i.	Sortimentsbedingte Abhängigkeit .....	71
ii.	Unternehmensbedingte Abhängigkeit .....	71
iii.	Knappheitsbedingte/mangelbedingte Abhängigkeit .....	71
iv.	Nachfragebedingte Abhängigkeit .....	72
2.	Relative Marktmacht im Schweizer Kartellrecht .....	72
a.	Umstrittene Erweiterung des Marktbeherrschungsbegriffs durch die Kartellrechtsrevision von 2003 .....	73
b.	Beschlossene Gesetzeserweiterung des Marktbeherrschungsbegriffs auf relativ marktmächtige Unternehmen.....	76
3.	Schutzzweck der relativen Marktmacht .....	77
a.	Schutz des wirksamen Wettbewerbs .....	78
b.	Schutz aussenwirtschaftlicher Interessen der Schweiz .....	79
4.	Subsidiäre Anwendung gegenüber absoluter Marktbeherrschung .....	81
5.	Ausblick bezüglich Auswirkungen auf die Missbrauchskontrolle .....	82
IV.	Missbrauchskontrolle i.S.v. Art. 7 KG.....	83
1.	Struktureller Aufbau in Generalklausel und Beispielkatalog .....	83
a.	Isolierte Anwendung der Generalklausel .....	85
b.	Grundsätzlicher Anwendungsvorrang der Tatbestandsvarianten des Beispielkatalogs.....	85
c.	Kumulative Anwendung der Tatbestandsvarianten des Beispielkatalogs .....	86
2.	Kumulative Anwendung zwischen Marktmachtmisbrauch i.S.v. Art. 7 KG und missbräuchlichen Abreden i.S.v. Art. 5 KG .....	88
V.	Zwischenfazit Missbrauchskontrolle .....	88

<b>Teil 2:</b>	<b>Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungstatbestands i.S.v.</b>	
	<b>Art. 7 Abs. 2 lit. b KG.....</b>	<b>91</b>
<b>Kapitel 4:</b>	<b>Konkretisierung des Diskriminierungstatbestands .....</b>	<b>93</b>
I.	Funktionsweise .....	93
1.	Der Preis als Diskriminierungsgegenstand .....	94
2.	Vier Tatbestandsmerkmale .....	94
a.	Zweistufige Missbrauchskontrolle .....	96
b.	Beweislastverteilung.....	97
3.	Benachteiligungs- und Behinderungselemente .....	98
4.	Benachteiligte und behinderte Wettbewerbsteilnehmer .....	101
II.	Diskriminierende Rabatte.....	103
1.	Mengenrabatte.....	104
2.	Funktionsrabatte.....	106
3.	Treuerabatte .....	107
4.	Übrige Rabatte (Zielrabatte) .....	110
5.	Englische Klauseln.....	115
6.	Meistbegünstigtenklauseln.....	118
7.	Kundenspezifische Rabatte für Endverbraucher .....	119
8.	Untersuchungsfragen .....	120
III.	Gebietsbezogene Diskriminierung.....	121
1.	Gebietsbezogene Diskriminierung zwischen EU-Mitgliedstaaten .....	122
a.	Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle i.S.v. Art. 102 AEUV .....	122
b.	Anwendbarkeit des EU Binnenmarktrechts i.S.v. Art. 18 AEUV ....	127
2.	Gebietsbezogene Diskriminierung von Nachfragern in der Schweiz.....	128
a.	Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle i.S.v Art. 7 KG .....	129
b.	Anwendbarkeit bilateraler Abkommen mit der EU.....	131
c.	Extraterritoriale Anwendung und Durchsetzbarkeit bei relativer Marktmacht .....	133
d.	Neue Tatbestandsvariante i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG .....	134
3.	Untersuchungsfragen .....	136
IV.	Diskriminierende Begünstigung vertikal integrierter Einheiten.....	136
1.	Preisdiskriminierungen zwischen eigenen Einheiten und externen Handelspartnern .....	137
a.	Preisdiskriminierung als Teil einer Kosten-Preis-Schere .....	138
i.	Definition der Kosten-Preis-Schere.....	138

