

## Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unter Schweizer und US Wettbewerbsrecht

von Roger Groner, Rechtsanwalt, LL.M., New York<sup>1</sup>

*One of the most unsettled and complex issues in antitrust law is how to determine whether a firm with monopoly power that has refused to deal with a competitor or a customer has violated Article 7 of the Swiss Federal Act on Cartels or Section 2 of the US Sherman Act.*

*Under competition, the price of a good to the consumer tends to be bid down by the sellers to its cost, including in cost such profit required to attract capital into the firm. The purpose of both American and Swiss antitrust law is to protect consumers*

*from restraints of competition leading to artificially high prices. Thus, whether the refusal to deal by a monopolistic firm is lawful or not depends on whether the refusal is «efficient», i.e., whether the monopolistic behavior will result in lower prices or better quality for consumers. The author tries to put the cases in a framework in order to determine the anti- and procompetitive effects of different categories of typical refusal-to-deal cases, including exclusive dealing and vertical integration.*

### Inhaltsübersicht

#### I. Wettbewerb und Kooperation

- A. Übersicht
- B. Schizophrenie des Wettbewerbsrechts?
- C. Effizienz und Wettbewerb

#### II. Refusal to Deal unter amerikanischem Wettbewerbsrecht

- A. Rechtsgrundlagen
- B. Anwendungsbereich
- C. Refusal to Deal-Tests
  1. Übersicht
  2. Intent Test
  3. Essential Facilities Doctrine
  4. Legitimate Business Reason Test

#### III. Refusal to Deal unter Schweizer Wettbewerbsrecht

- A. Überblick
- B. Anwendungsbereich
- C. Relevanter Markt
- D. Marktbeherrschung
- E. Missbrauch der Marktmacht

#### IV. Formen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

- A. Warum Kategorien bilden?
- B. Übersicht
- C. Exklusive Lieferverträge
  1. Ausschliesslichkeit
  2. Parallele Interessen
  3. Pro-kompetitive Wirkungen
- D. Vertikale Integration
  1. Einwände
  2. Pro-kompetitive Wirkungen
  3. Schutz des Vertriebspartners wettbewerbsrechtlich irrelevant
- E. Konkurrenzbeziehung

#### V. Fazit

### I. Wettbewerb und Kooperation

#### A. Übersicht

Nach Art. 7 Abs. 1 KG<sup>2</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 solche Verhaltensweisen fällt insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Ist die Verweigerung der Geschäftsbeziehungen missbräuchlich, hat das behinderte Unternehmen gestützt auf Art. 13 lit. b KG einen Anspruch auf Belieferung.

Die Fälle der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (*refusal to deal*) gewinnen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht an Bedeutung. Unternehmen, denen Produkte oder Dienstleistungen verweigert werden, versuchen zusehends, den kartellgesetzlichen Kontrahierungszwang auf dem Prozessweg durchzusetzen<sup>3</sup>. Kann das Schweizer Wettbewerbsrecht dabei aus den Erkenntnissen des amerikanischen *antitrust law* die geeigneten Schlüsse ziehen?

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist die Auseinandersetzung mit dem Zweck des Wettbewerbsrechts (Ziff. I). Die anschließende Darstellung der Rechtslage in den Vereinigten Staaten (Ziff. II) und in der Schweiz

<sup>2</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

<sup>3</sup> Eine summarische Zählung ergibt, dass rund 20 Prozent aller in der RPW publizierten Entscheide zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung und zu horizontalen Abreden sich mit der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen befassen.

<sup>1</sup> Attorney at Law (New York); Mitarbeiter bei *Simpson Thacher & Bartlett*, New York. Der Beitrag entstand mit einem Forschungsbeitrag des Schweizerischen Nationalfonds, was hiermit herzlich verdankt wird.

(Ziff. III) wird zeigen, dass die Bildung von Kategorien von *refusal to deal*-Fällen sinnvoll ist, um diese sachgerecht beurteilen zu können. Entsprechende Kategorien werden unter Ziff. IV vorgestellt.

### B. Schizophrenie des Wettbewerbsrechts?

Sowohl in den Vereinigten Staaten als auch in der Schweiz soll das Wettbewerbsrecht den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung fördern und schützen<sup>4</sup>. Dabei versteht nur eine lehrbuchartige Vorstellung unter «Wettbewerb» einen atomistischen Markt, bestehend aus einer Vielzahl von untereinander rivalisierenden Verkäufern und Käufern, die ständig Transaktionen über differenzierte Produkte abschliessen, ohne miteinander zu kooperieren<sup>5</sup>. In der Wirklichkeit existierende Märkte enthalten eine Vielzahl von Absprachen unter horizontalen und vertikalen Marktteilnehmern, da Kooperation zu effizienteren Resultaten führen kann als Verweigerung der Zusammenarbeit<sup>6</sup>. Solche Absprachen betreffen beispielsweise die langfristige und exklusive Belieferung mit Produkten, die gemeinsame Entwicklung von Innovationen oder den kollektiven Nutzen von Know-How.

Kooperation erfolgt nicht nur zwischen Unternehmen, sondern auch innerhalb von Unternehmen. Das Unternehmen selber ist nichts anderes als ein Netz von Absprachen zwischen denjenigen, die einen Produktionsinput – wie Kapital, Arbeit oder spezielle Dienstleistungen – im Hinblick auf einen wirtschaftlichen Zweck liefern (*nexus of contracts*)<sup>7</sup>. So vereinbaren die Unternehmensgründer, den Produktionsfaktor Kapital oder Arbeit in das Unternehmen zu investieren. Sie vereinbaren typischerweise, dass die Geschäftsführung Managern und Mitarbeitern überlassen wird, und die Manager treffen Vereinbarungen mit Kreditgebern, Kunden und dem Staat. Solche internen Absprachen beseitigen externe Transaktionskosten, wie etwa die Kosten des Beschaffens von Informationen über den Vertragspartner, die Kosten des jeweiligen Aushandelns der Verträge und der Kontrolle des Vertragspartners<sup>8</sup>. Deswegen kann es beispielsweise für ein Unternehmen kostengünstiger sein, seine Produkte durch eigene (vertikal integrierte) Absatzstellen zu vertreiben als durch unabhängige Franchisenehmer<sup>9</sup>.

Jede Vereinbarung zwischen Wirtschaftsteilnehmern bewirkt ein Zusammengehen von Personen, die ansonsten Konkurrenten sein könnten. Interne Vereinbarungen beschränken deshalb den Wettbewerb im Sinne des atomistischen Modells vieler voneinander unabhängiger Marktteilnehmer<sup>10</sup>. Beispielsweise enthält ein Konzern wie

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

<sup>5</sup> Fox/Sullivan (Fn. 4), 4, sprechen von einer «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, 504 ff.; Markus Ruffner, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht, Diss. Zürich 1990; Weber (Fn. 4), 9 ff.; Roger Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, N 1–33.

<sup>6</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>7</sup> Grundlegend Adolf A. Berle/Gardiner C. Means, The Modern Corporation and Private Property, New York 1932; Henry N. Butler/Larry E. Ribstein, The Contract Clause and the Corporation, Brooklyn Law Review 55 (1989), 767 ff., 770.

<sup>8</sup> Michael Jensen/William H. Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics 3 (1976), 305 ff.; David Millon, Frontiers of Legal Thought I: Theories of the Corporation, Duke Law Journal 1990, 201 ff.

<sup>9</sup> Jonathan R. Brickley/Larry Dark, The Choice of Organizational Form: The Case of Franchising, Journal of Financial Economics 18 (1987), 401 ff. Das Unternehmen wird interne Absprachen (d.h. eigene Absatzstellen) gegenüber externen Vereinbarungen (d.h. gegenüber unabhängigen Franchisenehmern) bevorzugen, solange die Kosten der internen Absprachen tiefer sind als die externen Transaktionskosten.

<sup>10</sup> Je grösser und integrierter das Unternehmen ist, desto mehr sinkt kurzfristig die Zahl unabhängiger Unternehmen. Dies bedeutet nicht zwangsläufig einen Ver-

Novartis mehr Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprachen als ein Kartell mittelgrosser Pharmaunternehmen. Innerhalb von Novartis bestimmt ein Gremium, welche Produkte entwickelt werden. Anschliessend wird festgelegt, wo die Produkte zu welchem Preis und in welcher Menge verkauft werden und wo nicht. Das Wettbewerbsrecht toleriert diese internen Absprachen, da dadurch die von der Gesellschaft benötigten Güter und Dienstleistungen kostengünstig geschaffen und verteilt werden<sup>11</sup>. Ist das Wettbewerbsrecht mithin *schizophren*, wenn es gleichzeitig horizontale Preis-, Mengen- oder Gebietsabsprachen zwischen voneinander unabhängigen Unternehmen gleicher Stufe<sup>12</sup> verbietet?

Die Antwort ist Nein. Denn selbst grosse, marktbeherrschende Unternehmen stehen unter Wettbewerbsdruck. Beim Aushandeln der internen Vereinbarungen werden die am Unternehmen Beteiligten vermutlich marktkonforme 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<sup>13</sup>. Verpönte horizontale Absprachen im Sinne von Art. 5 KG werden dagegen getroffen, um den Preis über den Produktionskosten (die eine angemessene Kapitalkostenrendite beinhalten) festzusetzen, mithin um den Marktkräften zu entgehen<sup>14</sup>.

lust 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.

<sup>11</sup> Frank H. Easterbrook, Antitrust Law Enforcement in the Vertical Restraints Area: Vertical Arrangements and the Rule of Reason, *Antitrust Law Journal* 53 (1984), 135 ff., 142.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 5 KG.

<sup>13</sup> Richard A. Posner, *Natural Monopoly and Its Regulation*, Washington 1969 (Nachdruck 1999), 19.

