

Lic. iur. Roger Groner\*, z. Zt. New York

## Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen – quo vadis?

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung
  - A. Tatbestände
  - B. Übersicht
- II. Was bezweckt das Kartellgesetz?
  - A. Balance von Rivalität und Kooperation
  - B. Effizienz
  - C. Zweck von Art. 7 KG
- III. Praxis
  - A. Relevanter Markt
    1. Enge Marktdefinition
    2. Sachlich relevanter Markt
    3. Örtlich relevanter Markt
  - B. Marktbeherrschende Stellung
    1. Möglichkeit einseitiger Preiserhöhungen
    2. Dauer der Marktbeherrschung
    3. Kollektive Marktbeherrschung
  - C. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung
    1. Verhaltensanalyse
    2. Missbrauch
    3. Effizienz selektiver Vertriebssysteme
      - a) Exklusivität
      - b) Parallele Interessen
      - c) Pro-kompetitive Wirkungen
    4. Parallelimporte patentierter Produkte
- IV. Schlussfolgerungen

### I. Einführung

#### A. Tatbestände

Nach Art. 7 Abs. 1 KG<sup>1</sup> verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs *behindern* oder die Marktgegenseite *benachteiligen*. Als *Behinderungstatbestände*, die auf eine Schädigung des Konkurrenten abzielen, gelten nach Art. 7 Abs. 2 KG:

- die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen,
- die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen,
- die gezielte Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen und
- die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung.

\* Rechtsanwalt, LL.M., Attorney at Law (New York); Mitarbeiter bei *Simpson Thacher & Bartlett* (New York). Der Beitrag entstand im Rahmen einer Vergleichung des amerikanischen und schweizerischen Wettbewerbsrechts, die vom Schweizerischen Nationalfonds unterstützt wurde. Ich bedanke mich bei Herrn Prof. Roger Zäch für die kritische Durchsicht des ersten Entwurfs.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

Als typische *Ausbeutungstatbestände* zählt Art. 7 Abs. 2 KG auf:

- die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen und
- Koppelungsgeschäfte.

Seit dem Inkrafttreten des Kartellgesetzes am 1. Juli 1996 sind nunmehr mehr als 5 Jahre vergangen<sup>2</sup>. Unter den in der RPW<sup>3</sup> veröffentlichten Entscheiden machen die Missbrauchsfälle konstant einen signifikanten, aber nicht übermässigen Anteil aus<sup>4</sup>. Dabei werden praktisch nur *Behinderungstatbestände* geltend gemacht. Unter diesen sind die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) und die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG) die Spitzenreiter. Die beiden Missbrauchstatbestände liegen auch nahe beieinander, weil ein marktbeherrschendes Unternehmen es unter Umständen vorzieht, einen (verglichen mit dem von anderen Abnehmern geforderten Preis) höheren Preis zu verlangen, als die Güter schlichtwegs zu verweigern<sup>5</sup>.

Dass Unternehmen, denen wichtige Produkte oder Dienstleistungen vorenthalten werden, versuchen, den kartellgesetzlichen Kontrahierungszwang auf dem Prozessweg durchzusetzen, hat eine lange Tradition. Immerhin entstand das helvetische Wettbewerbsrecht durch richterliche Rechtsfortbildung zu *refusal to deal*-Fällen<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Das Kartellgesetz trat am 1. Juli 1996 in Kraft. Damit erfolgte ein Paradigmenwechsel. Unter dem alten Kartellgesetz wurde die Schweiz noch als «Wunderland der Kartelle» beschrieben. Unter dem neuen Kartellgesetz wurden dagegen griffige Antitrust-Konzepte nach deutschem und amerikanischem Vorbild eingeführt (Böckli, Peter, *Osmosis of Anglo-Saxon Concepts in Swiss Business Law*, in: *The International Practice of Law, Liber amicorum for Thomas Bär and Robert Karrer, Vogt* (Hrsg.), Basel/Frankfurt a.M. 1997, 9 ff., 24).

<sup>3</sup> Recht und Politik des Wettbewerbs. Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.

<sup>4</sup> Kritischer Zäch, Roger, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2 Kartellrecht, Basel/Genf/München, 137 ff., 141.

<sup>5</sup> Groner, Roger, Wettbewerbsrechtliche Kontrahierungspflicht – am Beispiel des Filmverleihs, SZW 2000 159 ff., 164.

<sup>6</sup> Die wettbewerbsrechtliche Praxis des Bundesgerichts befasste sich schon früh mit Boykotten. Im Jahre 1896 qualifizierte das Bundesgericht zwar eine Vertikalabrede zwischen zwei Horizontalkartellen nicht als widerrechtlich. Die Nichtbelieferung des Bäckers Vögtlin wurde dagegen als Verstoß gegen das Recht auf Schutz der wirtschaftlichen Persönlichkeit verstanden (BGE 22 175). Einen Schlusspunkt unter die Boykott-Rechtsprechung bis zum Erlass des Kartellgesetzes von 1962 setzte der Entscheid

## B. Übersicht

Thema dieses Artikels ist die Frage, ob die bisherige Praxis zu Art. 7 KG dem Zweck des Kartellgesetzes, der Förderung des Wettbewerbs (Art. 1 KG), entsprach. Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage ist eine kritische Auseinandersetzung mit dem Zweck des Kartellgesetzes (Abschnitt II). Anschliessend wird die Praxis zu den Tatbestandselementen von Art. 7 KG kritisch gewürdigt (Abschnitt III). Die Schlussfolgerungen werden unter Abschnitt IV präsentiert.

## II. Was bezweckt das Kartellgesetz?

### A. Balance von Rivalität und Kooperation

Gemäss Art. 1 KG bezweckt das Kartellgesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern<sup>7</sup>. Was bedeutet «Wettbewerb» im Sinne dieser Bestimmung? Etwa einen atomistischen Markt, bestehend aus einer Vielzahl von untereinander rivalisierenden Verkäufern und Käufern, die ständig Transaktionen über verschiedene Produkte abschliessen, ohne miteinander zu kooperieren<sup>8</sup>?

Solche atomistischen Märkte kommen in der Wirklichkeit kaum vor. Reale Märkte beinhalten einerseits Kooperationen zwischen Unternehmen wie etwa Joint Ventures und andererseits Behinderungen wie Diskriminierungen oder Verweigerun-

gen von Produkten<sup>9</sup>. Kooperation schliesst automatisch den Wettbewerb zwischen (potenziellen oder aktuellen) Konkurrenten aus.

Kooperation findet nicht nur zwischen Unternehmen statt, sondern auch innerhalb von Unternehmen. Das Unternehmen selber ist ökonomisch betrachtet nichts anderes als ein Netz von Absprachen zwischen den am Unternehmen Beteiligten (*Nexus of Contracts-Theorie*)<sup>10</sup>. Die Unternehmensgründer (wie etwa Aktionäre) vereinbaren, den Produktionsfaktor Kapital oder Arbeit in das Unternehmen zu investieren. Weiter vereinbaren sie typischerweise, dass die Geschäftsführung Managern überlassen wird. Die Geschäftsführer wiederum treffen Abmachungen mit Arbeitnehmern, Kreditgebern, Lieferanten, externen Beratern, Kunden und dem Staat<sup>11</sup>. Im Endeffekt bilden die Vereinbarungen zwischen diesen Personen, die Investitionsmittel, Arbeitskraft, Rohstoffe, Rechtssicherheit etc. im Hinblick auf einen wirtschaftlichen Zweck zur Verfügung stellen, das Unternehmen.

Mit internen Vereinbarungen werden externe Transaktionskosten vermieden. Die Organisationsform «Unternehmen» hat nämlich auf Grund der internen Aufgabenverteilung zum Vorteil, dass die Kosten des Beschaffens von Informationen über unabhängige Vertragspartner, die Kosten des jeweiligen Aushandelns der Verträge und die Kosten der Kontrolle der Vertragspartner vermieden werden<sup>12</sup>. Damit kann es beispielsweise für ein Unternehmen kostengünstiger sein, seine Produkte durch eigene (vertikal integrierte) Absatzstellen zu vertreiben als durch unabhängige Franchisenehmer<sup>13</sup>. Solange die Kosten der internen Absprachen tiefer sind als die externen Transaktionskosten, wird das Unternehmen interne Absprachen anstatt externer Vereinbarungen treffen.

