

## Besprechung / Compte rendu

### Der «ebenso effiziente Wettbewerber» – Kosten-Preis-Vergleiche im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmissbrauchs

Münchener Schriften, Band 37

DAVID ROTH

Stämpfli Verlag AG, Bern 2017, 422 Seiten, CHF 97, ISBN 978-3-7272-1577-3

DAVID ROTH hat mit diesem Werk, für welches er im März 2017 den Issekutz-Preis verliehen erhielt, ein umfassendes Werk für die Beurteilung von missbräuchlicher Preispolitik geschaffen. Es geht im Wesentlichen darum, aufzuzeigen, wann eine Preisunterbietung, die zur Behinderung der Wettbewerber führt, als missbräuchlich zu beurteilen ist.

Im ersten Teil mit dem Titel «Grundlagen» geht DAVID ROTH zunächst auf die relevanten industrieökonomischen Grundlagen und Berechnungsmethoden ein. Dabei analysiert er die verschiedenen Kosten und Kostenstrukturen, wie etwa fixe Kosten und variable Kosten, und wie diese in die Preisberechnung einfließen können. Er liefert eine umfassende betriebswirtschaftliche Analyse der verschiedenen Geschäftsmodelle und zeigt auf, wie je nach deren Marktstruktur welche Preismodelle angewandt werden können. Auch philosophische Ansätze wie die Wohlfahrtstheorie werden erörtert.

Die vielen Faktoren, die in einer Unternehmensrechnung von Relevanz sein können und dabei zur Preisbestimmung führen, werden umfassend analysiert und erklärt. Dabei gelingt es dem Autor, sowohl streng betriebswirtschaftliche Aspekte als auch menschliche, eben nicht stringent kalkulierte und kalkulierbare Preisbildungsmechanismen differenziert zu erörtern und dabei herauszuschälen, welche Überlegungen, wenn nicht rechnerisch einleuchtend, so doch objektiv rechtfertigend oder zumindest erklärbar sein können, ohne dass es darum gehen müsste, eine Preisbildung zwecks Ausschaltung eines Wettbewerbers zu wählen.

Unter Ziff. III geht der Autor sodann auf die rechtlichen Rahmenbedingungen des Missbrauchsverbots ein, erörtert die Schutzziele und definiert die den rechtlichen Grundlagen zugrunde liegenden Rechtsbegriffe. Zunächst geht er dabei auf die verschiedenen Ansätze für die Beurteilung eines rechtsrelevanten Wettbewerbsverhaltens der Europäischen Union und der Schweiz ein, erörtert den systemtheoretischen Ansatz, den Schutz des unverfälschten Wettbewerbs, der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit und den Wohlfahrtsstandard sowie die verschiedenen Schutzziele. Die einzelnen Geltungsbereiche, nämlich der örtliche und der persönliche Geltungsbereich, werden abgegrenzt und im Hinblick auf die EU und die Schweiz anhand von ergangenen Urteilen erörtert und die Urteile durchaus auch kritisiert.

Im zweiten Teil des Werkes geht DAVID ROTH sodann konkret auf das *predatory pricing*, nämlich das preisstrategische Behinderungsverhalten, und den «ebenso effizienten Wettbewerber» ein. Der Autor erörtert dabei zunächst unter Ziffer II die verschiedenen Kostengattungen, etwa die Bedeutung von Grenzkosten, «marginal cost» und Durchschnittskosten, «average cost», und differenziert dabei stetig weiter, etwa unter Berücksichtigung der «average variable costs». In der Folge geht er auf die verschiedenen Lehrmeinungen ein und kommentiert diese um anschliessend die Kostenarten, wie sie in der Prioritätenmitteilung ihren Niederschlag finden, zu erklären. Mit der Approximation und der Definition des AEC nämlich des «as efficient competitor», dem ebenso effizienten Wettbewerber, schliesst der Autor den Reigen der Definitionen dieser Ziffer II.