<sup>14</sup> Richard A. Posner, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, Chicago 1976 (Nachdruck 1984), 8 ff.; Posner (Fn. 13), 5.

### C. Effizienz und Wettbewerb

Funktionierender Wettbewerb ist damit ein dynamischer Prozess (interner und externer) Absprachen und gleichzeitiger Konkurrenz. Wie sollen die mit dem Wettbewerbsrecht befassten Gerichte und Behörden die «richtige» Balance zwischen Kooperation und Behinderung finden? Ist etwa die Kündigung eines exklusiven Vertriebsvertrages über Automobile durch den VW-Generalimporteur gegenüber seinem bisherigen Vertreter zulässig, wenn der Generalimporteur im betreffenden Gebiet seine Autos selber an Endkonsumenten verkaufen will<sup>15</sup>? Hat der (ehemalige) Vertreter einen Anspruch auf Fortführung der Geschäftsbeziehungen?

Solche Fragen sind sowohl in den USA als auch in der Schweiz danach zu beurteilen, ob das in Frage stehende Verhalten *effizient* ist, d.h. die Beschränkung des Wettbewerbs durch ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis gerechtfertigt ist<sup>16</sup>. Idealerweise wägen dabei die mit der Anwendung des Kartellgesetzes befassten Behörden die pro- und antikompetitiven Wirkungen des in Frage stehenden Verhaltens gegeneinander ab und berücksichtigen den Nutzen, der dem Unternehmen und dem Markt aus der Wettbewerbsbeschränkung entsteht<sup>17</sup>. Dieser Massstab bedeutet, dass einzig die Wirkungen auf die Konsumenten in Betracht gezogen werden, nicht etwa diejenigen auf Konkurrenzbetriebe oder diskriminierte

<sup>15</sup> Vgl. vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000/3, 478 ff.).

<sup>16</sup> Vgl. die Ausführungen von Walter A. Stoffel, Wettbewerbsabreden, in: *Wettbewerbsrecht* (Fn. 4), 57 ff., 72.

<sup>17</sup> Unter amerikanischem Wettbewerbsrecht haben die des Monopolmissbrauchs beschuldigten Unternehmen die Möglichkeit, nachzuweisen, dass ihr Verhalten mehr Nutzen schafft, als es allen Beteiligten schadet («allocative efficiency defense»); vgl. Richard S. Markovits, *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 gehört wird.

Unternehmen<sup>18</sup>. Ist damit im genannten Beispiel die Kündigung des exklusiven Vertriebsvertrages effizient (führt sie zu besserem Service für die Endkunden oder zu tieferen Preisen der Automobile), ist sie zulässig<sup>19</sup>.

## II. Refusal to Deal unter amerikanischem Wettbewerbsrecht

### A. Rechtsgrundlagen

Verweigerungen von Geschäftsbeziehungen, die einseitig (d.h. ohne bewusstes und abgestimmtes Zusammenwirken mit anderen Unternehmen) erfolgen, werden in den USA unter Section 2 Sherman Act<sup>20</sup> gewürdigt<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Anschaulich äusserte sich in diesem Zusammenhang Nationalrat Jaeger im Rahmen der Beratung des Kartellgesetzes: «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 «Biotope» zu schaffen! Diese «Biotope» 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.» (Amtl. Bull. NR 1995, 1088).

<sup>19</sup> Nach Zäch bezweckt das Kartellgesetz neben dem Schutz der Institution Wettbewerb auch den Schutz des Einzelnen auf freie wirtschaftliche Betätigung (Roger Zäch, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Wettbewerbsrecht [Fn. 4], 137 ff., 151 f. mit Hinweis auf die Botschaft, 513). Nach der hier vertretenen Ansicht widerspricht dies dem Zweckartikel (Art. 1 KG). Ausserdem kann dies zu widersprüchlichen Resultaten führen: Wie soll beispielsweise entschieden werden, wenn die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen zwar zu Effizienzgewinnen (beispielsweise tieferen Preisen für die Endkonsumenten) führt, das diskriminierte Unternehmen aber seiner Existenzgrundlage beraubt wird? Nach der hier vertretenen Ansicht schützt das Kartellgesetz Wettbewerb und betreibt nicht Strukturhaltung zugunsten von Unternehmen, die früher oder später vom Wettbewerb ausgeschaltet werden.

<sup>20</sup> Der Sherman Antitrust Act («Sherman Act») besteht zur Hauptsache aus sieben Artikeln (Sections). Die erste Section verbietet wettbewerbsfeindliche Unternehmenszusammenschlüsse oder wettbewerbsbehindernde Aktivitäten mehrerer Unternehmen («Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.»). Section 1 wird angewendet, wenn mehrere Unternehmen zusammenwirken, um

Die unzulässige Monopolisierung unter Section 2 Sherman Act setzt zwei Elemente voraus:

den Wettbewerb zu beschränken. Section 2 verbietet Monopolisierung, d.h. den Aufbau oder Ausbau marktbeherrschender Stellungen durch einzelne Unternehmen, die nicht mit anderen Unternehmen kooperieren. Der Sherman Act unterlag im Laufe der letzten 110 Jahre verschiedenen Interpretationen. Der amerikanische Kongress beabsichtigte 1890 mit dem Erlass des Sherman Act, der Macht grosser Konzerne (*trusts*) Grenzen setzen, zugunsten aller Unternehmen gleiche Rahmenbedingungen zu offerieren und den wirtschaftlichen Reichtum gleichmässig zu verteilen (William Howard Taft, *The Anti-Trust Act and the Supreme Court*, Boston 1914, 2: «The public had found the trusts to be a growing and intolerable evil.»; Fox/Sullivan (Fn. 4), 33 ff.; H. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition*, Boston 1955, 564 ff.). In der Folgezeit lösten amerikanische Gerichte bis zum Ende des Ersten Weltkrieges unter Berufung auf den Sherman Act grosse Konzerne und Trusts auf (James May, *The Sherman Act: The First Century. The Roles of the States in the First Century of the Sherman Act and the Larger Picture of Antitrust History*, *Antitrust Law Journal* 59 [1990], 93 ff., 100 ff.). Anschliessend konzentrierten sich die Gerichte darauf, vertikale und horizontale Wettbewerbsbeschränkungen aufzulösen. Ab 1950 begannen die amerikanischen Kartellbehörden im Rahmen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ein «big is bad»-Konzept zu verwenden. Dieses wurde in den 1980er-Jahren unter der Reagan-Administration aufgegeben, was den Aufbau grosser fokussierter Konzerne zulies (Easterbrook [Fn. 11], 138). Die Paradigmenwechsel waren aufgrund der breiten Formulierung des Sherman Acts möglich. Während seiner über hundertjährigen Geltungsdauer war die Anwendung von den Bestrebungen geprägt, grössere Effizienz für Unternehmen (was Zusammenschlüsse zu grösseren Unternehmen mit Effizienzgewinnen durch *economies of scale* und *economies of scope* erlauben sollte) und «faire» Preise (d.h. nicht übermässig über den Kosten liegende Preise) zu Gunsten von Konsumenten zu schaffen (Gordon B. Spivack, *Antitrust Developments: Monopolization under Sherman Act, Section 2*, *Antitrust Law Journal* 50 [1981], 285 ff., 286). Namentlich die Chicago School betrachtete die Maximierung von Wert zugunsten von Konsumenten als einziges Ziel des Wettbewerbsrechts (Richard A. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925 [1979]). Dementsprechend hielt der Supreme Court in verschiedenen Entscheiden fest, dass der Sherman Act den Markt – und nicht die Marktteilnehmer – schütze (vgl. *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 320 [1962]).

<sup>21</sup> Pamela Jones Harbour, *Refusals to Deal*, in: *Practising Law Institute (PLI; Hrsg.), 39th Annual Advanced Antitrust Seminar: Distribution and Marketing*, 21 ff., 39 ff.

erstens eine dominante Position im relevanten Markt, zweitens das bewusste Gewinnen oder Erhalten der Position, das aber nicht auf Wachstum durch überlegene Produkte, unternehmerische Fähigkeiten oder Zufall beruht<sup>22</sup>. Bemerkenswerterweise wird in den USA das Element der dominanten Position grosszügig ausgelegt. Äusserst selten scheidet eine Klage am Fehlen einer dominanten Position. Im Zweifelsfall soll die richterliche Beurteilung nicht an einer zu engen Marktabgrenzung scheitern. Das zweite Element der Monopolisierung beinhaltet eine Prüfung der Geschäftspraktiken unter Würdigung der pro- und anti-kompetitiven Wirkungen<sup>23</sup>.

## B. Anwendungsbereich

Nicht nur die Verweigerung von Produkten, Technologie oder Dienstleistungen fällt unter den Begriff *refusal to deal*. Auch das Angebot eines marktbeherrschenden Unternehmens, ein Produkt zu unvernünftig hohen Preisen zu liefern, gilt als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen<sup>24</sup>. Nicht geklärt ist dagegen, wie «unvernünftig» das Angebot des dominanten

Unternehmens sein muss, damit ein *Refusal to Deal*-Fall anzunehmen ist. Dagegen muss ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht in Verhandlungen mit einem Abnehmer treten, wenn dieser unvernünftig schlechte Konditionen offeriert<sup>25</sup>.