Diese internen Vereinbarungen beschränken den Wettbewerb im Sinne des atomistischen Mo-

Giesbrecht/Vertglas. Die Genossenschaft Vertglas nahm das Glas-handelsunternehmen Giesbrecht nicht als Mitglied auf. Zugleich weigerte sich die Genossenschaft, Giesbrecht zu denselben Konditionen wie die Genossenschafter zu beliefern. Das Bundesgericht entschied, dass ein solcher Boykott das «private Recht» des Boykottierten auf Handels- und Gewerbefreiheit verletze und deshalb grundsätzlich widerrechtlich sei. Nur wenn das öffentliche Interesse am Boykott offensichtlich überwiege, sei eine solche private Wettbewerbsbeschränkung zulässig (BGE 86 II 374; vgl. auch Schmidhauser, Bruno, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Loseblattsammlung, Zürich, Erste Lieferung Oktober 1996, Zweite Lieferung 1997, Einleitung Rz. 1 ff.).

<sup>7</sup> Vgl. Weber, Rolf H., Kartellrecht – Einleitung, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), Basel/Genf/München 2000, 1 ff., 31; zur amerikanischen Rechtslage Fox, Eleanor M./Sullivan, Lawrence A., Cases and Materials on Antitrust, St. Paul 1989, 4 ff.

<sup>8</sup> In diesem Sinne Baldi, Marino/Borer, Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998 343 ff., 344. Fox/Sullivan (Fn. 7) 4, bezeichnen den atomistischen Markt als «theoretical world of pure competition». Zu den verschiedenen Wettbewerbstheorien vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 ff., Sonderdruck EDMZ 94.100, S. 504 ff.; Ruffner, Markus, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht, Diss. Zürich 1990; Weber (Fn. 7) 9 ff.; Zäch, Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, N 1–33.

<sup>9</sup> Dies stellte auch der amerikanische Supreme Court schon sehr früh fest: «The legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence.» (Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231, 238 [1918]).

<sup>10</sup> Berle, Adolf A./Means, Gardiner C., The Modern Corporation and Private Property, New York 1932; Butler, Henry N./Ribstein, Larry E., The Contract Clause and the Corporation, Brooklyn Law Review 55 (1989) 767 ff., 770.

<sup>11</sup> Easterbrook, Frank H./Fischel, Daniel R., The Economic Structure of Corporate Law, Boston 1991 (Nachdruck 1998) 2 ff.; Groner, Roger, Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unter Schweizer und US Wettbewerbsrecht, SZW 2001 265 ff., 266.

<sup>12</sup> Jensen, Michael/Meckling, William H., Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics 3 (1976) 305 ff.; Millon, David, Frontiers of Legal Thought I: Theories of the Corporation, Duke Law Journal 1990 201 ff.

<sup>13</sup> Brickley, Jonathan R./Dark, Larry, The Choice of Organizational Form: The Case of Franchising, Journal of Financial Economics 18 (1987), 401 ff.; Groner (Fn. 11) 266.

dells vieler voneinander unabhängiger Marktteilnehmer<sup>14</sup>. Ein Konzern wie Clariant beinhaltet mehr wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen (wie etwa Preis- oder Gebietsabsprachen) als ein Kartell voneinander unabhängiger mittelgrosser Chemieunternehmen. Denn innerhalb von Clariant bestimmt das Management, welche Produkte entwickelt werden, die Forschungsabteilung stellt die Prototypen her, und schliesslich bestimmt das Management, wo die Produkte zu welchem Preis verkauft werden und wo nicht. Weiter behindert Clariant andere Marktteilnehmer, wenn es seine Produkte über vertikal integrierte Absatzstellen vertreibt und damit Drittvertreiber von seinen Produkten ausschliesst oder nur zu höheren Preisen beliefert.

Wieso lässt das Wettbewerbsrecht – nicht nur in der Schweiz, sondern weltweit – diese Absprachen und Behinderungen zu? Die Antwort ist, dass auch grosse Unternehmen unter Wettbewerbsdruck stehen. Beim Aushandeln der internen Vereinbarungen werden die am Unternehmen Beteiligten vermutlich marktconforme Bedingungen aushandeln. Wenn nicht, würde ein interner Vertragspartner benachteiligt werden. Das Überleben grosser Unternehmen (bzw. das Entstehen enorm grosser, international tätiger Unternehmensgruppen) im 20. Jahrhundert zeigt, dass mit dieser Organisationsform wirtschaftliche Aktivitäten für alle am Unternehmen Beteiligten gewinnbringend verfolgt werden können. Wenn die Organisationsform «Unternehmen» nicht effizient wäre, wäre sie durch eine bessere Struktur ersetzt worden. Im Endeffekt profitieren Konsumenten von der Aufgabenteilung innerhalb des Unternehmens und den eingesparten externen Transaktionskosten. Denn die Effizienzgewinne werden unter Wettbewerbsbedingungen an Konsumenten zumindest teilweise weitergegeben<sup>15</sup>.

Das Wettbewerbsrecht kann damit nicht darauf abzielen, einen Markt mit möglichst hohem Grad an Rivalität herzustellen. Ziel sollte vielmehr sein, diejenigen Kooperationen und Diskriminierungen zu unterbinden, die Wohlstandsverluste zur Folge haben. In diesem Sinne verbietet die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 Abs. 1 BV<sup>16</sup> und

Art. 94 Abs. 1 BV einzig *sozial schädliche* Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Art. 96 Abs. 1 BV)<sup>17</sup>. Effizienzsteigernde Kooperationen oder Behinderungen sind nach *Hangartner* dagegen verfassungsrechtlich erlaubt, ja sogar erwünscht<sup>18</sup>. Dies stellt einen Kompromiss zwischen dem Bestreben, wirtschaftlichen Aktivitäten nachzugehen und dabei andere Marktteilnehmer zu schädigen, und dem Interesse wirtschaftlicher Aussenseiter an diskriminierungsfreier Erwerbstätigkeit dar<sup>19</sup>.

## B. Effizienz

«Wettbewerb» im Sinne von Art. 1 KG beinhaltet somit (unternehmensinterne und externe) Absprachen und gleichzeitig rivalisierende Aktivitäten. Wie sollen die Wettbewerbsbehörden die richtige Balance zwischen Kooperation und Konkurrenz finden? Ist etwa die Weigerung eines Herstellers von Markenparfums unter Art. 7 KG zulässig, einen Discounter nicht mit seinen Markenartikeln zu beliefern<sup>20</sup>? Hat der Discounter einen Anspruch auf Belieferung?

Massstab für die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ist, ob das in Frage stehende Verhalten *effizient* ist, d.h. die Beschränkung des Wettbewerbs durch ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis gerechtfertigt ist<sup>21</sup>. Die mit der Anwendung des Kartellgesetzes befassten Behörden haben die pro- und antikompetitiven Wirkungen des in Frage stehenden Verhaltens gegeneinander abzuwägen und den Nutzen zu berücksichtigen, der dem Unternehmen und dem Markt aus der Wettbewerbsbeschränkung entsteht<sup>22</sup>. Im Zentrum jeder wettbewerbsrechtlichen Untersuchung sollten damit die Wirkungen auf die *Konsumenten* stehen, nicht etwa diejenigen auf

<sup>17</sup> *Hangartner, Yvo*, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, in: Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik. Festschrift für Franz Jaeger, *Furrer/Gehrig* (Hrsg.), Chur/Zürich 2001, 337 ff., 344, auch abgedruckt in dieser Nummer von recht auf S. 53 ff., 57.

<sup>18</sup> *Hangartner* (Fn. 17) 345 (recht 2002, 58).

<sup>19</sup> *Hangartner* (Fn. 17) 342 (recht 2002, 56).

<sup>20</sup> Beschluss des Handelsgerichts Zürich, ZR 98 (1999) 173.

<sup>21</sup> Vgl. *Gloor, Peter/Staehelin, Matthias*, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die «rule of reason», in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz. Festschrift für Prof. Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 299 ff., 305; *Stoffel, Walter A.*, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht (Fn. 7) 57 ff., 72.