Im nächsten Kapitel, Qualitäten und Restriktionen, Ziff. III, wird der Autor konkret und analysiert das Instrument der Preissenkung und die verschiedenen Hintergründe und Effekte im Detail. Dabei kommt

er auf die betriebswirtschaftlichen Ansätze zurück, die er am Anfang des Werkes erklärt hat, und wendet diese auf die verschiedenen Konstellationen an. Zunächst geht es um die Berechnungen der Effizienz, immer in der Unterstellung, dass ein Unternehmer grundsätzlich effizient sein sollte, es aber aus den verschiedensten Gründen auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht zwangsläufig ist. Liegt die Preisbildung etwa unter den effektiven Kosten, aber über diejenigen, die bei einem effizienteren Wirtschaften generiert würden, ist die Preisansetzung eines marktbeherrschenden Unternehmers unter den effektiven Kosten gegebenenfalls nicht marktverschliessend, weil der Wettbewerber ja effizienter produzieren könnte, und somit nicht «as efficient» wäre. Die Definition des ebenso effizienten Wettbewerbers ist also eine theoretische Grösse, eine hypothetische Person, die die Beurteilung des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens unabhängig macht von der tatsächlichen Existenz eines ebenso effizienten Wettbewerbers. Der Autor geht sodann auf weitere Vorteile ein, die ein marktbeherrschendes Unternehmen gegenüber einem ebenso effizienten Wettbewerber haben könnte, etwa Gröszen- und Verbundvorteile, und wie diese, wenn überhaupt, für eine missbräuchliche Preisbildung berücksichtigt werden könnten oder müssten.

Mit der Vertiefung in das Thema zeigen sich auch die Schwierigkeiten der Beurteilung eines Verhaltens *ex post*, zumal wenn auch subjektive Merkmale wie etwa die Absicht der Ausschaltung eines Konkurrenten durch eine Preisunterbietung berücksichtigt werden müssen. Der Autor zeigt eindrücklich auf, wie der Versuch, objektive Massstäbe zu entwickeln, und dennoch dem Einzelfall gerecht zu werden, immer wieder misslingen muss und Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit schwer vereinbar sind. Er erörtert verschiedene Ansätze, die hier Abhilfe schaffen sollen, etwa durch die Definition eines «reasonably efficient competitors».

Schliesslich führen die Ausführungen des Autors zur Problematik der Generierung der tatsächlichen Kostendaten, die zur Berechnung der Kostenbestimmung unerlässlich sind, und er führt aus, wie diese erlangt werden können und schliesslich zugeordnet werden müssen. Das Gleiche gilt für die Preisdaten und die ihnen zugrunde liegenden Preiskalkulationen, die das inkriminierte Unternehmen beibringen muss und die von der untersuchenden Behörde aufgeschlüsselt und zugeordnet werden müssen, um eine abschliessende Beurteilung des Vorliegens eines «predatory pricing» beurteilen zu können. Der Autor versucht die Grenze aufzuzeigen zwischen etwa einer Promotion von Produkten mit Preisunterbietung und einer gezielten Preisunterbietung um einen Wettbewerber auszuschalten und veranschaulicht die diesbezüglichen Schwierigkeiten und Lösungsansätze auch anhand von Urteilen wie *Intel* und der herrschenden, teils divergierenden Lehre. Dazu analysiert er im Detail die verschiedenen Motivationen für eine Preisreduktion und Rabattgewährung und wann diese so interpretierbar sind, dass nicht von einer inkriminierenden Handlung auszugehen ist, oder eben gerade doch.

Sodann zeigt der Autor auf, dass auch ein *above cost pricing* durchaus *predatory* sein kann, dass also auch eine Preisbildung durch das marktbeherrschende Unternehmen über den Herstellungskosten des fraglichen Produktes einer Ausschaltung eines Wettbewerbers dienen und somit missbräuchlich sein kann, wenn denn der Nachweis einer entsprechenden Intention gelingt, wozu der Autor auf verschiedene Urteile eingeht. Daran anschliessend werden Urteile im Zusammenhang mit einem *below cost pricing* erörtert, verglichen und kommentiert. Es werden weitere relevante Parameter erörtert, etwa die Dauer einer Preissenkung, ob kurzfristige Promotion oder längerfristige Reduktion, und wie sich diese auf die Beurteilung des Marktverhaltens auswirken.

Jeder Ansatz wirft wieder weitere Fragen auf, die DAVID ROTH anhand von ergangenen Urteilen herausarbeitet und die jeweils gewählten Lösungsansätze kommentiert. Aufschlussreich ist regelmässig die Beurteilung der Möglichkeiten eines marktbeherrschenden Unternehmens, die finanziellen Einbusen durch zwecks Ausschaltung eines Wettbewerbers reduzierte Preise mit einer höheren Preisbildung bei anderen Produkten wieder zu kompensieren, oder aber die Preise nach erfolgreichem Ausschalten des Wettbewerbers wieder, allenfalls über Gebühr, zu erhöhen. Der Autor erörtert im Detail anhand der herrschenden Lehre und Praxis, wie derartiges *recoupment*-Potenzial berücksichtigt wird und wo sich bei einer Berücksichtigung Fragen ergeben. Es werden weitere Parameter, etwa temporale Aspekte oder die Kosten-Preis-Schere, in einen Zusammenhang gestellt und detailliert erörtert und kommentiert. Immer wieder weist der Autor darauf hin, dass es unvermeidlich ist, den Einzelfall, den konkreten Markt, die konkreten Produkte und das konkrete Publikum zu berücksichtigen, um zu einem gerechten Urteil zu kommen. Dass dies die Etablierung allgemeingültiger Regeln und damit eine absolute Rechtssicherheit erschwert oder verunmöglicht, wird anhand der Praxis immer wieder eindrücklich aufgezeigt.