Unter Art. 2 Sherman Act kann auch die Lieferung von Produkten als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen behandelt werden, wenn bloss ein beschränktes Nutzungsrecht (und nicht das Eigentum) an Produkten übertragen wird. So weigerte sich anfangs der 1950er Jahre United Shoe, die mit 75 Prozent Marktanteilen bedeutendste Herstellerin von Schuhproduktionsmaschinen, diese zu verkaufen. Sie war nur bereit, ihren Kunden die Maschinen im Leasing zu liefern. Die Kunden amortisierten den Kaufpreis durch Teilzahlungen über 10 Jahre und waren nach Ablauf der Frist berechtigt, die Maschinen gegen ein neues Produkt einzutauschen. United Shoe bot den Kunden an, defekte Maschinen unentgeltlich zu reparieren. Dies hatte zur Folge, dass keine unabhängigen Serviceunternehmen diese Dienste anboten. Dadurch wurden aktuelle und potentielle Hersteller von Schuhproduktionsmaschinen gezwungen, ebenfalls einen gleichwertigen Service aufzubauen. Andernfalls mussten sie damit rechnen, dass Kunden wegen der Schwierigkeit, Service zu erhalten, weiterhin die Maschinen von United Shoe erwerben würden. Ein Gericht in Massachusetts hielt die Weigerung des Verkaufs für unzulässig, weil das «lease-only»-System die Kunden zu eng an United Shoe band und Marktzutrittschranken schuf<sup>26</sup>.

## C. Refusal to Deal-Tests

### 1. Übersicht

In den USA bestehen keine einheitlichen Kriterien zur Beurteilung der *refusal to deal*-Fälle. Während der nunmehr 110jährigen Geltungsdauer des Sherman Act kristallisierten sich immerhin drei Tests heraus, unter denen amerika-

<sup>22</sup> «The offense of monopoly under Section 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.» so der Supreme Court in *United States v. Grinnell Corp.*, U.S. 563, 570-71 (1966).

<sup>23</sup> Vgl. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 62-64 (1911). Unter der *Rule of Reason* müssen die Kläger oder die Kartellbehörden beweisen, dass das Wettbewerbsverhalten unvernünftig ist (vgl. *Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717, 723 1988: «The factfinder weighs all of the circumstances of a case in deciding whether a restrictive practice should be prohibited as imposing an unreasonable restraint on competition.»).

<sup>24</sup> Ein Gericht in Florida hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein grosser Gashändler, City Gas, sich weigerte, einem kleineren Unternehmen Gas zu marktkonformen Bedingungen zu verkaufen, damit dieses praktisch «sein» Gas durch die Leitungen des grösseren Unternehmens liefern konnte. Das Gericht entschied, dass das Angebot zu überhöhten Preisen einer Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gleichkam, das nicht durch Effizienzkriterien gerechtfertigt war (*Consolidated Gas Co. of Florida v. City Gas of Florida, Inc.*, 1987-2 Trade Cas., 7, 741, S.D. Fla. 1987).

<sup>25</sup> *Gregory J. Werden*, The Law and Economics of the Essential Facilities Doctrine, *Saint Louis University Law Journal* 32 (1987), 433 ff., 456.

<sup>26</sup> *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), *aff'd per curiam*, 347 U. S.

nische Gerichte die Monopolisierungspraktiken würdigen:

- der *Intent Test*,
- die *Essential Facilities Doctrine*, und
- der *Legitimate Business Reason Test*.

## 2. *Intent Test*

Der *Intent Test* bedeutet, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen eine Absicht der Monopolisierung nachgewiesen werden muss, damit das Verhalten untersagt werden kann<sup>27</sup>. Dieser subjektive Nachweis kann auch dadurch erbracht werden, indem offensichtlich wettbewerbswidrige Effekte des Verhaltens dargelegt werden<sup>28</sup>.

Die Anforderungen des *Intent Tests* sind hoch, wie folgendes Beispiel zeigt<sup>29</sup>: Die Telefongesellschaft Rural Telephone Service Co. verfügte über ein Monopol im Nordwesten von Kansas. Gleichzeitig veröffentlichte sie ein Telefonbuch mit weissen und gelben Seiten, finanziert mit Werbung. Rural weigerte sich, Feist, einem lokalen Verleger, Informationen über die Kunden bzw. die Lizenz zur Publikation der weissen Seiten zur Verfügung zu stellen. Das von Feist angerufene Gericht kam zum Schluss, dass Rural keine Monopolisierungsabsicht innehatte. Das Gericht führte aus, dass Aktivitäten, die keinen negativen Effekt auf Preise, Qualität oder Quantität der

Produkte hat, zulässig sind. Weil Feist nicht belegen konnte, dass Konsumenten sich darüber beschwerten, dass Feist's Telefonbücher unvollständig waren, kam das Gericht zum Schluss, dass keine anti-kompetitiven Wirkungen und keine Monopolisierungsabsicht vorlagen.

Einen weniger strengen Massstab legte der Supreme Court in *U.S. v. Griffith*<sup>30</sup> an. Das höchste amerikanische Gericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem vier miteinander verbundene Unternehmen an Kinos in 85 Städten in Oklahoma, Texas und New Mexico beteiligt waren, davon 53 Städte ohne konkurrenzierende Kinos. Die Kinounternehmen nutzten ihre Nachfragemacht, indem sie sich von den Filmverleihern exklusive Vorführrechte ausbedingten. Dadurch wurden die konkurrenzierenden Kinobetreiber von einer signifikanten Anzahl erfolgversprechender Kinofilme ausgeschlossen<sup>31</sup>. Der Supreme Court führte aus, dass damit den beklagten Unternehmen Filme zur Verfügung gestellt würden, die ihnen in einem kompetitiven Markt zu diesen Konditionen nicht verliehen würden. Das Gericht qualifizierte dies als unzulässige Absicht der vier Unternehmen, den Markt zu monopolisieren.

## 3. *Essential Facilities Doctrine*

Ein weiterer Test zur Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist die *Essential Facilities Doctrine*. Die *Essential Facilities Doctrine* wurde in *United States v. Terminal Railroad Association* begründet<sup>32</sup>. In diesem Entscheid erwarb eine Gruppe von Eisenbahngesellschaften Anfang des 20. Jahrhunderts Umschlagbahnhöfe und Brücken, die zur Verteilung des Eisenbahnverkehrs um St. Louis dienten<sup>33</sup>. Der Supreme Court stellte fest, dass die Gruppe den Zugang zum Eisenbahnverkehr regeln und die Preise für ihre Dienste bestimmen konnte. Die konkurrenzierenden

<sup>27</sup> «The purpose of the Sherman Act is to prohibit monopolies, contracts, and combinations which probably would interfere with the free exercise of their rights by those engaged, or who wish to engage, in trade and commerce, – in a word, to preserve the right of freedom to trade. In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long-recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal. And, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell.» *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

<sup>28</sup> *Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, Inc.*, 957 F.2d 765, 768 (10<sup>th</sup> Circuit), cert. denied, 113 S. Ct. 490 (1992): «In determining whether a monopolist has refused to deal with a competitor has acted lawfully or in violation of Section 2, we apply a two-part test. First, we look at the effects of the monopolist's conduct. Second, we look at its motivation.»

<sup>29</sup> *Rural Telephone Service Co. v. Feist Publications, Inc.*, 957 F.2d 765 (10<sup>th</sup> Circuit), cert. denied, 113 S.Ct. 490 (1992).

<sup>30</sup> *United States v. Griffith*, 68 S.Ct. 941 (U.S. 1948).

<sup>31</sup> Interessant die teilweise ähnlichen Tatsachen in den Kinometropolen Zürich und Bern (RPW 2000/4, 571 ff.).

<sup>32</sup> *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

<sup>33</sup> *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912), 384; *Werden* (Fn. 25), 435.

Eisenbahngesellschaften hatten keine andere Möglichkeit, als jeden beliebig festgesetzten Preis zu bezahlen. Der Supreme Court wies die Gruppe von Eisenbahngesellschaften an, den nichtbeteiligten Eisenbahngesellschaften die Möglichkeit zu offerieren, sich als Eigentümer an den Terminals zu beteiligen, oder den Zugang zu diskriminierungsfreien Bedingungen zu gewähren.

Spätere Entscheide führten aus, dass ein Anspruch auf Benutzung eines Produktes besteht, wenn (1) ein Monopolist eine essentielle Einrichtung kontrolliert, (2) die Konkurrenten nicht imstande sind, die Einrichtung zu duplizieren, (3) Konkurrenten den Zugang zur Einrichtung verweigern und (4) der Zugang aus Wettbewerbsgründen sinnvoll ist<sup>34</sup>. Bekanntester der späteren Entscheide ist *MCI Communications Corp. v. AT&T*<sup>35</sup>. AT&T war die grösste amerikanische Telefongesellschaft, welche Telefongespräche zwischen den verschiedenen Bundesstaaten anbot. Sie verweigerte MCI, einer Konkurrentin im Telefonmarkt, den Zugang zum lokalen Telefonnetz. MCI wandte ein, dass sie damit nicht mit AT&T für Lange-Distanz-Kunden konkurrenzieren könne<sup>36</sup>. Das Gericht fand, dass MCI die lokalen Telefonnetzeinrichtungen und damit den Zugang zu Millionen von Haushalten mit Telefonnetzen aus wirtschaftlichen Gründen nicht duplizieren konnte. Weiter gab es keine technologischen Gründe für die Verweigerung des Zugangs von AT&T zum Lang-Distanz-Markt. Deswegen wies das Gericht AT&T an, MCI den Zugang zu den Interkonnektionen zu gewähren<sup>37</sup>.

Insgesamt fällt auf, dass die *Essential Facilities Doctrine* in der amerikanischen Rechtsprechung eine geringere Rolle spielt, als man das hierzu-

lande erwarten würde. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Voraussetzungen an die Qualifikation eines Produktes oder einer Dienstleistung als *essential facility* hoch sind<sup>38</sup>.

#### 4. *Legitimate Business Reason Test*

Die überwiegende Mehrheit der *refusal to deal*-Fälle wird unter der *Rule of Reason* auf die Konformität mit dem Sherman Act geprüft. Danach ist die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen zulässig, wenn sie durch objektive, sachliche Geschäftsgründe (*legitimate business reasons*) gerechtfertigt ist.