<sup>22</sup> Unter amerikanischem Wettbewerbsrecht haben die des Monopolmissbrauchs beschuldigten Unternehmen die Möglichkeit, nachzuweisen, dass ihr Verhalten mehr Nutzen schafft, als es den Konsumenten schadet («*allocative efficiency defense*»); vgl. *Markovits, Richard S.*, The Limits to Simplifying Antitrust: A Reply to Professor Easterbrook, *Texas Law Review* 63 (1984) 41 ff., 45. Kann beispielsweise ein Unternehmen zeigen, dass der Nutzen eines Unternehmenszusammenschlusses (beispielsweise durch *economies of scale* oder *economies of scope*) den möglichen Verlust an Wettbewerb überwiegt, ist der Zusammenschluss zulässig. Dasselbe gilt in der Schweizer Praxis, wobei die Einrede der Effizienz im Rahmen der Beurteilung der pro- und antikompetitiven Wirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen ist.

<sup>14</sup> Je grösser und integrierter das Unternehmen ist, desto mehr sinkt kurzfristig die Zahl unabhängiger Unternehmen. Der Wettbewerb im Sinne des atomistischen Marktes wird durch die Verringerung der Zahl der Marktteilnehmer beeinträchtigt. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig Wohlstandsverluste bzw. einen Verlust an Effizienz. So kann Nutzen geschaffen werden, wenn ein Unternehmen die Zusammenarbeit mit seinen Vertriebspartnern beendet und den Vertrieb selber übernimmt, da Transaktionskosten reduziert werden (etwa durch *economies of scale* oder *economies of scope*).

<sup>15</sup> *Easterbrook, Frank H.*, Antitrust Law Enforcement in the Vertical Restraints Area: Vertical Arrangements and the Rule of Reason, *Antitrust Law Journal* 53 (1984) 135 ff., 142.

<sup>16</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

diskriminierte Unternehmen. Ist etwa im genannten Beispiel die Nichtbelieferung des Discounters effizient – führt sie zu besserem Service für die Endkunden, zu Produktediversifikation oder zu tieferen Preisen –, ist sie zulässig.

### C. Zweck von Art. 7 KG

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, die Missbrauchsaufsicht gemäss Art. 7 KG schütze neben dem Wettbewerb auch das benachteiligte Unternehmen auf freie wirtschaftliche Betätigung<sup>23</sup>. Diese Ansicht kann mit dem Grundrecht des Einzelnen auf freie Ausübung der von der Verfassung gewährleisteten Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV begründet werden<sup>24</sup>.

Nach der hier vertretenen Ansicht spricht der Wortlaut des Zweckartikels (Art. 1 KG) aber nicht für den Schutz des diskriminierten Unternehmens, sondern einzig für den Schutz des Wettbewerbs im Hinblick auf tiefere Preise, mehr Produkte und bessere Produkte. Wichtiger als der Wortlaut ist aber, dass der gleichzeitige Schutz von «Wettbewerb» und «benachteiligtem Unternehmen» zu widersprüchlichen Resultaten führen kann: Wie soll etwa entschieden werden, wenn eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen zwar zu Wohlstandsgewinnen (beispielsweise zu tieferen Preisen für die Endkonsumenten) führt, das diskriminierte Unternehmen aber seiner Existenzgrundlage beraubt wird?

Führt die Verweigerung von Produkten zu Effizienzgewinnen, namentlich wenn das marktbeherrschende Unternehmen den Vertrieb kostengünstiger als das behinderte Unternehmen handhabt, sind die Auswirkungen auf das behinderte Unternehmen nach Sinn und Zweck des Kartellgesetzes irrelevant. Ansonsten würde das Wettbewerbsrecht Strukturhaltung zu Gunsten ineffizienter Unternehmen betreiben. Daran ändert auch das verfassungsmässige Recht der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 BV nichts. Denn diese vermittelt keinen Anspruch, von der Ausübung der Wirtschaftsfreiheit durch Dritte nicht behelligt zu werden<sup>25</sup>. Dies wird auch durch die Materialien zum Kartellgesetz belegt. So äusserte sich Nationalrat Jaeger im Rahmen der Beratung des Kartellgesetzes wie folgt<sup>26</sup>: «Letzten

*Endes ist es doch so: Was bringt den KMU am meisten? Am meisten bringt ihnen der Wettbewerb, wenn sie sich bewähren müssen, wenn sie sich immer wieder auch im Qualitätswettbewerb behaupten müssen. Hören wir doch auf, diese «Biotop» zu schaffen! Diese «Biotop» sind gar nicht nötig. Es braucht sie nicht. Es braucht den Wettbewerb. Er bringt natürlich «einen gewissen rauhen Wind» mit sich, und das kann zu Härten führen. Aber auf die Dauer gesehen, bringt das den KMU am meisten.»*

Mit Art. 7 KG sollen damit Behinderungen von Konkurrenten und Benachteiligungen von Vertragspartnern verhindert werden, die zu einer Monopolrente des marktbeherrschenden Unternehmens führen würden. Behinderte Unternehmen werden somit einzig geschützt, wenn ihre reduzierte Profitabilität bzw. ihre Marktanteilsverluste infolge der Behinderung durch das marktbeherrschende Unternehmen höhere Preise oder schlechtere Qualität der im Markt angebotenen Produkte zur Folge hat.

## III. Praxis

### A. Relevanter Markt

#### 1. Enge Marktdefinition

Die Bestimmung des relevanten Marktes dient zur Feststellung, ob die Missbrauchsaufsicht anwendbar ist. Nur wenn die Wettbewerbskräfte nicht stark genug sind, sind Wettbewerbsbehörden und Gerichte berechtigt, das inkriminierte Verhalten des (angeblich) marktbeherrschenden Unternehmens zu beurteilen<sup>27</sup>. In der Literatur wird zu Recht gefordert, den Markt in Missbrauchsfällen nach Art. 7 KG eng abzugrenzen<sup>28</sup>. Damit soll verhindert werden, dass die wettbewerbsbeschränkenden Aktivitäten mangels marktbeherrschender Stellung nicht überprüft werden können.

#### 2. Sachlich relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt wird aus der Sicht der Marktgegenseite bestimmt. In erster Linie bilden die Produkte den relevanten Markt, welche das marktbeherrschende Unternehmen nicht liefert oder für die es beim Diskriminierungstatbestand unterschiedliche Preise verlangt.

Darüber hinaus sind diejenigen Produkte in den relevanten Markt miteinzubeziehen, welche die behinderte Marktgegenseite hinsichtlich der Eigenschaften, des Verwendungszwecks und des

<sup>23</sup> Zäch (Fn. 4) 151 f. mit Hinweis auf die Botschaft (Fn. 8) 513.

<sup>24</sup> Hangartner (Fn. 17) 341 ff. (recht 2002, 53 ff.); vgl. auch den beachtenswerten Ansatz von Roger Zäch, wonach Immaterialgüterrechtsgesetze verfassungskonform auszulegen sind und demnach ein Recht auf Parallelimporte aufgrund der Wirtschaftsfreiheit besteht (Zäch, Roger, Recht auf Parallelimport und Immaterialgüterrecht, SJZ 1995 301 ff.).

<sup>25</sup> Hangartner (Fn. 17) 342 (recht 2002, 56)

<sup>26</sup> Amtl. Bull. NR 1995 1088.

<sup>27</sup> Zäch (Fn. 4) 147.

<sup>28</sup> Zäch (Fn. 4) 141 ff.

Preises der Produkte als austauschbar ansieht<sup>29</sup>. Massstab für die Marktabgrenzung ist damit, ob ein vernünftiger Unternehmer, der über alle relevanten Informationen über die Produkte und den Markt verfügt, auch weitere Produkte einkaufen würde, um die Bedürfnisse seiner Kunden zu decken. Sobald ein Marktteilnehmer technische oder vertriebsmässige Hindernisse überwinden muss, wenn er von einem Angebot zu einem anderen überwechseln will, können die betreffenden Waren und Dienstleistungen nicht mehr zum selben Markt gerechnet werden<sup>30</sup>.

Das momentan wohl umstrittenste Thema bei der Marktabgrenzung in Missbrauchsfällen ist, ob eine einzelne berühmte Produktemarke (z.B. Chanel-Parfum) den sachlich relevanten Markt bildet oder ob die gleichen Produkte anderer Marken (etwa Gucci-, Prada-, Yves-Saint-Laurent-Parfums) ebenfalls im gleichen Markt vertreten sind. Diese Frage ist regelmässig von entscheidender Bedeutung, wenn ein Hersteller einer bekannten Marke sich weigert, einen Zwischenverteiler zu beliefern. Werden alle Produkte zum selben Markt gezählt, liegt der Marktanteil des beklagten Unternehmens selten über 40 Prozent. Eine marktbeherrschende Stellung kann damit ausgeschlossen werden, und es liegt von vornherein kein Fall des Missbrauchs im Sinne von Art. 7 KG vor.