Unter der Ziff. IV des zweiten Teiles seines Werkes geht DAVID ROTH schliesslich auf den «ebenso effizienten Wettbewerber»-Test und die Parameter ein, die zu dessen Anwendung zu berücksichtigen sind.

Ausgegangen wird von der offenen Formulierung, wonach der vom marktbeherrschenden Unternehmen gesetzte Preis mit den entsprechenden Herstellungskosten eines «ebenso effizienten Wettbewerbers» (AEC) verglichen wird, und hier insbesondere, inwieweit der Preis die Kosten deckt. Vorliegend interessiert die Situation einer Preispolitik, die nicht kostendeckend ist oder sein kann, und deren Erklärung. Der Autor geht im Folgenden ausführlich auf die möglichen Rechtfertigungsgründe ein und erläutert, wann eine derartige Preisbildung als *predatory pricing* zu qualifizieren ist und mithin der Vertreibung eines Wettbewerbers dient. Gegenteils werden aber auch Gründe für eine derartige Preispolitik genannt, die besagtes Ziel nicht anvisieren, sondern andere Ziele zum Gegenstand haben. Dazu nennt der Autor Beispiele aus Lehre und Praxis und zeigt auf, welche zusätzlichen Kriterien in welchem Fall zur Anwendung kamen oder kommen können. Immer wieder werden theoretische Ansätze mit praktischen Fällen verglichen, was die Komplexität des Themas und die Problematik der Eruiierung eines marktmissbräuchlichen Verhaltens eindrücklich aufzeigt. Auch die Unterschiede in den Ansätzen von Kommission und EuGH werden herausgeschält.

Der Autor setzt sich sodann mit dem unternehmerischen Preissetzungsverhalten auseinander und untersucht dessen Hintergründe, um an ihrem Beispiel die Eignung der Anwendung des «ebenso effizienten Wettbewerber»-Tests auf die definierten Verhaltensweisen zu prüfen; dabei zeigt er sowohl Möglichkeiten als auch Grenzen dieses Tests. Dies veranschaulicht er mit Beispielen aus der Rechtsprechung und grenzt wettbewerbsrelevantes, missbräuchliches Verhalten («Preisdiskriminierung») gegenüber potenziell nicht missbräuchlichem Verhalten («Mengenrabatte» und andere gebräuchliche Rabatte, auf die detailliert eingegangen wird) ab.

Der Autor prüft schliesslich auch wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten bei vor- und nachgelagerten Märkten anhand von Kosten-Preis-Scheren, wenn etwa ein vom marktbeherrschenden Unternehmen neben dem Endprodukt auch angebotenes, zu dessen Produktion notwendiges Zwischenprodukt zu nicht zu begründendem Preis verkauft wird, sodass es dem Wettbewerber unmöglich ist, das Endprodukt zu konkurrenzfähigen Preisen auf den Markt zu bringen.

Zum Schluss fasst DAVID ROTH unter dem Titel «Ergebnisse» seine fundierte Analyse zusammen und verweist abschliessend darauf, dass das marktbeherrschende Unternehmen ökonomisch ineffizient wirtschaften könnte, womit eine Unterkosten-Preissetzung dann nicht wettbewerbsbehindernd ist, wenn der Wettbewerber mit einer effizienteren Produktion bei gleichem Endpreis durchaus auf dem Markt wettbewerbsfähig wäre. Mit diesem Beispiel zeigt der Autor klar die Grenzen rein objektiverer Massstäbe zum vorliegenden Thema auf.

DAVID ROTH stellt mit seinem Werk eine fundierte Analyse des Kosten-Preis-Vergleichs im Kartellrecht am Beispiel des Behinderungsmissbrauchs zur Verfügung und scheut sich nicht, den Konflikt zwischen Rechtssicherheit einerseits und Einzelfallgerechtigkeit andererseits anzusprechen und anschaulich aufzuzeigen.

*Andrea Strahm, lic. iur., Rechtsanwältin, Basel*