

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
- Kapitel 2: Verfassungsrechtlicher Schutz der Preissetzungsfreiheit..... 31**
 - 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
- Kapitel 3: Übersicht über die kartellrechtliche Missbrauchskontrolle..... 37**
 - 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.	Knappeitsbedingte/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 Marktmachtmissbrauch i.S.v. Art. 7 KG und missbräuchlichen Abreden i.S.v. Art. 5 KG	88
V.	Zwischenfazit Missbrauchskontrolle	88

Teil 2: Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungstatbestands i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. b KG 91

Kapitel 4: Konkretisierung des Diskriminierungstatbestands 93

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
Kapitel 5:	Ungleichbehandlung.....	157
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
Kapitel 6: Betroffenheit von Handelspartnern	193
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
Kapitel 7: Wettbewerbsbehinderung.....	209
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 Bagatelldfällen	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-Tests</i> »	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
Kapitel 8:	Fehlende Rechtfertigungsgründe	291
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
	Schlussbetrachtungen	325
I.	Ausgangslage	325
II.	Diskriminierungstatbestand.....	326
III.	Preisdiskriminierungsformen	327
IV.	Ausblick	329
	Stichwortverzeichnis	331