Zäch fordert in solchen Fällen zu Recht, dass nicht auf die Marktanteile abgestellt wird, sondern auf den Abhängigkeitsgrad des Zwischenvertellers vom betreffenden Produkt<sup>31</sup>. Die Praxis ist in dieser Frage gespalten. Das Handelsgericht Zürich lehnte diese enge Marktabgrenzung ab<sup>32</sup>. Dagegen entschied das Handelsgericht Aargau, dass der Markt aus den Produkten der Marke besteht, die der Zwischenverteiler weiterveräussert, sofern der Markenwechsel für ihn kostspielig und ri-

sikoreich ist<sup>33</sup>. Ein solcher «kostspieliger Markenwechsel» wird namentlich angenommen, wenn der Zwischenverteiler spezifische Investitionen in den Vertrieb der (nunmehr) verweigerten Produkte erbracht hat und diese Investitionen auch durch einen Markenwechsel nicht amortisiert werden können. Diese Situation ist als unzumutbares Vertriebshindernis zu qualifizieren, was auf eine fehlende Austauschbarkeit der anderen Markenprodukte hinausläuft. Dementsprechend fand das Handelsgericht Aargau, dass ein Autohändler, der seit Jahren die gleiche Automobilmarke verkauft hat, wegen der hohen technischen und ökonomischen Hürden nicht einfach auf Vertriebsrechte für eine andere Automobilmarke ausweichen kann. Deshalb bilden die Vertriebsrechte seiner Automobilmarke einen eigenen Markt<sup>34</sup>.

In Fällen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist es somit gerechtfertigt, den relevanten Markt enger zu fassen als in den Fällen von Art. 4 KG (horizontale Wettbewerbsbeschränkungen) oder Art. 10 KG (Unternehmenszusammenschlusskontrolle). Damit wird – wie im amerikanischen Recht – verhindert, dass die richterliche Überprüfung des wettbewerbswidrigen Verhaltens von vornherein durch eine zu enge Marktabgrenzung ausgeschlossen wird<sup>35</sup>.

### 3. Örtlich relevanter Markt

Das Entsprechende gilt für die Abgrenzung des örtlich relevanten Marktes. Damit Produkte zum selben Markt gezählt werden können, müssen sie räumlich erreichbar sein. Wiederum ist der Standpunkt der diskriminierten Unternehmen massgebend<sup>36</sup>. Richten sich die diskriminierten Unternehmen nach den Bedürfnissen der Endkonsumenten, welche nicht grosse Entfernungen zurücklegen, um Produkte zu beziehen, werden die Grenzen des räumlich relevanten Marktes enger gezogen. Wird beispielsweise ein Kinounternehmen in Zürich beim Bezug von Spitzenfilmen diskriminiert, ist der relevante Markt das Einzugsgebiet um Zürich. Obwohl das Kinounternehmen mit Verleihern in der gesamten Deutschschweiz Geschäfte abschliesst, sind damit die Marktkräfte der Verleiher in Zürich massgebend<sup>37</sup>. Häufiger wurde dagegen im Rahmen der Missbrauchsauf-

<sup>29</sup> RPW 1997 339 (Sammelrevers für Musiknoten).

<sup>30</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000 478 ff., 485); RPW 1999 422 ff., 426 (Schweizerische Meteorologische Anstalt): weil es für einen Nachfrager unzumutbar ist, durch Bezüge bei über 20 Kantonen die meteorologischen Daten für die Schweiz zusammenzustellen, sind die kantonalen Daten nicht mit gesamtschweizerischen Daten substituierbar.

<sup>31</sup> Zäch (Fn. 4) 150 ff.; kritisch Dietrich, Marcel/Saurer, Marcel, Ist eine Marke ein Markt?, sic! 7/2001. Das deutsche Wettbewerbsrecht anerkennt eine solche sortimentsbedingte Abhängigkeit. So verzichtet das deutsche Wettbewerbsrecht auf das Tatbestandselement einer marktbeherrschenden Stellung, wenn das behinderte Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager in der Weise abhängig ist, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen (§ 26 Abs. 2 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)). In Anwendung von § 26 Abs. 2 GWB entschied der Bundesgerichtshof im *Rossignol*-Fall, dass ein Sportartikelgeschäft in Oberbayern von Rossignol, einem damals berühmten Hersteller von Ski, abhängig war, obwohl Rossignol nur einen Marktanteil von 8 Prozent hatte und das Sportgeschäft nicht einmal diesen Prozentsatz in seinem Sortiment führte (BGH WuW 1976 249, Rossignol).

<sup>32</sup> Vgl. Handelsgericht Zürich, ZR 98 (1999) 169; Handelsgericht Aargau, RPW 1999 57.

<sup>33</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000 478 ff., 486); RPW 1999 57 ff., 60; vgl. Zäch (Fn. 4) 53.

<sup>34</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000 478 ff., 486).

<sup>35</sup> Zu Recht plädiert deshalb Zäch für eine weite Auslegung der tatbestandsmässigen Voraussetzungen von Art. 7 KG (Zäch [Fn. 4] 141 ff. mit ausführlicher und überzeugender Begründung).

<sup>36</sup> RPW 1999 57, 60; Zäch (Fn. 8) N 338.

<sup>37</sup> Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission des Filmverleih- und Kinomarkts, RPW 2000 571 ff.

sicht als grösster räumlich relevanter Markt das Gebiet der gesamten Schweiz qualifiziert<sup>38</sup>.

Hinsichtlich des räumlich relevanten Marktes wird die Zukunft weisen, ob E-Commerce sich so durchsetzen wird, dass Abnehmer auf entferntere Produkte ausweichen können. Dies würde zu einer erheblich weiteren räumlichen Marktabgrenzung führen.

## B. Marktbeherrschende Stellung

### 1. Möglichkeit einseitiger Preiserhöhungen

Nach Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten<sup>39</sup>. Nach der überzeugenden Auffassung von Zäch liegt der erforderliche Grad an Marktbeherrschung in Art. 7 KG unter demjenigen, der ein Verbot der Zusammenschlusskontrolle rechtfertigt<sup>40</sup>.

«Sich unabhängig verhalten» bedeutet, dass ein Unternehmen die Preise, die Qualität oder die Quantität seiner Produkte festlegen kann, ohne mit wesentlichen Marktanteilsverlusten rechnen zu müssen<sup>41</sup>. Da diese Möglichkeit in der Praxis nicht eindeutig feststellbar ist, behelfen sich die mit der Anwendung des Kartellgesetzes befassten Behörden damit, Marktzutrittsschranken, die wirtschaftliche Macht und Finanzkraft der beteiligten Unternehmen, die Wahlmöglichkeiten der Lieferanten und Abnehmer, die mögliche Konkurrenz vor allem ausländischer Unternehmen sowie die Marktstellung, die sich aus dem Marktanteil ergibt, zu untersuchen<sup>42</sup>. Je stärker die Marktstellung des Unternehmens sowie sein Vorsprung

gegenüber dem Zweitbesten ist, desto eher wird die Marktbeherrschung angenommen. Verschiedene Entscheide nehmen als Schwellenwert einen Marktanteil von 45 oder 50 Prozent an<sup>43</sup>. Bei einem solchen Marktanteil soll nach diesen Entscheiden die Vermutung nahe liegen, dass ein Unternehmen über eine starke Stellung verfügt. Diese Vermutung ist insofern zu relativieren, als Marktanteile vergangene Werte sind und infolge von Markteintritten und Produkteinführungen rasch erodieren können. Marktanteile bis 30 Prozent gelten als unproblematisch, sogar wenn der Abstand zum nächsten Konkurrenten hoch ist<sup>44</sup>.