In einem typischen Anwendungsfall dieses Tests versuchte Kodak, die Distribution ihrer Produkte selber zu übernehmen<sup>39</sup>. Zu diesem Zweck erwarb Kodak eine grosse Zahl unabhängiger Retail-Fotogeschäfte in Atlanta. Einzig Southern Photo weigerte sich, ihr Photogeschäft zu veräussern. Kodak lieferte danach Southern Photo ihre Produkte nicht mehr zu den Bedingungen, wie sie die integrierten Verteiler erhielten. Southern Photo klagte gegen Kodak. Ein unteres Gericht sowie der Supreme Court entschieden, dass Kodaks Verweigerung der Produkte zu Vorzugskonditionen in der Absicht erfolgte, ihre dominante Marktstellung auszubauen, und dass keine Rechtfertigungsgründe wie etwa mangelnde Versorgung der Konsumenten mit Fotomaterial bestanden.

In *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*<sup>40</sup> betrieb Aspen Skiing Co. drei Skianlagen im Wintersportgebiet Aspen. Ihre Konkurrentin Highlands betrieb Skianlagen im vierten Skigebiet. Beide Unternehmen stellten den Skitouristen während Jahren einen gemeinsamen Skipass zur Verfügung, der zur Benutzung aller Skianlagen berechnete. Nachdem Highlands einer neuen Verteilung der Einnahmen nicht zugestimmt hatte, weigerte sich Aspen Skiing, die Vereinbarung fortzusetzen. Aspen Skiing war auch nicht bereit, eine grosse Menge von Tickets zu günstigen Konditionen an Highlands zu verkaufen. Es

<sup>34</sup> Die klassische *Essential Facilities Doctrine* ist nur auf die Fälle anwendbar, in denen der Monopolist anderen Unternehmen den Zugang zu Einrichtungen verweigert, so dass die anderen Unternehmen nicht auf benachbarten Märkten teilnehmen können («*Bottle-neck Cases*»); *Werden* (Fn. 25), 436.

<sup>35</sup> *MCI Communications v. AT&T Corp.*, 708 F.2d 1081 (7<sup>th</sup> Circuit), *cert. denied*, 464 U.S. 891 (1983).

<sup>36</sup> *MCI Communications v. AT&T Corp.*, 708 F.2d 1081 (7<sup>th</sup> Circuit), *cert. denied*, 464 U.S. 891, 899 (1983).

<sup>37</sup> Vgl. *Spencer Weber Waller*, *The «New» Law of Monopolization: An Examination of MCI Communications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, *DePaul Law Review* 32 (1983), 595 ff.

<sup>38</sup> *Werden* (Fn. 25), 447.

<sup>39</sup> *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 273 U.S. 359 (1927).

<sup>40</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

war damit zu rechnen, dass die Mehrheit der Skitouristen sich darauf beschränken würde, einen Pass für die drei Skigebiete von Aspen Skiing zu kaufen, ohne zusätzlich einen Skipass für das eine Gebiet von Highlands zu erwerben. Dies hätte den Wettbewerb im Skigebiet Aspen stark beeinträchtigt, weil über kurz oder lang nur ein Anbieter übrig geblieben wäre<sup>41</sup>. Der Supreme Court fand, dass die beklagte Aspen Skiing sich nicht durch Effizienzüberlegungen leiten liess, da sie vorübergehende Einbussen an Profiten in Kauf nahm<sup>42</sup>. Dieser kurzfristige Verlust sollte durch die Vorteile überwogen werden, die aus der Verdrängung des kleineren Konkurrenten stammen würden. Rechtfertigungsgründe konnte Aspen Skiing nicht vorbringen. Namentlich waren der Service und die Qualität der Skianlagen von Highlands nicht zu beanstanden.

### III. Refusal to Deal unter Schweizer Wettbewerbsrecht

#### A. Überblick

Das Kartellgesetz enthält nach seinem Wortlaut keine unmittelbar geltenden Kriterien, wie Missbrauchsfälle zu beurteilen sind. Die Schweizer Praxis wendet einen dreistufigen Test an. Zuerst wird der relevante Markt festgestellt. Anschliessend wird beurteilt, ob das beschuldigte Unternehmen eine beherrschende Stellung auf diesem Markt hat. Erst in der dritten Stufe wird

das angeblich missbräuchliche Verhalten beurteilt.

#### B. Anwendungsbereich

Die Schweizer Praxis gibt dem Begriff «Verweigerung von Geschäftsbeziehungen» – gleich wie in den USA – einen breiten Anwendungsbereich. Darunter fällt nicht nur die explizite Verweigerung von Produkten oder Dienstleistungen. Auch ein Angebot unter nicht marktkonformen Bedingungen 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>43</sup>. Zur Beantwortung der Frage, wann ein unvernünftiges Angebot als Verweigerung der Geschäftsbeziehungen gilt, können gleichartige Verträge zwischen Dritten oder frühere Verträge des marktbeherrschenden Unternehmens zum Vergleich herangezogen werden<sup>44</sup>.

#### C. Relevanter Markt

Der sachlich relevante Markt wird aus der Sicht der Marktgegenseite definiert<sup>45</sup>. Zum einen besteht er aus den Produkten, welche das marktbeherrschende Unternehmen der Marktgegenseite verweigert. Weiter sind andere Produkte in den relevanten Markt miteinzubeziehen, wenn die Marktgegenseite sie als mit den verweigerten Produkten austauschbar ansehen darf. Sämtliche Erzeugnisse, die sich nach ihren Eigenschaften, ihrem wirtschaftlichen Verwendungszweck und ihrer Preislage so ähnlich sind, dass sie der vernünftige Abnehmer zur Deckung seines Bedarfs als gleichwertig beurteilt, bilden demnach den

<sup>41</sup> Fox/Sullivan (Fn. 4), 260.

<sup>42</sup> In diesem Zusammenhang führte der Supreme Court aus: «*Obtaining or maintaining monopoly power cannot represent monopolization if the power was gained and maintained by conduct that was honestly industrial.... Monopoly power which is thrust upon a firm due to its superior business ability and efficiency does not constitute monopolization. For example, a firm that has lawfully acquired a monopoly position is not barred from taking advantage of scale economies by constructing a large and efficient factory. These benefits are a consequence of size and not an exercise of monopoly power. Nor is a corporation which possesses monopoly power under a duty to cooperate with its business rivals. Also a company which possesses monopoly power and which refuses to enter into a joint operating agreement with a competitor or otherwise refuses to deal with a competitor in some manner does not violate Section 2 if valid business reasons exist for that refusal.*»

<sup>43</sup> RPW 2000/4, 561 ff., 570 (Watt/Migros EBL): Art. 7 KG verpflichtet eine Netzbetreiberin in marktbeherrschender Stellung, über das Durchleitungsgesuch fair zu verhandeln.

<sup>44</sup> RPW 2000/1, 8 ff., 11 (Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo).

<sup>45</sup> Analog Art. 11 Abs. 3 lit. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU); vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000/3, 478 ff., 485); Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission des Filmverleih- und Kinomarkts, RPW 2000/4, 571 ff., 574.

relevanten Markt. Sobald ein Marktteilnehmer technische oder vertriebsmässige Hindernisse überwinden muss, wenn er von einem Angebot zu einem anderen wechseln will, können die betreffenden Waren und Dienstleistungen nicht mehr zum selben Markt gerechnet werden<sup>46</sup>. Beispielsweise sieht ein vernünftiger Kinobesitzer Spitzenfilme aller Genres wegen ihres Ertragspotentials als gleichwertig an, nicht aber mittelmässige Filme. Damit bilden sämtliche Spitzenfilme einen eigenen Markt<sup>47</sup>.

Vertreibt ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Produkte über exklusiv tätige Distributoren, besteht der Markt aus den Produkten der Marke, die der Distributor weiterveräussert, sofern der Markenwechsel kostspielig und risikoreich ist<sup>48</sup>. Ein Autohändler etwa, der seit Jahren die gleiche Automobilmarke verkauft hat, kann wegen der hohen technischen und ökonomischen Hürden nicht einfach auf Vertriebsrechte für eine andere Automobilmarke ausweichen. Deshalb bilden die Vertriebsrechte seiner Automobilmarke einen eigenen Markt<sup>49</sup>. In solchen Fällen exklusiver Lieferverträge ist es gerechtfertigt, den relevanten Markt enger zu fassen als in den Fällen von Art. 5 KG (horizontale Wettbewerbsbeschränkungen) oder Art. 10 KG (Unternehmenszusammenschlusskontrolle). Damit sollte – wie im amerikanischen Recht – die richterliche Überprüfung des wettbewerbswidrigen Verhaltens nicht von vornherein an einer zu engen Marktangrenzung scheitern<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000/3, 478 ff., 485); RPW 1999/3, 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>47</sup> Vorabklärung des Sekretariats der Wettbewerbskommission des Filmverleih- und Kinomarkts, RPW 2000/4, 571 ff., 576.

<sup>48</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000/3, 478 ff., 486); RPW 1999/1, 57 ff., 60 (Feldschlösschen-Hürlimann); vgl. *Zäch* (Fn. 19), 153.

<sup>49</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000/3, 478 ff., 486).

<sup>50</sup> Zu Recht plädiert deshalb *Zäch* für eine weite Auslegung der tatbestandmässigen Voraussetzungen von

## D. Marktbeherrschung

Gemäss Art. 4 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. *Zäch* legte überzeugend dar, dass der erforderliche Grad an Marktbeherrschung nach Art. 7 KG unter demjenigen liegt, der ein Verbot der Zusammenschlusskontrolle rechtfertigt<sup>51</sup>.