ii. Kosten-Preis-Scheren als eigenständige Missbrauchsform i.S.v. Art. 102 Abs. 1 AEUV.....	141
b. Abgrenzung zum Diskriminierungstatbestand i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG .....	144
2. Diskriminierende Quersubventionierungen .....	145
3. Diskriminierende Geschäftsverweigerungen zugunsten vertikal integrierter Einheiten .....	147
4. Untersuchungsfragen .....	153
V. Zwischenfazit Diskriminierungstatbestand .....	154
<b>Kapitel 5: Ungleichbehandlung.....</b>	<b>157</b>
I. Wesensmerkmale .....	157
1. Gleichbehandlungs- und Differenzierungsgebot.....	157
a. Gleichbehandlungsgebot.....	158
b. Differenzierungsgebot.....	159
i. Begriff der indirekten Diskriminierung.....	161
ii. Indirekte Diskriminierung i.S.v. Art. 8 BV .....	162
2. Gleichwertigkeit.....	162
a. Sachliche Gleichwertigkeit .....	163
i. Substituierbarkeit der Leistungen.....	164
ii. Renditen als Gradmesser bei unklarer Kostenverteilung .....	165
b. Örtliche Gleichwertigkeit.....	167
c. Zeitliche Gleichwertigkeit.....	169
i. Nacheinander abgeschlossene Verträge.....	170
ii. Zeitbezogene Preisdifferenzierung.....	171
iii. Zeitspanne der Vertragswirkungen .....	171
3. Unbewusste Ungleichbehandlung .....	172
II. Diskriminierende Rabatte.....	173
1. Keine Gleichbehandlungspflicht bei reinen Mengen- und Funktionsrabatten.....	174
2. Gleichbehandlungspflicht in Bezug auf bedingte Rabatte.....	175
3. Englische Klauseln.....	178
III. Gebietsbezogene Diskriminierung.....	179
1. Ungleichbehandlungen zwischen EU-Mitgliedstaaten.....	180
2. Ungleichbehandlungen von Nachfragern in der Schweiz .....	184
IV. Diskriminierende Begünstigung vertikal integrierter Einheiten.....	185
1. Gleichbehandlungsgebot zwischen externen Handelspartnern und eigenen Wirtschaftseinheiten .....	185
a. Vorhandene Nachfrage externer Handelspartner.....	187

b. Gleichwertige Leistungen .....	188
2. Betroffener Markt der Ungleichbehandlung .....	189
a. Regelfall: Ungleichbehandlung auf dem beherrschten Markt.....	189
b. Quersubventionierungen: Ungleichbehandlung auf dem nachgelagerten Markt.....	190
V. Zwischenfazit Ungleichbehandlung .....	190
<b>Kapitel 6: Betroffenheit von Handelspartnern .....</b>	<b>193</b>
I. Wesensmerkmale .....	193
1. Betroffenheit der Marktgegenseite.....	193
a. Aktuelle und potenzielle Handelspartner .....	194
b. Diskriminierung über mehrere Marktstufen.....	195
2. Betroffenheit von Endverbrauchern .....	197
3. Betroffenheit von Konkurrentinnen .....	199
II. Diskriminierende Rabatte.....	200
III. Gebietsbezogene Diskriminierung.....	201
IV. Diskriminierende Begünstigung vertikal integrierter Einheiten.....	202
1. Handelspartnereigenschaft vertikal integrierter Einheiten .....	202
2. Indirekte Diskriminierung von Kunden externer Zwischenhändlern im Vergleich zu Direktkunden.....	204
V. Zwischenfazit Betroffenheit von Handelspartnern .....	206
<b>Kapitel 7: Wettbewerbsbehinderung.....</b>	<b>209</b>
I. Wesensmerkmale .....	209
1. Diskriminierung als Behinderungsmissbrauch.....	209
a. Keine Tatbestandsmässigkeit bei fehlender Behinderungswirkung auf Handelspartner .....	211
b. Keine Tatbestandsmässigkeit für Diskriminierungen von Endverbrauchern .....	212
2. Nachweis der Wettbewerbsbeeinträchtigung .....	213
a. Wettbewerbsverhältnis zwischen begünstigten und benachteiligten Unternehmen.....	214
b. Eignung zur Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des betroffenen Handelspartners .....	216
c. Spürbarkeit der Wettbewerbsbehinderung .....	219
i. Spürbarkeit im Sinne von Erkennbarkeit .....	220
ii. Spürbarkeit im Sinne von Erheblichkeit .....	221
iii. Keine Tatbestandsmässigkeit von Bagatellfällen .....	221
d. Zurechenbarkeit .....	222
e. Behinderungsabsicht als Indiz .....	222

3.	Kausalität .....	225
a.	Kausalität zwischen Marktbeherrschung und Diskriminierung .....	225
b.	Kausalität zwischen Diskriminierung und Wettbewerbsbehinderung .....	227
4.	Vertikale und horizontale Behinderungswirkungen .....	227
a.	Vertikale Behinderung von Handelspartnern .....	228
i.	Behinderung von Handelspartnern ohne vertikale Integration des Marktbeherrschers .....	228
ii.	Behinderung externer Handelspartner zugunsten vertikal integrierter Einheiten.....	230
b.	Indirekte, horizontale Behinderung der Konkurrenz des marktbeherrschenden Unternehmens .....	232
II.	Diskriminierende Rabatte.....	234
1.	Reine <i>secondary line</i> -Diskriminierungen.....	234
a.	Tatbestandsmässigkeit als Diskriminierungsmissbrauch .....	235
b.	Prüfkriterien .....	239
i.	Keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten .....	239
ii.	Wichtigkeit der Leistung .....	240
iii.	Mittel- und längerfristig über dem Wettbewerbsniveau liegende Preise .....	240
2.	Vertikale und horizontale Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit durch bedingte Rabatte.....	240
a.	Tatbestandsmässigkeit von <i>primary line</i> -Diskriminierung.....	241
b.	Abgrenzung von Fällen reiner <i>secondary line</i> -Diskriminierung.....	245
c.	Eignung zur Erzeugung einer Wettbewerbsbehinderung .....	246
i.	Treuerabatte.....	246
ii.	Übrige Rabatte (Zielrabatte) .....	248
d.	Spürbarkeit der Wettbewerbsbehinderung durch bedingte Rabatte ...	250
i.	Treuerabatte.....	251
ii.	Übrige Rabatte (Zielrabatte) .....	251
e.	Stellenwert des «as efficient competitor-Tests» bei der Prüfung bedingter Rabatte .....	253
f.	Konkrete Ausgestaltung des Rabattsystems .....	255
i.	Besonders hohe Marktanteile des Marktbeherrschers im Vergleich zur Konkurrenz .....	255
ii.	Individuelle Rabattschwellen .....	255
iii.	Lange Referenzperiode .....	257
iv.	Rückwirkende Rabatte .....	259
v.	Auswirkungen und Progression der Rabatte .....	260
vi.	Mehrere Rabatte .....	261