### 2. Dauer der Marktbeherrschung

Ein weiteres Kriterium der Marktbeherrschung ist die zeitliche Relevanz. Die Marktbeherrschung muss lange genug andauern, damit sie unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten signifikant ist<sup>45</sup>. Die meisten Unternehmen könnten ihre Preise über den kompetitiven Grad für einen Tag, eine Woche oder sogar einen Monat erhöhen, ohne mit Marktanteilsverlusten rechnen zu müssen. Jedoch würden viele Unternehmen ihre Preiserhöhung rückgängig machen müssen, sobald die Abnehmer billigere Alternativen ausfindig gemacht haben<sup>46</sup>. Seltsamerweise wurde der zeitliche Aspekt der Marktbeherrschung in der Schweizer Praxis in Missbrauchsfällen nie diskutiert<sup>47</sup>. Aus der Praxis der Wettbewerbskommission zur Zusammenschlusskontrolle kann geschlossen werden, dass die Marktbeherrschung mindestens ein Jahr andauern sollte<sup>48</sup>.

### 3. Kollektive Marktbeherrschung

Im Rahmen der Feststellung der Marktbeherrschung im Sinne von Art. 7 KG ist gegenwärtig das heisseste Eisen, ob und unter welchen Voraussetzungen mehrere Unternehmen gemeinsam über eine marktbeherrschende Stellung verfügen können, obwohl sie einzeln nicht marktbeherrschend sind. Die Wettbewerbskommission bejahte in Fällen der Unternehmenszusammen-

<sup>38</sup> Beim Vertrieb rezeptpflichtiger Arzneimittel können Einwohner jener Kantone, welche den Versandhandel zulassen, auf Apotheken ausserhalb ihres Wohnortes ausweichen (RPW 1998 552). Messen, die sich an Fachhändler der gesamten Schweiz richten, bilden ebenfalls einen gesamtschweizerischen Markt (RPW 1994 631).

<sup>39</sup> Marktbeherrschung ist entgegen *Hangartner* (Fn. 17), 343 (recht 2002, 57) nicht per se schlecht. Marktbeherrschung – das Erzielen hoher Marktanteile – ist vielmehr ein notwendiges Ziel jedes Unternehmens, um möglichst hohe Profite erzielen zu können. Marktbeherrschung und Marktwirtschaft sind damit durchaus miteinander vereinbare Begriffe (anders *Hangartner* [Fn. 17], 343 (recht 2002, 57)). Marktbeherrschung ist nur schlecht, wenn sie eingesetzt wird, um Monopolrenten zu wahren, d.h. entgegen Konsumenteninteressen den Output ineffizient zu reduzieren und Preise hoch zu halten.

<sup>40</sup> *Zäch* (Fn. 4) 166 ff. Anders von *Ballmoos, Thomas*, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirklichen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, *AJP* 1999 295 ff., 301.

<sup>41</sup> *Von der Crone, Hans Caspar/Groner, Roger*, Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich, *ZIK* 2, Zürich 1998, 45 ff., 55.

<sup>42</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen (RPW 1999 331); vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000 478 ff., 488).

<sup>43</sup> Unveröffentlichtes Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 28. August 1998, 9; Handelsgericht des Kantons Aargau, RPW 1997 626 ff., 630.

<sup>44</sup> Beim Zusammenschluss General Electrics/Aufina beispielsweise betrug der Marktanteil im Autoleasingmarkt nach dem Zusammenschluss 29 Prozent. Die Wettbewerbskommission erachtete diese Grösse als Indiz für das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung (RPW 1997 362 f.).

<sup>45</sup> *Zäch* (Fn. 8), N 339, für bloss saisonal verfügbare Güter.

<sup>46</sup> Vgl. *Mcfalls, Michael S.*, The Role and Assessment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis, *Antitrust Law Journal* 66 651 ff., 657 N 18.

<sup>47</sup> In Amerika wird dieses Element der Marktbeherrschung dagegen geprüft. Namentlich *Landes/Posner* fordern, dass der Sherman Act eine Langzeit-Analyse verlangt (*Landes, William L./Posner, Richard A.*, Market Power in Antitrust Cases, *Harvard Law Review* 94, 937 ff. [1981] 959).

<sup>48</sup> Vgl. RPW 1997 540 ff., 556.

schlusskontrolle nach Art. 10 KG, dass eine solche kollektive Marktbeherrschung unter Art. 4 Abs. 2 KG fällt<sup>49</sup>. Diese Praxis gilt a fortiori auch für die Missbrauchsaufsicht nach Art. 7 KG, da der Grad an Marktbeherrschung in Art. 7 KG nicht so hoch liegt wie derjenige in Art. 10 KG<sup>50</sup>. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist kein Nachweis erforderlich, wonach die Unternehmen bewusst und gewollt dem Wettbewerbsdruck entgehen wollen und sich absprechen<sup>51</sup>. Es genügt, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Umstände nachgewiesen werden, die einen Anreiz für ein wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten schaffen. Solche Umstände sind<sup>52</sup>:

- hohe Marktkonzentration,
- ähnliche und zeitlich wenig variierende Marktanteile,
- ähnliche Kostenstrukturen,
- hohe Marktzutrittschranken,
- hoher Grad an Homogenität der Produkte oder Dienstleistungen,
- schwache Nachfrageelastizität,
- gesättigter Markt und stagnierende Nachfrage und
- Markttransparenz.

Im Wesentlichen gilt damit, dass die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung voraussetzt, dass erstens wenige Marktteilnehmer im relevanten Markt vertreten sind und zweitens die Unternehmen sich gegenseitig kontrollieren können. Nur in solchen transparenten Märkten können die Unternehmen ein Ausbrechen eines Unternehmens sofort feststellen und entsprechende Massnahmen treffen. Fehlt diese Kontrollmöglichkeit, besteht ein Anreiz, den Marktanteil durch Nichteinhalten der stillschweigend verabredeten Konditionen zu vergrössern. Ob die erforderliche Transparenz vorliegt, ist aus Sicht der Unternehmen – und nicht der Marktgegenseite – festzustellen. Denn massgebend ist, dass diese sich untereinander kontrollieren können<sup>53</sup>. Ein weiteres Kriterium sollte sein, dass Nachfrager nur schwer in der Lage sind, durch Vergleich der verschiedenen Angebote das Beste herauszupicken. Wäre ein solcher Preisvergleich nämlich möglich, würde die kollektive Marktbeherrschung rasch erodieren.

## C. Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung

### 1. Verhaltensanalyse

Nach der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung ist festzustellen, ob das Unternehmen andere Unternehmen behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt. Die Missbrauchsfälle von Art. 7 KG haben dabei nach der Praxis einen breiten Anwendungsbereich. Beispielsweise fällt unter den Tatbestand der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG nicht nur die Verweigerung von Produkten, Technologie oder Dienstleistungen. Auch das Angebot eines marktbeherrschenden Unternehmens, ein Produkt zu unvernünftig hohen Preisen zu liefern, gilt als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen. Damit sind marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG verpflichtet, über die Lieferung (allenfalls auch den Bezug) ihrer Produkte ernsthaft zu verhandeln<sup>54</sup>. Zur Beantwortung der Frage, wann ein unvernünftiges Angebot als Verweigerung der Geschäftsbeziehungen gilt, können nach der Praxis der Wettbewerbskommission gleichartige Verträge zwischen Dritten oder frühere Verträge des marktbeherrschenden Unternehmens zum Vergleich herangezogen werden<sup>55</sup>. Auf der anderen Seite gilt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht in Verhandlungen mit einem Abnehmer treten muss, wenn dieser unvernünftig schlechte Konditionen offeriert<sup>56</sup>.

### 2. Missbrauch

Die in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Tatbestände sind keine per se-Wettbewerbsbehinderungen. Das Verhalten der marktbeherrschenden Unternehmen ist zulässig, wenn es durch objektive sachliche Gründe (*legitimate business reasons*) gerechtfertigt ist<sup>57</sup>. Ein «Missbrauch» der marktbeherrschenden Stellung setzt somit das Fehlen von Rechtfertigungsgründen voraus. Eine Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht des marktbeherrschenden Unternehmens wird als Indiz für die Unzulässigkeit aufgefasst<sup>58</sup>. Positiv formuliert hat sich ein marktbeherrschendes Unternehmen am Sachlichkeits- und Verhältnismässigkeitsgebot zu orientieren<sup>59</sup>.

<sup>49</sup> Vgl. die drei Fälle zur kollektiven Marktbeherrschung: RPW 1998 214 ff. (Revisuisse Price Waterhouse/STG Coopers & Lybrand); RPW 1998 278 ff. (UBS/SBV); RPW 1998 392 ff. (Bell/SEG).

<sup>50</sup> Zäch (Fn. 4) 166 ff.

<sup>51</sup> Vgl. die Alternativformulierung in RPW 1998 243 Rz. 133 und Rz. 137.