«*Sich unabhängig verhalten*» bedeutet, dass ein Unternehmen die Preise oder die Qualität seiner Produkte festlegen kann, ohne mit wesentlichen Marktanteilsverlusten rechnen zu müssen<sup>52</sup>. Da diese Möglichkeit ohne umfassende und empirisch abgestützte Markt- und Preiselastizitätsanalyse 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>53</sup>. Je stärker die Marktstellung des Unternehmens sowie sein Vorsprung gegenüber dem Zweitbesten ist, desto eher wird Marktbeherrschung angenommen. Namentlich wenn ein Unternehmen die immaterialgüterrechtlich geschützte Möglichkeit hat, sein Produkt unter Ausschluss potentieller Konkurrenten an die Marktgegenseite zu liefern, liegt der Schluss nahe, dass das Unternehmen marktbeherrschend ist<sup>54</sup>.

Ein weiteres Kriterium der Marktbeherrschung ist die zeitliche Relevanz. Die Marktbe-

Art. 7 KG (*Zäch* [Fn. 19], 141 ff. mit ausführlicher Begründung).

<sup>51</sup> *Zäch* (Fn. 19), 166 ff.

<sup>52</sup> *Hans Caspar von der Crone/Roger Groner*, Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich, ZIK 2, Zürich 1998, 45 ff., 55.

<sup>53</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichtspräsidenten des Kantons St. Gallen (RPW 1999, 331); vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000/3, 478 ff., 488).

<sup>54</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000/3, 478 ff., 488).

herrschaft muss lange genug andauern, damit sie unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten signifikant ist<sup>55</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>56</sup>. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist davon auszugehen, dass die Marktbeherrschung mindestens ein Jahr andauern sollte<sup>57</sup>. Dies entspricht der amerikanischen Rechtslage<sup>58</sup>.

### E. Missbrauch der Marktmacht

Die Schweizer Praxis zur Prüfung des missbräuchlichen Verhaltens entspricht dem amerikanischen *Rule of Reason*-Test. Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist nämlich nach Schweizer Praxis zulässig, wenn sie sich durch sachliche Gründe (*legitimate business reasons*) rechtfertigen lässt<sup>59</sup>. Dabei wird als Indiz berücksichtigt, ob dem Unternehmen eine Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht vorgeworfen werden kann<sup>60</sup>. Positiv formuliert hat sich ein marktbeherrschendes Unternehmen am Sachlichkeits- und Verhältnismässigkeitsgebot zu orientieren<sup>61</sup>.

Bis anhin existiert keine allgemein gültige Formulierung der Anforderungen an die sachlichen Gründe<sup>62</sup>. Stattdessen wird im Einzelfall geprüft, ob das marktbeherrschende Unternehmen plausible Gründe für die Verweigerung von Produkten oder Dienstleistungen hatte. Eine Durchsicht der publizierten Entscheide zeigt, dass in der bisherigen Schweizer Praxis eine weite Bandbreite «sachlicher Gründe» vorgebracht worden ist. Teils sind sie als Rechtfertigungsgründe anerkannt worden, teils nicht<sup>63</sup>. Mit hin erscheint der Ausgang vieler Verfahren arbiträr.

Ein Beispiel für die Ungewissheit unter Art. 7 KG ist die Beurteilung der Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme. Selektive Vertriebssysteme bevorzugen oder grenzen bestimmte Abnehmer unter qualitativen Aspekten wie der Art des Geschäfts (Boutique/Supermarkt), der Infrastruktur, der Beratung oder des Erbringens von Serviceleistungen aus<sup>64</sup>. Beispielsweise beliefert ein Markenparfümhersteller nur gehobene Geschäfte mit seinen Produkten. *Low price*-Retailer sind dagegen von den Produkten ausgeschlossen, so dass ein Fall der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 7 Abs. 2 lit. a KG vorliegt. Nach der bisherigen Praxis werden unterschiedliche Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe für den mit dem selektiven Vertriebssystem verbundenen *refusal to deal* gestellt. Entweder betonen die Gerichte die Freiheit des Produzenten, über sein Vertriebssystem zu ent-

<sup>55</sup> Zäch (Fn. 5), N 339, für bloss saisonal verfügbare Güter.

<sup>56</sup> Vgl. Michael S. Mcfalls, The Role and Assessment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis, 66 Antitrust Law Journal, 651 ff., 657 N 18.

<sup>57</sup> RPW 1997/4, 540 ff., 556 (Siemens/Elektrowatt), wonach der zukünftige Marktzutritt in- und ausländischer Konkurrenten das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausschloss.

<sup>58</sup> So argumentieren namentlich Landes/Posner, dass der Sherman Act eine Langzeit-Analyse verlangt (William L. Landes/Richard A. Posner, Market Power in Antitrust Cases, 94 Harvard Law Review, 937 ff., [1981], 959).

<sup>59</sup> Zäch (Fn. 5), N 364; RPW 2000/4, 561 ff., 570 (Watt/Migros EBL).

<sup>60</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000/3, 478 ff., 489).

<sup>61</sup> Roger Groner, Wettbewerbsrechtliche Kontrahierungspflicht am Beispiel des Filmverleihs, SZW 4/2000, 159 ff., 165; RPW 2000/4, 571 ff., 583 (Schweizerischer Filmverleih- und Kinomarkt).

<sup>62</sup> Vgl. Groner (Fn. 61), 165 ff.

<sup>63</sup> Beispielsweise schützte das Handelsgericht St. Gallen die Weigerung eines Unternehmens, das eine Fachmesse veranstaltete und als Aussteller nur Unternehmen mit ihren Eigenprodukten oder Generalvertreter 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 1998/1, 15 ff., 19). Demgegenüber vertritt das Handelsgericht Aargau die Auffassung, ein Messerveranstalter sei nicht frei im Erlass des Messereglements und der Zulassung von Veranstaltern (RPW 1997/4, 626 ff., 632 f.). Das Handelsgericht begründete dies (zu Unrecht) damit, dass in Art. 7 KG keine Rechtfertigungsgründe vorgesehen seien (RPW 1997/4, 632).

<sup>64</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000/3, 478 ff., 490); Groner (Fn. 61), 166.

scheiden<sup>65</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 die Verweigerung der Geschäftsbeziehung rechtfertigen<sup>66</sup>.

Wie vorne dargelegt, sollten die Gerichte und Wettbewerbsbehörden die pro- und antikompetitiven Wirkungen des Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens analysieren<sup>67</sup>. Dieses Postulat wurde bisher von der Schweizer Praxis kaum erfüllt. Selten hat sich ein Gericht oder sogar die Wettbewerbskommission mit allfälligen Effizienzgewinnen aus dem angeblich missbräuchlichen Verhalten auseinandergesetzt.

#### IV. Formen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

##### A. Warum Kategorien bilden?

Fälle der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unterscheiden sich hinsichtlich der Marktstellung der betroffenen Unternehmen, der verweigerten Produkte sowie der Motive und Beweggründe regelmässig grundlegend. Anstatt jeden einzelnen Fall separat zu analysieren oder sogar Fälle zu vergleichen, die untereinander keine Ähnlichkeit aufweisen, wäre es sinnvoll, wenn die das Wettbewerbsrecht anwendenden Behörden *refusal to deal*-Fälle in Fallgruppen einordnen würden, um die pro- und antikompetitiven Wirkungen besser beurteilen zu können.

Denn das «richtige» Mass an Wettbewerb, die Balance zwischen Kooperation und Wettbewerb, ist nur schwer bestimmbar<sup>68</sup>. Wettbewerbsbehörden und Gerichte verfügen nur ausnahmsweise über alle relevanten Informationen zum Markt und zu den Wirkungen der Wettbewerbsbe-

schränkung<sup>69</sup>. Deswegen treffen sie meist spekulative Annahmen und Schätzungen über die zukünftige Entwicklung von Märkten, Produkten und technischen Innovationen<sup>70</sup>.

Das Problem der ungenügenden Information wird dadurch verstärkt, dass Effizienzgewinne für immer verloren sind, falls sich Gerichte und Wettbewerbsbehörden bei der Beurteilung effizienten und prokompetitiven Verhaltens irren. Unternehmen werden nämlich kaum Aktivitäten nachahmen, die verboten wurden, selbst wenn das Verhalten effizient ist. Irren sich dagegen Gerichte oder Wettbewerbsbehörden, indem sie wettbewerbsbeschränkendes Verhalten für zulässig erklären, hat dies weniger schwerwiegende Auswirkungen. Der daraus resultierende Effizienzverlust wird nämlich im Laufe der Zeit verschwinden. Denn Kartellrenten laden Konkurrenten zum Markteintritt ein, so dass Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen sich früher oder später von selber auflösen<sup>71</sup>.

Hinzu kommt, dass die wettbewerbsrechtliche Literatur und Praxis gegenüber neuen und erfolgreichen Produktions- und Distributionsmethoden misstrauisch eingestellt sind. Neue Wirtschaftsmethoden führen nämlich zwangsläufig zu schmerzhaften Marktanteilsverlusten anderer Unternehmen. – Nicht umsonst bezeichnete *Joseph Schumpeter* Wettbewerb als

<sup>69</sup> *Frank H. Easterbrook*, *The Limits of Antitrust*, *Texas Law Review* 63 (1984), 1 ff., 4.

<sup>70</sup> *Franz Hoffet/Thomas Hoehn*, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, sic!* Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht 3/1999, 232 ff., 233; vgl. die Zukunftsprognosen und Hypothesen zum potentiellen Wettbewerb in *RPW* 1999/3, 468, 474 (*Valora Holding AG – Messagerie del Libro e della Stampa SA*); *RPW* 1999/3, 375 ff., 383 (*Swisscom; Hypothesen zur Entwicklung des Marktes für Mietleitungen*).