3.	Wettbewerbsbehinderung durch Englische Klauseln .....	261
4.	Relative Marktmacht in Bezug auf diskriminierende Rabatte .....	262
III.	Gebietsbezogene Diskriminierung.....	263
1.	Marktabstottung und vertikale Behinderungswirkungen.....	264
2.	Eignung zur Erzeugung einer Wettbewerbsbehinderung .....	267
a.	Preisdiskriminierungen zwischen EU-Mitgliedstaaten .....	267
b.	Preisdiskriminierungen im Verhältnis Schweiz-EU .....	270
3.	Relative Marktmacht in Bezug auf gebietsbezogene Diskriminierungen .....	271
4.	Neue Tatbestandsvariante i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. g KG in Bezug auf gebietsbezogene Diskriminierung.....	273
IV.	Diskriminierende Begünstigung vertikal integrierter Einheiten.....	274
1.	Vertikale Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit externer Handelspartner, resp. Konkurrentinnen.....	275
2.	Eignung zur Erzeugung einer Wettbewerbsbehinderung .....	276
3.	Spürbarkeit der Wettbewerbsbehinderung .....	279
4.	Prüfkriterium Preisspanne.....	279
a.	Stellenwert des « <i>as efficient competitor</i> -Tests» .....	280
b.	Negative Preisspanne .....	281
c.	Positive Preisspanne.....	282
d.	Prüfraster bei diskriminierenden Margenbeschneidungen zur Begünstigung vertikal integrierter Einheiten .....	283
5.	Systematische Quersubventionierung durch Erträge aus dem Monopolbereich .....	284
V.	Zwischenfazit Wettbewerbsbehinderung.....	286
<b>Kapitel 8: Fehlende Rechtfertigungsgründe .....</b>		<b>291</b>
I.	Wesensmerkmale .....	292
1.	Objektive Rechtfertigungsgründe .....	292
a.	Objektive Notwendigkeit .....	292
i.	Überwiegende öffentliche Interessen i.S.v. Art. 8 KG .....	293
ii.	Qualitätsstandards .....	293
iii.	Produkteknappheit.....	294
iv.	Fehlende Zurechenbarkeit .....	295
b.	Wahrung berechtigter wirtschaftlicher Interessen.....	296
2.	Effizienzgründe .....	298
a.	Interessenabwägung .....	299
b.	Anwendungsvoraussetzungen .....	300
c.	Geringe Relevanz von Effizienzgründen in der Praxis .....	301

3.	Verhältnismässigkeit .....	301
II.	Diskriminierende Rabatte.....	302
1.	Fehlende Rechtfertigung bei Rabatten «nach Absprache» .....	303
2.	Vermutete Rechtfertigung von Mengenrabatten.....	305
3.	Vermutete Rechtfertigung von Funktionsrabatten.....	307
4.	Effizienzgründe bei Zielrabatten.....	309
5.	Rechtfertigungsmöglichkeit bei Treuerabatten .....	312
III.	Gebietsbezogene Diskriminierung.....	313
1.	Rechtfertigung bei unterschiedlichen Produktionskosten oder Absatzbedingungen.....	313
2.	Fehlende Rechtfertigung geografischer Marktsegmentierung aus wirtschaftlichen Interessen.....	315
3.	Meist fehlende Rechtfertigung eines Preiszuschlags Schweiz.....	316
IV.	Diskriminierende Begünstigung vertikal integrierter Einheiten.....	317
1.	Hohe Anforderungen an die Rechtfertigung zur Wahrung wirtschaftlicher Interessen .....	318
2.	Hohe Anforderungen an Effizienzgründe.....	319
V.	Zwischenfazit Rechtfertigungsgründe.....	322
	<b>Schlussbetrachtungen .....</b>	<b>325</b>
I.	Ausgangslage.....	325
II.	Diskriminierungstatbestand.....	326
III.	Preisdiskriminierungsformen .....	327
IV.	Ausblick .....	329
	<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>331</b>