<sup>52</sup> RPW 1998 310. Die Wettbewerbskommission folgt dabei der Kriterienliste zu «tacit collusion» von Posner, Richard A., *Antitrust Law. An Economic Perspective*, Chicago 1976 (Nachdruck 1999), 55 ff.

<sup>53</sup> Von Ballmoos, Thomas, *Kollektive Marktbeherrschung im schweizerischen Fusionskontrollrecht – eine erste Lagebeurteilung*, SJZ 95 (1999) 489 ff., 492.

<sup>54</sup> RPW 2000 561 ff., 570 (Watt/Migros – EBL): Art. 7 KG verpflichtet eine Netzbetreiberin in marktbeherrschender Stellung, über Durchleitungsgesuche, die zu angemessenen Bedingungen gestellt werden, fair zu verhandeln.

<sup>55</sup> RPW 2000 8 ff., 11 (Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift *saldo*).

<sup>56</sup> Werden, Gregory J., *The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine*, Saint Louis University Law Journal 32 (1987) 433 ff., 456.

<sup>57</sup> Zäch (Fn. 8), N 364; RPW 2000 561 ff., 570 (Watt/Migros – EBL).

<sup>58</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000 478 ff., 489).

<sup>59</sup> Groner (Fn. 5) 165; RPW 2000 571 ff., 583 (Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt).

Bis anhin hat die Praxis keine für alle Fälle gültige Formulierung der Anforderungen an die sachlichen Gründe aufgestellt<sup>60</sup>. Eine Durchsicht der publizierten Entscheide zeigt, dass in Streitfällen eine weite Bandbreite «sachlicher Gründe» vorgebracht wird. Sogar in ähnlichen Fällen anerkennen die Wettbewerbsbehörden und Gerichte die gleichen Umstände teils als Rechtfertigungsgründe, teils nicht<sup>61</sup>.

Als Beispiel für die unterschiedliche Anwendung der Missbrauchsbestimmungen sei die richterliche Beurteilung der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme unter Art. 7 KG angeführt. Selektive Vertriebssysteme bevorzugen oder grenzen bestimmte Abnehmer unter qualitativen Aspekten wie der Art des Geschäfts (Boutique/Supermarkt), der Infrastruktur, der Beratung oder dem Erbringen von Serviceleistungen aus<sup>62</sup>. Markenparfumhersteller etwa beliefern häufig nur gehobene Geschäfte mit ihren Produkten. *Low price*-Retailer werden dagegen von den Produkten ausgeschlossen. Damit liegt ein Fall der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG vor. Die bisherige Praxis hat unterschiedliche Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe für den mit dem selektiven Vertriebssystem verbundenen *refusal to deal* aufgestellt. Entweder betonen die Gerichte die Freiheit des Herstellers, über sein Vertriebssystem zu entscheiden<sup>63</sup>, oder die Gerichte stellen so hohe Anforderungen auf, dass einzig «pathologisches» Verhalten des diskriminierten Abnehmers wie vergangene schlechte Verkaufsleistungen, mangelnde Sachkunde, unzureichende technische Fähigkeiten eines Reparaturbetriebs oder Unzuverlässigkeit des Abnehmers die Verweigerung der Geschäftsbeziehung rechtfertigt<sup>64</sup>.

Mithin haftet dem Ausgang der meisten Missbrauchsverfahren etwas Aleatorisches an. Wie oben dargelegt, sollten die Gerichte die pro- und antikompetitiven Wirkungen des Verhaltens des

marktbeherrschenden Unternehmens beurteilen<sup>65</sup>. Dieses Postulat wurde bisher kaum erfüllt. Selten hat sich ein Gericht oder sogar die Wettbewerbskommission mit allfälligen Effizienzgewinnen oder Wohlstandsverlusten infolge des angeblich missbräuchlichen Verhaltens auseinander gesetzt. In diesem Punkt besteht der grösste Handlungsbedarf bei der künftigen Handhabung der Missbrauchsaufsicht. In Zukunft sollten im Rahmen der Auslegung des offenen Begriffs «sachliche Gründe» die pro- und antikompetitiven Wirkungen analysiert und gegeneinander abgewogen werden. Mithin ist entscheidend, ob das angeblich missbräuchliche Verhalten ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis oder ein grösseres Produktsortiment für die Endkonsumenten zur Folge hat oder nicht<sup>66</sup>.

### 3. Effizienz selektiver Vertriebssysteme

#### a) Exklusivität

Im Folgenden soll anhand der selektiven Vertriebssysteme exemplarisch dargelegt werden, wie der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung unter Effizienzgesichtspunkten zu beurteilen ist. Trifft ein marktbeherrschendes Unternehmen eine (formelle oder informelle) Vereinbarung mit einem Vertriebspartner, ausschliesslich diesen im Absatzgebiet zu beliefern, werden durch die Exklusivität die Geschäftsbeziehungen zu allen anderen Abnehmern im Absatzgebiet verweigert, was Art. 7 KG-relevant ist<sup>67</sup>.

#### b) Parallele Interessen

Ein Hersteller muss dafür sorgen, dass seine Produkte zum Endkonsumenten gelangen. Eine Mög-

<sup>60</sup> Vgl. Groner (Fn. 5) 165 ff.

<sup>61</sup> Als Beispiele unterschiedlicher Anforderungen seien folgende Entscheide aufgeführt: Das Handelsgericht St. Gallen schützte die Weigerung eines Veranstalters einer Fachmesse (der nur Unternehmen mit ihren Eigenprodukten oder Generalvertreter als Aussteller zulässt), ein Unternehmen zuzulassen, das auch Produkte Dritter ausstellen wollte. Das Gericht begründete dies damit, dass ein Veranstalter selber darüber bestimmen dürfe, wie er die Ausstellung organisieren wolle (RPW 1998 15 ff., 19). Demgegenüber vertrat das Handelsgericht Aargau die Auffassung, ein Messeveranstalter sei nicht frei im Erlass des Messereglements und der Zulassung von Veranstaltern (RPW 1997 626 ff., 632 f.). Das Handelsgericht Aargau begründete dies zu Unrecht damit, dass in Art. 7 KG keine Rechtfertigungsgründe vorgesehen seien (RPW 1997 632).

<sup>62</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000 478 ff., 490); Groner (Fn. 5) 166.

<sup>63</sup> Beschluss des Handelsgerichts Zürich, ZR 98 (1999) 173.

<sup>64</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000 478 ff., 490).

<sup>65</sup> Oben S. 65.

<sup>66</sup> Illustrativ ist in diesem Zusammenhang der amerikanische Entscheid *Paschall v. Kansas City Star Co.* (727 F.2d 692 [8th Circuit], cert. denied, 469 U.S. 872 [1984]) unter dem Sherman Act. Star Co. war Eigentümerin der beiden Tageszeitungen in Kansas City. Beide Zeitungen wurden jahrzehntelang durch unabhängige Vertrieber an die Abonnenten verteilt. Die Vertrieber kauften die Zeitungen zu Rabattpreisen und veräusserten sie dem Publikum zu unterschiedlichen Preisen weiter. Star Co. beschloss, alle Verträge mit den unabhängigen Vertriebern zu beenden und die Zeitungen durch eigene Mitarbeiter zu verteilen. Deshalb weigerte sich Star Co., die Zeitungen weiterhin zu Rabattpreisen an die Vertrieber zu veräussern. Das angerufene Gericht hielt diese Verweigerung der Geschäftsbeziehungen für zulässig. Das Gericht nahm an, dass (wenn die Nachfrage nur einigermaßen elastisch ist) Star Co. einen Anreiz hat, die Anzahl verkaufter Produkte zu steigern, was den Nettoertrag erhöht. Denn das Zeitungsunternehmen erzielte signifikante Erträge aus Werbung. Star Co. kämpfte um diesen Ertragsanteil mit anderen Medienunternehmen und hatte ein Interesse daran, die Auflage zu steigern, was zu tieferen Preisen führen sollte. Dementsprechend hatte Star Co. ein grösseres Interesse daran, die Zeitungspreise zu senken, als die unabhängigen Vertrieber. Angesichts dessen kam das Gericht zum Schluss, dass die vertikale Integration keine wettbewerbsbeschränkende Wirkung zur Folge hatte.