<sup>71</sup> *Easterbrook* (Fn. 69), 2; *Richard A. Posner*, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979), 925 ff., 944 ff.; *Rand McQuinn*, *Mini-Program on Joint Venture: Boycott Law After Northwest Wholesale Stationers*, *57 Antitrust Law Journal* (1988), 839 ff., 849; kritisch *Zäch* (Fn. 5), N 92: «*Fraglich ist aber, ob ein Staat, der Wettbewerb will, sich damit begnügen soll, dass ein Kartell oder ein marktbeherrschendes Unternehmen allenfalls in 20 Jahren durch Wettbewerb beseitigt wird, oder ob er diesen Prozess nicht beschleunigen soll.*»

<sup>65</sup> Beschluss des Handelsgerichts Zürich, ZR 98 (1999), 173.

<sup>66</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (*RPW* 2000/3, 478 ff., 490).

<sup>67</sup> Vorne S. 267.

<sup>68</sup> Vorne S. 267.

«kreative Zerstörung» (*creative destruction*)<sup>72</sup>. Oftmals nehmen vom Wettbewerb bedrängte Unternehmen Zuflucht zum Wettbewerbsrecht, um den Schaden zu begrenzen. Damit werden Wettbewerbsbehörden vor die Aufgabe gestellt, Wirtschaftsaktivitäten zu beurteilen, die ehemals erfolgreiche Unternehmen zerstören. Hat das beschuldigte Unternehmen keine plausible Erklärung, wird eine Wettbewerbsbehörde versucht sein, das in Frage stehende Verhalten mit folgender Begründung zu untersagen<sup>73</sup>: «Wenn das Verhalten wettbewerbswidrig ist, ist das Verbot gerechtfertigt. Wenn es nicht wettbewerbswidrig ist, schadet das Verbot niemandem; immerhin kann mir das Unternehmen nicht erklären, warum das Verhalten die Effizienz steigert.»<sup>74</sup>

Dementsprechend überlassen Gerichte und Wettbewerbsbehörden in Fällen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen dem marktbeherrschenden Unternehmen die Behauptungs-, Beweis- und Glaubhaftmachungslast für das Vorliegen von sachlichen Rechtfertigungsgründen<sup>75</sup>.

Das durch den Abbruch von Geschäftsbeziehungen behinderte Unternehmen muss dagegen einzig darlegen, dass ihm ein Produkt oder eine Dienstleistung verweigert wurde<sup>76</sup>. Der Grund dieser Beweislastverteilung liegt im speziellen Misstrauen von Behörden und Gerichten gegenüber der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen. Warum sollte sich ein gewinnorientiertes Unternehmen auch weigern, ein anderes Unternehmen mit Produkten oder Dienstleistungen zu beliefern, wenn der Umsatz- und Margenverlust nicht durch das Verdrängen eines Mitbewerbers bzw. durch eine Monopolrente wettgemacht wird? Diese Überlegung überzeugt aus wettbewerbsrechtlicher Perspektive nicht. Die Verweigerung von Produkten und Dienstleistungen kann durchaus zu Effizienzgewinnen führen, wie in diesem Abschnitt gezeigt wird<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Joseph Schumpeter, *Can Capitalism Survive?*, New York 1978, 24.

<sup>73</sup> Schon Adam Smith war gegenüber Versammlungen von Geschäftsleuten misstrauisch: «*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.*» (Adam Smith, *The Wealth of Nations*, London u.a. 1937 [ursprünglich 1776 erschienen]). Auch ein Ökonom, der mit einer Wettbewerbsbeschränkung konfrontiert ist, die er nicht versteht, ist versucht, diese auf eine monopolistische Absicht zurückzuführen. Würden Wettbewerbsbehörden zudem Wettbewerbsbeschränkungen tendenziell zulassen, würde die Akzeptanz der Behörden in Frage gestellt. Eine «laissez-faire» Politik wäre mit dem Wesen von Wettbewerbsbehörden nämlich kaum vereinbar.

<sup>74</sup> Vgl. schon Hans Merz, *Das schweizerische Kartellgesetz, Grundlagen und Hauptprobleme*, Bern 1967, 31 f. (zitiert aus Zäch [Fn. 19], 144).

<sup>75</sup> Das Zuschieben der Argumentations- und Beweisaufgabe zulasten der Unternehmen, die des Monopolmissbrauchs beschuldigt werden, durch die Wettbewerbskommission wird in folgenden Entscheidungen deutlich: RPW 1997/4, 506 ff., 513 (Telecom PTT-Fachhändlerverträge; keine Rechtfertigung von Treuerabatten für Fachhändler, die nicht bei einer Konkurrentin Produkte beziehen); RPW 1997/1, 44 ff., 45 und 1997/2, 205 ff., 214 (vorsorgliche Massnahme und Untersuchung in Sachen Telecom PTT/Blue Window; exklusive Verwendung von Ortstarifnummern durch die Telecom PTT für ihren Internet-Provider-Dienst); RPW 1999/1, 57 ff., 63 (Distribution von Feldschlöss-

chen-Hürlimann Bieren; Bierlieferungsverträge mit Restriktionen des Bezugs von Bier; Brauerei muss Rechtfertigungsgründe darlegen). Anders die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, die verlangt, dass die Wettbewerbskommission Abklärungen zur Frage durchführt, ob «legitimate business reasons» zur Rechtfertigung der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen bestehen (Beschwerdeentscheid vom 4. November 1999 in Sachen Cablecom Holding AG gegen Teleclub AG, in: RPW 1999/4, 618 ff., 646; Beschwerdeentscheid vom 12. November 1998 in Sachen X AG, in: RPW 1998/4, 655 ff., 676). Vgl. auch die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Preis-, Mengen- und Marktaufteilungsabreden zwischen horizontalen Unternehmen in Art. 5 Abs. 3 KG.

<sup>76</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000/3, 478 ff., 490); Hubert Stöckli, *Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen*, Freiburg 1999, N 546.

<sup>77</sup> Paradebeispiel für einen Effizienzgewinn ist das Patent, ein gesetzlich begründetes Monopol. Unternehmen nehmen die Kosten für die Entwicklung patentfähigen Know-Hows nur auf sich, wenn sie für eine bestimmte Zeit die Innovation unter Ausschluss anderer Wirtschaftsteilnehmer ausnutzen können (Zäch [Fn. 5], N 240; Leo Schmid, *Gebietsbeschränkungen in Patentreferenz- und Know-how-Verträgen im Wettbewerbsrecht der USA und der EG*, Bern 1987, 107 ff.; BGE 126 III 129, 131 [Kodak]; Posner [Fn. 14], 15). Freier Wettbewerb ohne Patentrecht würde die Innovationsanstrengungen erheblich einschränken. Ein Unternehmen muss deshalb die patentgeschützten Produkte Abnehmern nicht zu jedem Preis verkaufen.

## B. Übersicht

Die Fälle der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen lassen sich dahingehend unterscheiden, ob eine Wettbewerbsbeziehung zwischen den Parteien besteht und auf welcher Wettbewerbsstufe sich die involvierten Parteien gegenüberstehen (horizontal oder vertikal). Anhand dieser Kriterien lassen sich grundsätzlich vier Fallgruppen unterscheiden:

- *Ausschliessliche Verträge mit einem Vertriebspartner*: Produzenten beliefern in einer durch Arbeitsteilung und Spezialisierung geprägten Wirtschaft die Endkonsumenten nur ausnahmsweise direkt. Regelmässig werden Produkte über externe Vertriebspartner auf einer oder mehreren Stufen an Endkonsumenten veräussert. Häufig sind die Vertriebspartner berechtigt, ein bestimmtes Gebiet exklusiv (unter Ausschluss anderer Vertreiber) zu beliefern. Ein solches selektives Vertriebssystem schliesst per definitionem andere Wirtschaftsteilnehmer von den Produkten zu den Preisen des Vertriebspartners aus, was die Anwendbarkeit von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG auslösen kann.
- *Vertikale Integration*: Zweitens kann auch der nicht mehr berücksichtigte Vertriebspartner geltend machen, der Produzent verweigere die Geschäftsbeziehungen, wenn dieser den Vertriebsvertrag beendet und den Markt selber bearbeitet oder durch einen Dritten bearbeiten lässt<sup>78</sup>.
- *Konkurrenzbeziehung*: Eine dritte Gruppe der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sind Fälle, in denen ein Unternehmen sich weigert, mit einem Konkurrenten den Markt gemeinsam zu bearbeiten oder ihm ein Produkt zu liefern oder eine Dienstleistung zu erbringen. Unter diese Fallgruppe fällt etwa die Weigerung, einem Konkurrenten Technologie zur Verfügung zu stellen oder Konkurrenzzei-

tungen über das eigene Verteilnetz den Abonnenten des Konkurrenten zuzustellen<sup>79</sup>.

- *Keine Konkurrenzbeziehung*: Schliesslich gibt es die Kategorie von *refusal to deal*-Fällen, in denen der Produzent und die diskriminierte Person keine Konkurrenten sind und sich auch potentiell, in der Zukunft, nicht konkurrenzieren werden. Beispiel hierfür ist etwa die Weigerung eines Kinounternehmens, einem Filmkritiker den Zugang zum Kino zu gewähren. Diese Fallgruppe wird im Folgenden nicht speziell untersucht, da keine einheitlichen Kriterien für deren Beurteilung bestehen. Hier ist eine Fall-zu-Fall-Beurteilung angezeigt.

## C. Exklusive Lieferverträge

### 1. Ausschliesslichkeit

Die erste Fallgruppe der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist die (formelle oder informelle) Vereinbarung zwischen einem marktbeherrschenden Unternehmen und einem Vertriebspartner, ausschliesslich den Vertriebspartner im Absatzgebiet zu beliefern<sup>80</sup>. Durch die Exklusivität werden die Geschäftsbeziehungen zu allen anderen aktuellen und potentiellen Abnehmern im Absatzgebiet verweigert, was Art. 7 KG-relevant ist.

### 2. Parallele Interessen

Ein Hersteller muss dafür sorgen, dass seine Produkte zum Endkonsumenten gelangen. Eine Möglichkeit des Herstellers ist, den Vertrieb «einzukaufen». Die Differenz zwischen dem Einkaufspreis des Vertriebspartners und des Wiederverkaufspreises gilt als Distributionskosten. Daneben stellt das Recht des Vertriebspartners, die Produkte exklusiv zu vertreiben, einen weiteren Anreiz für den Vertrieb dar. Mithin ist die Exklusivität eine Form der Entschädigung des Ver-

<sup>78</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 (RPW 2000/3, 478 ff.). Unterschiede gibt es in dieser Fallkategorie bezüglich der Motivation des Unternehmens: ein Unternehmen kann seinen Lieferanten androhen, seine Produkte nicht mehr zu beliefern, wenn seine Preispolitik nicht beachtet wird, oder weil der Vertriebspartner die Qualitätsanforderungen nicht (mehr) erfüllt.

<sup>79</sup> EuGH, Urteil vom 26. November 1998 (Rs.C-7/97; wiedergegeben und kommentiert in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, 86 ff.).

<sup>80</sup> Der exklusive Vertrieb kann eine Bandbreite möglicher Vertragsformen umfassen, beispielsweise Alleinvertriebs-, Alleinbezugs- oder Lizenzverträge.

triebspartners 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>81</sup>. Der Hersteller ist stets bedacht, in seinem Interesse und auch im Interesse der Konsumenten die Herstellungskosten tief zu halten<sup>82</sup>. Hersteller bezahlen deshalb kaum «zu viel» für ihre Rohmaterialien – und wenn doch, ist das kein Wettbewerbsproblem. Der Hersteller wird sich beim Einkauf des Vertriebs kaum anders verhalten. Restriktionen des vertikalen Vertriebs, wie etwa Exklusivität, fixe Wiederverkaufspreise oder Spezifikationen über die Art des Verkaufs, sind deshalb aufgrund der gleichen Interessenslage von Hersteller und Konsumenten wettbewerbsrechtlich nur selten ein Problem.

### 3. Pro-kompetitive Wirkungen

Die parallelen Interessen von Hersteller und Konsumenten können zu pro-kompetitiven Wirkungen von selektiven Vertriebssystemen führen. 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 zu bezahlen<sup>83</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 die-

sen Film entscheidet, aber sich den Film nicht im werbenden Kino ansieht, sondern im Trittbrettfahrer-Kino. Zwecks Verhinderung des Trittbrettfahrens wird sich das die Werbung finanzierende Kinounternehmen vom Filmvertreiber 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. Ohne Exklusivität wäre der Vertriebspartner nicht bereit, Kapital, Service und Beratung im Hinblick auf den Vertrieb der Produkte zu investieren, wenn Dritte von seinen Leistungen profitieren können<sup>84</sup>. Solche Investitionen sind wettbewerbsfördernd, da dadurch der Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Produkten und Herstellern (*inter brand*-Wettbewerb) verstärkt wird<sup>85</sup>.

Ein weiterer Fall von pro-kompetitiven Wirkungen basiert darauf, dass ein Produzent unter Umständen ein grösseres Interesse daran hat, Qualitätsbewusstsein bei den Endabnehmern zu schaffen, als die Produkte flächendeckend über Billiganbieter zu vertreiben<sup>86</sup>. Zur Schaffung solchen Goodwills vertreibt der Produzent seine Produkte ausschliesslich über qualitativ hochwertige Abnehmer, die ein «Einkaufserlebnis» kreieren<sup>87</sup>. Solche auf der Qualität des Vertriebspartners basierenden exklusiven Lieferverträge

<sup>81</sup> Easterbrook (Fn. 11), 150.

<sup>82</sup> Peter Gloor/Matthias Staehelin, 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., 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>83</sup> Laurence M. Propofsky/Mark S. Propofsky, Vertical Restraints in the 1990s: Is There a «Thermidorian Reaction» to the Post-Sylvania Orthodoxy?, 62 Antitrust Law Journal 729 ff., 742 (1994).

<sup>84</sup> Namentlich in den USA ist die Beseitigung des *free rider*-Problems ein 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 (7<sup>th</sup> Circuit 1982); Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp., 638 F.2d 15, 16-17 (4<sup>th</sup> Circuit).

<sup>85</sup> Red Diamond Supply, Inc. v. Liquid Carbonic Corp., 637 F.2d 1001, 1005-1007 (5<sup>th</sup> Circuit). Das Gericht hielt fest, dass die Kunden- und Raumbeschränkungen *inter brand*-Konkurrenz verstärkten.

<sup>86</sup> Easterbrook (Fn. 11), 155 (mit weiteren Hinweisen in dessen Fn. 29).

<sup>87</sup> Indem der Hersteller seine Güter nur an «*high price*»-Retailer veräussert, wird gegenüber Konsumenten Qualität des Produktes signalisiert. Der Retailer trägt nämlich die Kosten der Auswahl qualitativ hochstehender Güter. Wenn er diese in seinem Sortiment führt, kann der Konsument vertrauen, ein Produkt hoher Qualität zu erwerben (F. M. Scherrer, The Economics of Vertical Restraints, Antitrust Law Journal 52 [1983], 687 ff., 698).

sind namentlich beim Vertrieb von Markenartikeln anzutreffen<sup>88</sup>. Die exklusive Belieferung nur gewisser Distributoren ist wettbewerbsrechtlich effizient, weil nur wenige Konsumenten teure Diesel-Jeans bei einem Fachhändler kaufen, wenn gleichzeitig ein Supermarkt diese zu günstigeren Preisen anbietet. Fachhändler wären unter diesen Umständen kaum bereit, Diesel-Jeans zu vertreiben. Der Konsument hat ein Interesse an Produktvielfalt, respektive an der Auswahl zwischen Diesel- und Migros-Jeans. Produktdiversifikation kann in dieser Hinsicht durch ein exklusives Vertriebssystem effizient gefördert werden<sup>89</sup>.

#### D. Vertikale Integration

##### 1. Einwände

Unter vertikaler Integration wird die Übernahme des Vertriebs durch den Hersteller selber anstelle eines Dritten verstanden. Oftmals wird der Hersteller den Dritten entweder in sein Unternehmen integrieren oder nicht beliefern. Gegenüber der vertikalen Integration werden hauptsächlich zwei Einwände geäußert:

Erstens wirke sich die vertikale Integration durch marktbeherrschende Unternehmen wie ein *Kartell* aus, da die marktbeherrschende Stellung auf der Produzentenebene auf die Vertriebs-ebene ausgebaut werde<sup>90</sup>.

Zweitens sei es gegenüber dem Dritten *unfair*, dass der Hersteller den Vertrieb über den Dritten auflöst und selber übernimmt. Immerhin werde dadurch ein Marktteilnehmer aus dem Markt gedrängt<sup>91</sup>.

##### 2. Pro-kompetitive Wirkungen

Der erste Einwand übersieht, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen stets seine marktbeherrschende Stellung ausnutzen kann, solange der Markt den Monopolpreis akzeptiert. Dabei spielt keine Rolle, ob der marktbeherrschende Produzent einen Zwischenverteiler benutzt oder nicht. Es bestehen keine stichhaltigen Gründe dafür, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung verstärken kann, indem es den Zwischenvertrieb selber übernimmt<sup>92</sup>.

Unter Umständen kann die vertikale Integration sogar pro-kompetitive Wirkungen haben, nämlich wenn sie zu Kostenvorteilen führt (mittels *economies of scale* oder *economies of scope*) und die Konsumenten tiefere Preise bezahlen müssen<sup>93</sup>.

Illustrativ ist in diesem Zusammenhang der amerikanische Entscheid *Paschall v. Kansas City Star Co.*<sup>94</sup>: Star Co. war Eigentümerin der beiden Tageszeitungen in Kansas City. Beide Zeitungen wurden jahrzehntelang durch unabhängige Vertreter an die Abonnenten verteilt. Die Vertreter kauften die Zeitungen zu Rabattpreisen und veräußerten sie dem Publikum zu unterschiedlichen Preisen weiter. Star Co. beschloss, alle Verträge mit den unabhängigen Vertreibern zu beenden und die Zeitungen durch eigene Mitarbeiter zu verteilen. Deshalb weigerte sich Star Co., die Zeitungen weiterhin zu Rabattpreisen an die Vertreter zu veräußern. Das angerufene Gericht hielt diese Weigerung für zulässig. Das Gericht stützte sich auf die Überlegung, dass Star Co. im Falle elastischer Nachfrage einen Anreiz hatte, die Anzahl verkaufter Produkte zu steigern<sup>95</sup>. Denn das Zeitungsunternehmen erzielte

<sup>88</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 1885, 1888); zum amerikanischen Recht vgl. *Philip E. Areeda*, Antitrust Law, 9. Aufl., 1998, 483 ff.

<sup>89</sup> Keine Rolle sollte dabei der Umstand spielen, dass der Produzent seine Markenartikel allenfalls im Direktvertrieb (beispielsweise mittels e-commerce) oder (qualitativ hochwertiger) Duty-free-Shops an Endkunden veräußert. Dem Produzenten kann nicht zum Nachteil gereichen, die Vertriebskosten tief zu halten. A. M. *Zäch* (Fn. 19), 189.

<sup>90</sup> *Robert A. Pitofsky*, In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a Per Se Rule Against Vertical Price Fixing, 71 Geo. L.J. 1487 (1983).