<sup>67</sup> Der exklusive Vertrieb kann eine Bandbreite möglicher Vertragsformen umfassen, beispielsweise Alleinvertriebs-, Alleinbezugs- oder Lizenzverträge.

lichkeit des Herstellers ist, den Vertrieb «einzukaufen». Die Differenz zwischen dem Einkaufspreis und des Wiederverkaufspreises des Vertriebspartners sind Distributionskosten. Daneben bedeutet das Recht des Vertriebspartners, die Produkte exklusiv zu vertreiben, einen weiteren Anreiz für den Vertrieb. Mithin ist die Exklusivität eine Form der Entschädigung des Vertriebspartners und damit ebenfalls Teil der Distributionskosten des Herstellers.

Sowohl der Hersteller als auch die Konsumenten haben ein Interesse an tiefen Distributionskosten: Der Konsument, um billigere Produkte zu erhalten, der Hersteller, um eine hohe Marge zu erzielen. In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Distributionskosten nicht von Arbeits-, Rohmaterial- oder anderen Herstellungskosten<sup>68</sup>. Der Hersteller ist stets bedacht, in seinem Interesse und auch im Interesse der Konsumenten die Herstellungskosten tief zu halten. Hersteller bezahlen deshalb kaum «zu viel» für ihre Rohmaterialien – und wenn doch, ist das kein Wettbewerbsproblem<sup>69</sup>. Es würde überraschen, wenn der Hersteller beim Einkauf des Vertriebs sich anders verhalten würde. Restriktionen des vertikalen Vertriebs, wie etwa Exklusivität, fixe Wiederverkaufspreise oder Spezifikationen über die Art des Verkaufs, sind deshalb auf Grund der gleichen Interessenlage von Hersteller und Konsumenten wettbewerbsrechtlich nur selten ein Problem<sup>70</sup>.

### c) Pro-kompetitive Wirkungen

Die gleichen Interessen von Hersteller und Konsumenten können prokompetitive Wirkungen von exklusiven Lieferverträgen bzw. selektiven Vertriebssystemen zur Folge haben. Effizient ist etwa ein selektives Vertriebssystem, wenn damit *Free Rider*-Probleme beseitigt werden. Ein *Free Rider*-Problem entsteht, wenn ein Unternehmen von Leistungen eines Konkurrenten einen Nutzen zieht, ohne dafür bezahlen zu müssen<sup>71</sup>. Beispielsweise profitiert ein Kinounternehmen von der Werbung für einen bestimmten Film durch ein Konkurrenzkinos in derselben Stadt, wenn das Publikum sich gestützt auf die Werbung für diesen Film entscheidet, aber sich den Film nicht im werbenden Kino ansieht, sondern im Trittbrettfahrer-Kino. Das die Werbung finanzierende Kinounter-

nehmen wird sich vom Filmvertrieber verständlicherweise das Recht einräumen lassen, den betreffenden Film exklusiv vorzuführen zu dürfen.

Investitionen des Abnehmers in den Vertrieb von Produkten sind deshalb ein Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gegenüber anderen Unternehmen<sup>72</sup>. Ohne Exklusivität wäre der Vertriebspartner nicht bereit, Kapital, Service und Beratung im Hinblick auf den Vertrieb der Produkte zu investieren<sup>73</sup>. Solche Investitionen sind dabei wettbewerbsfördernd, da dadurch der Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Produkten und Herstellern verstärkt wird<sup>74</sup>.

Ein weiterer pro-kompetitiver Effekt eines selektiven Vertriebssystems liegt in der Schaffung eines breiten Produktesortiments. Ein Produzent hat unter Umständen ein grösseres Interesse daran, Qualitätsbewusstsein bei den Endabnehmern zu schaffen als die Produkte flächendeckend über Billiganbieter zu vertreiben<sup>75</sup>. Zur Schaffung solchen Goodwills vertreibt der Produzent seine Produkte ausschliesslich über qualitativ hochwertige Abnehmer, die Serviceleistungen erbringen und ein «Einkaufserlebnis» schaffen<sup>76</sup>. Solche auf der Qualität des Vertriebspartners basierenden exklusiven Lieferverträge sind namentlich beim Vertrieb von Markenartikeln anzutreffen<sup>77</sup>.

Die exklusive Belieferung nur gewisser Distributoren ist wettbewerbsrechtlich effizient, weil nur wenige Konsumenten teure T-Shirts mit einem Krokodilemblem bei einem Fachhändler kaufen, wenn ein Supermarkt diese zu günstigeren Preisen anbietet. Fachhändler wären unter diesen Umständen kaum bereit, die Krokodil-T-Shirts zu vertreiben. Daher erfordert Produktediversifikation geradezu ein exklusives Vertriebssystem. Keine Rolle sollte dabei der Umstand spielen, dass der Produzent seine Markenartikel allenfalls gleichzeitig im Direktvertrieb (beispielsweise mittels E-Commerce) oder in Duty-free-Shops an Endkunden veräussert. Dem

<sup>68</sup> Gloor/Staehelin (Fn. 21) 307; Groner (Fn. 11) 278.

<sup>69</sup> In den USA ist die Beseitigung des *Free-Rider*-Problems ein anerkannter Rechtfertigungsgrund für vertikale selektive Vertriebssysteme; vgl. *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 55 (1977); *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 F.2d 742, 745 (7th Circuit 1982); *Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp.*, 638 F.2d 15, 16–17 (4th Circuit).

<sup>70</sup> *Red Diamond Supply, Inc. v. Liquid Carbonic Corp.*, 637 F.2d 1001, 1005–1007 (5th Circuit).

<sup>71</sup> *Easterbrook* (Fn. 15) 155).

<sup>72</sup> Indem der Hersteller seine Güter nur an «*high price*»-Retailer veräussert, signalisiert er gegenüber Konsumenten Qualität des Produktes. Der Retailer trägt nämlich die Kosten der Auswahl qualitativ hoch stehender Güter. Wenn er diese in seinem Sortiment führt, kann der Konsument darauf vertrauen, ein Produkt hoher Qualität zu erwerben (*Scherrer, F. M., The Economics of Vertical Restraints*, *Antitrust Law Journal* 52 [1983] 687 ff., 698).

<sup>73</sup> Für das Schweizer Recht vgl. ZR 98 (1999) Nr. 38, 172; zum deutschen Recht vgl. Urteil des deutschen BGH vom 30. Juni 1981 i.S. Adidas (WuW/E BGH S. 1885, S. 1888); zum amerikanischen Recht vgl. *Areeda, Philip E.*, *Antitrust Law*, 9. Aufl., 1998, 483 ff.

<sup>68</sup> *Easterbrook* (Fn. 15) 150; Groner (Fn. 11) 278.

<sup>69</sup> Gloor/Staehelin (Fn. 21) 304: «Muss sich der Markeninhaber im Wettbewerb gegen andere Marken bewähren, so wird er seinem Händler nur soviel Schutz wie notwendig gewähren, da bei zu hohen Preisen auf der Endverbraucherstufe der Umsatz zurückgeht.»

<sup>70</sup> Gloor/Staehelin (Fn. 21) 305.

<sup>71</sup> *Propofsky, Laurence M./Propofsky, Mark S.*, *Vertical Restraints in the 1990s: Is There a «Thermidorian Reaction» to the Post-Sylvania Orthodoxy?* 62, *Antitrust Law Journal* 1994 729 ff., S. 742 (1994).

Produzenten kann nicht zum Nachteil gereichen, die Vertriebskosten tief halten zu wollen<sup>78</sup>.

#### 4. Parallelimporte patentierter Produkte

Ein zentraler Punkt im Rahmen der zukünftigen Missbrauchsaufsicht wird sein, inwiefern die Wettbewerbsbehörden und Gerichte den Parallelimport patentierter Güter – deren Einfuhr aus dem Ausland gegen den Willen des Inhabers eines schweizerischen Patents – unter dem Kartellgesetz schützen werden.

Nach dem bekannten Kodak-Bundesgerichts-urteil gilt im Patentrecht der Grundsatz der nationalen Erschöpfung<sup>79</sup>. Der Inhaber eines in der Schweiz geltenden Patents verbraucht die durch das Patentrecht vermittelten Befugnisse für einen Gegenstand erst, wenn er die patentgeschützte Ware in der Schweiz (und nicht im Ausland) in Verkehr setzt. Sein Patentrecht wird verletzt, wenn die Ware gegen seinen Willen in die Schweiz eingeführt wird. Das Patent verleiht damit dem Patentinhaber für die Verwertung seiner schöpferischen Leistung eine Monopolstellung, die zur Abwehr von Parallelimporten berechtigt.

Das Bundesgericht hielt fest, dass das Wettbewerbsrecht allfälligen Missbräuchen des patentrechtlichen Monopols Grenzen setzt<sup>80</sup>. Wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine ihm vom Patent verliehene Monopolstellung missbrauche, um den schweizerischen Markt abzuschotten und insbesondere unangemessene Preise oder unangemessene Geschäftsbedingungen zu erzwingen, liege ein Verstoss gegen Art. 7 Abs. 2 lit. c KG vor. Nach bundesgerichtlicher Auffassung indiziert ein *wesentlicher Preisunterschied* patentierter Erzeugnisse bei der ersten Inverkehrsetzung in der Schweiz im Vergleich zum Ausland einen kartellrechtlich verpönten Missbrauch, wenn die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen in beiden Ländern vergleichbar sind. Ein in der Ausübung des Wettbewerbs behinderter schweizerischer Händler habe einen Anspruch auf Abschluss von marktgerechten Verträgen, deren Konditionen grundsätzlich den unter vergleichbaren ausländischen Marktbedingungen vereinbarten entsprechen dürften<sup>81</sup>. Auf Grund dieser Ausführungen ist damit zu rechnen, dass die Missbrauchsaufsicht nach Art. 7 KG im Bereich patentrechtlich geschützter Produkte eine wichtige Rolle spielen wird.

<sup>78</sup> Anders Zäch (Fn. 4) 189.

<sup>79</sup> BGE 126 III 129. Ausführlich Rauber, Georg, Parallelimporte zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht: eine Übersicht, in: Parallelimporte im Schnittstellenbereich zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Rauber (Hrsg.) Bd. 29 der Schriftenreihe des Europa Instituts Zürich, Zürich 2000, 1 ff.

<sup>80</sup> BGE 126 III 129, 153 ff.

<sup>81</sup> BGE 126 III 129, 154.

Patenterte Produkte unterscheiden sich von «industriell» hergestellten Produkten wie Autos oder Schuhen insofern, als regelmässig eine erhebliche Investition für deren Entwicklung nötig ist («*upfront costs*»), das Herstellen der einzelnen Produkte aber nichts oder nur wenig kostet. Kostet beispielsweise die Entwicklung einer bestimmten Software CHF 10 Mio., betragen die Marginalkosten für die Herstellung und Verkauf des einzelnen Produkts null Franken, wenn die Software elektronisch verteilt wird<sup>82</sup>. Jedes einzelne Produkt bedeutet damit einen Profit in Höhe des Verkaufspreises. Der Marktanteil für dieses Produkt kann dabei sehr schnell eine erhebliche Grösse annehmen, weil Technologieprodukte oftmals nur effizient genutzt werden können, wenn auch andere Nutzer die gleiche Applikation verwenden (Netzwerkeffekt)<sup>83</sup>. Dies schafft für Konsumenten einen Anreiz, dasjenige Produkt zu erwerben, das den Markt anführt.

In dieser Situation ist fraglich, ob der Wettbewerb im Sinne der «unsichtbaren Hand» von Adam Smith funktioniert, wonach die Marktkräfte von Angebot und Nachfrage die Ressourcen effizient dorthin verteilen, wo sie am besten genutzt werden<sup>84</sup>. In Adam Smith's perfekter Welt sollte der Wettbewerb zwischen Produzenten die Preise auf einen Betrag nahe der Marginalkosten senken<sup>85</sup>. Die Marginalkosten von Software betragen aber null Franken. Smith's Wettbewerbsvorstellung müsste demnach das Software-Geschäft zerstören. Die einzige Überlebensebene für ein Softwareunternehmen ist damit der Aufbau einer marktbeherrschenden Stellung<sup>86</sup>.

Dies impliziert eine gewisse Zurückhaltung bei der Missbrauchsaufsicht im *Intellectual Property*-Bereich. Sinn des im Patent begründeten Monopols ist, Unternehmen zu ermutigen, die *upfront costs* für die Entwicklung des patentierten Gutes auf sich zu nehmen<sup>87</sup>. Dieser Investitionsschutz sollte nicht leichthin unter Berufung auf das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot oder

<sup>82</sup> So Bill Gates, in: Intellectual Property: Old Rules Don't Apply, The Wall Street Journal vom 23. August 2001, S. A1.

<sup>83</sup> Vgl. Katz, Michael L./Shapiro Carl, Antitrust in Software Markets, in: Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace, Eisenach/Lenard (Hrsg.), Washington 1998, 29 ff., 32 ff.; von der Crone/Groner (Fn. 41) 45 f.

<sup>84</sup> Smith, Adam, The Wealth of Nations, London u.a. 1937 (ursprünglich 1776 erschienen).

<sup>85</sup> Smith (Fn. 84) 45 ff.

<sup>86</sup> Entweder erzielt damit ein Softwareunternehmen erhebliche Gewinne (wie etwa Microsoft) oder verliert gross (wie beispielsweise die Technologie-Unternehmen, deren Börsenkurs an der Nasdaq zurzeit unter USD 1 liegt).

<sup>87</sup> Zu berücksichtigen ist auch, dass nach Art. 14 PatG (Bundesgesetz vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente, Patentgesetz, SR. 232.14) die Schutzdauer für Patente grundsätzlich höchstens 20 Jahre seit der Anmeldung beträgt. Dem Patentinhaber steht damit für die Amortisation seiner Investition kein langer Zeitraum zur Verfügung (vgl. BGE 126 III 129, 142).

den Kontrahierungszwang zerstört werden. Die Förderung des Anreizes zur Entwicklung technologischer Leistungen ist mithin ein Effizienzgesichtspunkt, der im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Abwehr von Parallelimporten mitzubewägen ist.

Weiter wird die bloße Tatsache eines Preisunterschiedes des patentierten Produktes bei der ersten Inverkehrsetzung in der Schweiz im Vergleich zum Ausland nicht genügen, um einen Missbrauchstatbestand etablieren zu können. Vielmehr ist unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten zu prüfen, ob der Preisunterschied durch Effizienzgewinne im Ausland gerechtfertigt ist. Kann beispielsweise ein Unternehmen seine Produkte in Deutschland infolge *economies of scale* billiger vertreiben als in der Schweiz, in der es vielleicht den Vertrieb erst (teuer) einkaufen muss, ist der Preisunterschied wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>88</sup>

#### IV. Schlussfolgerungen

Die Wettbewerbsbehörden und Gerichte haben die Missbrauchstatbestände von Art. 7 KG bisher nur zurückhaltend angewendet. Immerhin zeigten vereinzelt Entscheide Monopolunternehmen die Grenzen in der Diskrimination von Konkurrenten und anderen Marktteilnehmern auf<sup>89</sup>. Die bisherigen Entscheide setzten sich nicht mit ökonomischen Aspekten auseinander. Stattdessen wurde nach Rechtfertigungsgründen gesucht, die nur am Rande mit «Effizienz» (d. h. den Auswirkungen auf das Preis-Leistungs-Verhältnis) zu tun haben. Unbewusst folgt die Praxis dennoch einem pragmatischen Wettbewerbsbegriff, der effizienzfördernde Diskriminationen zulässt.

Handlungsbedarf besteht deshalb vor allem darin, dass im Rahmen der Prüfung der «sachlichen objektiven Gründe», welche missbräuchliches Verhalten rechtfertigen, eine Abwägung der pro- und anti-kompetitiven Wirkungen vorzunehmen ist. Idealerweise sollten die mit der Anwendung des Kartellgesetz befassten Behörden und Gerichte das in Frage stehende Verhalten danach beurteilen, ob es *effizient* ist, d. h. die Beschränkung des Wettbewerbs durch ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis gerechtfertigt ist. Der gleiche Beurteilungsmassstab gilt auch für die Feststellung der Zulässigkeit von Parallelimporten patentierter Güter unter Art. 7 KG.

<sup>88</sup> Gleich *Rauber* (Fn. 79) 21 ff.

<sup>89</sup> Vgl. RPW 1997 44 ff. (Blue Window); RPW 1997 626 ff. (Fachmesse); RPW 1999 204 ff. (Teleclub), aufgehoben durch die Rekurskommission (RPW 1999 618 ff., vgl. RPW 2001 503 ff.).