<sup>91</sup> Vgl. die Argumentation des Beschwerdeführers in RPW 2000/3, 478 ff.

<sup>92</sup> *Fox/Sullivan* (Fn. 4), 251.

<sup>93</sup> *Werden* (Fn. 25), 450.

<sup>94</sup> *Paschall v. Kansas City Star Co.*, 727 F.2d 692 (8<sup>th</sup> Circuit), *cert. denied*, 469 U.S. 872 (1984).

<sup>95</sup> Der Theorie liegt die Annahme zugrunde, dass die Abnehmer einem Monopolisten einen höheren Preis bezahlen, wenn dieser die Anzahl Produkte verringert. Ein Monopolist wird so viel Produkte herstellen und zu einem Preis verkaufen, an dem die Marginalkosten (zusätzliche Kosten zur Herstellung eines einzelnen Produktes) den Margineinnahmen (Nettoeinnahmen aus dem Verkauf eines einzelnen Produktes) entsprechen. Solange der Monopolist weniger als diese Menge herstellt, wird eine Erhöhung der Quantität in zusätzlichen Einnahmen resultieren. So-

signifikante Erträge aus Werbung. Star Co. kämpfte um diesen Ertragsanteil mit anderen Medienunternehmen und hatte ein Interesse daran, die Auflage zu steigern<sup>96</sup>. Dementsprechend hatte Star Co. ein grösseres Interesse daran, die Zeitungspreise zu senken, als die unabhängigen Vertreiber. Angesichts dessen kam das Gericht zum Schluss, dass die vertikale Integration keine wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufwies.

### 3. Schutz des Vertriebspartners wettbewerbsrechtlich irrelevant

Zur Illustration des zweiten Einwands, die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen sei gegenüber dem diskriminierten Abnehmer unfair und das Wettbewerbsrecht müsse Abhilfe schaffen, sei folgender Entscheid aufgeführt: Eine Alleinimporteurin für Automobile einer bekannten Marke vertrieb die Fahrzeuge über ein selektives Vertriebssystem<sup>97</sup>. Die Alleinimporteurin kündigte nach 14 Jahren Zusammenarbeit vertragskonform den Vertriebsvertrag mit einem Direktvertreter. Der Direktvertreter beantragte gestützt auf Art. 7 Abs. 2 lit. a KG eine vorsorgliche Massnahme auf Fortführung des Vertriebsvertrages. Die Alleinimporteurin machte geltend, der Service des Direktvertreters gegenüber den Konsumenten sei mangelhaft gewesen<sup>98</sup>. Der Direktvertreter behauptete demgegenüber, der Grund für die Verweigerung der weiteren Geschäftsbeziehungen sei der Aufbau eines Konkurrenzbetriebes in unmittelbarer Nähe des Direktvertreters durch die Alleinimporteurin<sup>99</sup>. Das

bald jedoch der Monopolist die Anzahl produzierter Güter über diesen Punkt erhöht, steigen die zusätzlichen Kosten schneller als die zusätzlichen Einnahmen. Der Punkt, in dem sich die Marginaleinnahmen- und Marginalkostenkurven treffen, wird «Profit-Maximierungs-Punkt» genannt (Herbert Hovenkamp, Antitrust, 3. Aufl., St. Paul 1999, 62).

<sup>96</sup> Interessant in diesem Zusammenhang die konträre restriktive Praxis der Wettbewerbskommission zu Zusammenschlüssen von Zeitungsunternehmen; vgl. Franz Hoffer/Thomas Hoehn, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich, sic! 3/1999, 232 ff. (mit Hinweisen zur Praxis).

<sup>97</sup> Vorsorgliche Verfügung des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 14. April 2000 i.S. R.H. AG gegen A. AG (RPW 2000/3, 478 ff.).

<sup>98</sup> RPW 2000/3, 490.

<sup>99</sup> RPW 2000/3, 483.

Handelsgericht des Kantons Aargau schützte den Direktvertreter mit der Begründung, dass Rechtfertigungsgründe für den Abbruch von Geschäftsbeziehungen durch ein marktbeherrschendes Unternehmen zwingende wirtschaftliche oder technische Gründe sein müssten, wie etwa mangelnde Sachkunde oder Unzuverlässigkeit des Händlers. Solche Rechtfertigungsgründe konnte die Alleinimporteurin nicht nachweisen.

Das Gericht wollte offenbar die Investitionen und das Vertrauen des «kleinen» Direktvertreters schützen, der nur schwer auf eine andere Automarke ausweichen konnte. Solche Aspekte hätten jedoch unter Vertragsrecht beurteilt werden sollen. Wettbewerbsrechtlich relevant sind einzig die pro- und anti-kompetitiven Wirkungen der vertikalen Integration<sup>100</sup>. Namentlich hätte das Gericht feststellen müssen, ob der Vertrieb durch die Alleinimporteurin zu einem Verlust an Service, höheren Preisen für die Endkonsumenten oder anderen Verschlechterungen des Preis-Leistungs-Verhältnisses geführt hätte. Blosser Umverteilung der Ertragsmarge aus dem Verkauf der Automobile sind wettbewerbsrechtlich irrelevant, da dadurch der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird. Im Gegenteil, aus der vertikalen Integration resultierende Kosteneinsparungen (*economies of scope*) sind begrüssenswerte Wohlstandsgewinne<sup>101</sup>.

### E. Konkurrenzbeziehung

Die dritte Kategorie der *refusal to deal*-Fälle ist diejenige, in der ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Konkurrenten Produkte oder Dienstleistungen verweigert. Beliefert das Monopolunternehmen dabei gleichzeitig andere Abnehmer, sind allfällige Effizienzgewinne nur schwer vorstellbar. Die Vermutung liegt in diesem Fall nahe, dass Produkte gegenüber einem

<sup>100</sup> Wie eingangs festgestellt, schützt das Wettbewerbsrecht nicht den atomistischen Markt, sondern fördert Wettbewerb in dem Sinne, dass Effizienzgewinne zugunsten der Endkonsumenten geschaffen werden sollen.

<sup>101</sup> Unter amerikanischem Recht ist deshalb die vertikale Integration nur ausnahmsweise unzulässig, nämlich wenn die Integration Preiserhöhungen erleichtert oder den Marktzutritt erschwert (Werden [Fn. 25], 451, mit weiteren Nachweisen).

Konkurrenten einzig verweigert werden, um diesem wirtschaftliche Nachteile zuzufügen<sup>102</sup>.

Dagegen muss ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Produkte einem Konkurrenten nicht zur Verfügung stellen, solange andere Abnehmer ebenfalls nicht beliefert werden<sup>103</sup>. Selbst ein Monopolunternehmen unterliegt nämlich keiner Pflicht, seinen Konkurrenten zu helfen<sup>104</sup>.

## V. Fazit

Ungerechtfertigte behördliche Eingriffe in den Wettbewerb gestützt auf das Wettbewerbsrecht führen zu Friktionen des Wirtschaftsprozesses und zu Wohlstandsverlusten. Solche Eingriffe haben ihren Grund darin, dass die Behörden selten über alle relevanten Informationen verfügen und gegenüber neuen Distributionsmethoden misstrauisch eingestellt sind<sup>105</sup>. Dies führt zum *ersten Postulat*: Einzig Fälle, in denen zweifelsfrei ein geringerer Output, schlechtere Qualität oder höhere Preise die Folge des inkriminierten Verhaltens sind, sollten untersagt werden. In diesen

Fällen rechtfertigt es sich, die Erosion der Kartellrente zu beschleunigen<sup>106</sup>.

Eine Beschränkung des behördlichen Eingreifens auf klare Fälle bedeutet aber nicht, dass die Wettbewerbsbehörden diskriminierendes oder hinderndes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG überhaupt nicht überprüfen sollen. Als *zweites Postulat* ist vielmehr zu fordern, dass die Schweizer Behörden (gleich wie die amerikanischen Gerichte) im Rahmen der Missbrauchskontrolle von Art. 7 KG das Tatbestandsmerkmal des missbräuchlichen Verhaltens ins Zentrum der Beurteilung stellen. Dies legt nahe, den relevanten Markt nicht allzu eng abzugrenzen<sup>107</sup>.

Aufgrund der zuweilen aleatorischen Beurteilung der Rechtfertigungsgründe durch die Schweizer Gerichte und Wettbewerbsbehörden besteht das *dritte Postulat* darin, dass wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht unter einheitlichen – und den Umständen des Einzelfalles nicht angemessenen – Kriterien beurteilt werden sollte. Im Falle der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unter Art. 7 KG wurde oben dargestellt, welche Fälle pro-kompetitive Wirkungen haben können.

<sup>102</sup> Der *Aspen*-Entscheid (oben S. 271 f.) mit seinen ungewöhnlichen Tatsachen ist so zu interpretieren, dass ein Monopolunternehmen mit einem Konkurrenten zusammenarbeiten muss, wenn die Kooperation für einen effektiven Wettbewerb erforderlich ist.

<sup>103</sup> Vgl. *Fox/Sullivan* (Fn. 4), 251; EuGH, Urteil vom 26. November 1998 (Rs.C-7/97; wiedergegeben und kommentiert in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, 86 ff.).

<sup>104</sup> Vgl. Judge Posner in *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F.2d 370 (7<sup>th</sup> Circuit 1986): «Today it is clear that a firm with lawful monopoly power has no general duty to help its competitors, whether by holding a price umbrella over their heads or by otherwise pulling its competitive punches.»

<sup>105</sup> Vorne S. 275.

<sup>106</sup> *Von der Crone/Groner* (Fn. 52), 56 Fn. 39.

<sup>107</sup> *Züch* (Fn. 19), 142.