

Wettbewerbsrechtliche Kontrahierungspflicht – am Beispiel des Filmverleihs

von lic. iur. Roger Groner¹, Rechtsanwalt, Zürich

The author describes competition law prerequisites for a firm to be able to claim for the provision of goods or services. Under Article 7 of the Federal Law on Cartels, firms with a dominant position act illegally if they abuse their market power to the disadvantage of counter-parties or to restrict the ability to compete of established firms or potential entrants. Refusing to deal is to be considered such an abusive practice, unless justified by legitimate business reasons. Thus, a firm having a dominant position is obliged to supply its products at market conditions as long as doing so does not have a negative impact,

e.g. by damaging the dominant firm's image or by affecting its costs or revenues. The paper lists both legitimate business reasons and reasons that cannot justify a refusal to deal. The general competition law principles regarding compulsory contracting are dealt with in more detail using the movie distribution example. Under applicable competition law, the operator of a movie theater has the right to get blockbusters, provided his theater is comparable in terms of capacity, attractiveness and success with those competitors that are being supplied.

Inhaltsübersicht

I. Marktstrukturen im Filmverleih

II. Filmverleihvertrag

III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

- A. Grundlagen
- B. Relevanter Markt
 - 1. Sachlich relevanter Markt
 - 2. Räumlich relevanter Markt
 - 3. Zeitlich relevanter Markt
- C. Marktbeherrschende Stellung
- D. Unzulässige Verhaltensweise
 - 1. Sachlichkeitsgebot
 - 2. Kriterien
 - 3. Diskriminierungsverbot im Filmverleih

IV. Schlussbemerkung

I. Marktstrukturen im Filmverleih

In der Schweiz gab es 1998 380 Kinos mit insgesamt 518 Sälen und 115 000 Plätzen. Die Gesamtbesucherzahl schweizerischer Kinos betrug im Jahre 1998 rund 16 Mio.² Mit einer Kinobesuchshäufigkeit von 2.3 Eintritten pro Kopf und Jahr gehören die Schweizer zu den fleissigsten Kinogängern in Europa³.

Auf Seite der Kinobetreiber findet seit Anfang der neunziger Jahre – vor allem in den grossen Städten – eine Konzentration statt⁴. So gab es 1999 in der Schweiz 14 Kinoketten mit je über 2000 Sitzplätzen⁵. Zudem bestehen immer stärkere Verflechtungen zwischen Verleihern und Kinobetreibern, sei es durch gemeinsame Produktion von Filmen, sei es durch Beteiligungen⁶. Der Markt der Verleihfirmen ist oligopolistisch strukturiert. Die sechs grössten Verleiher, die nahezu alle Blockbuster vertreiben, haben zusammen einen Marktanteil von 80–90%⁷. Auf Verleiherseite herrscht ein starker Verdrängungswettbewerb. Gründe dafür sind stets steigende Kosten für gewinnversprechende Filme, der Zwang zur Vorfinanzierung von noch nicht gedrehten Filmen sowie die begrenzte Zahl guter Kinos an publikumsattraktiver Lage⁸. Kinoketten mit umsatzstarken Kinos in den grossen

¹ Der Autor ist für Kinobesitzer und Filmverleiher tätig.
² Auskunft der Procinéma, Schweizerischer Verband für Kino und Filmverleih.

³ In Frankreich liegt die Besuchshäufigkeit ebenfalls bei 2.3, in Deutschland und Italien bei 1.6 und in Österreich bei 1.5 (*Eidgenössische Filmkommission*, Mini, Multi, Mega: Hauptsache PlexXXXLarge oder: wieviel Kino erträgt die Schweiz?, Eine grundsätzliche Meinungsäusserung der Eidgenössischen Filmkommission, September 1999, 2).

⁴ *Loher Bruno*, Das GATT und der Schweizer Film: keine tödliche Bedrohung – Probleme im Verleih, *Ciné-Bulletin* 12/1993, 12.

⁵ So schon 1998; vgl. *von der Crone Hans Caspar/Groner Roger*, Marktmacht- und Zusammenschlusskontrolle im Medien- und Filmbereich, *ZIK* 2, Zürich 1998, 45 ff., 67.

⁶ Beispielsweise wurde der Verleiher Rialto durch die deutsche börsenkotierte Kino-Gruppe Kinowelt übernommen. Die Filmhersteller Universal Pictures und Paramount Pictures vertreiben gemeinsam ihre Filme durch United International Pictures (UIP); vgl. *Neue Zürcher Zeitung* vom 12. November 1999, Universal weniger universell, 67.

⁷ *Von der Crone/Groner* (FN 5), 67.

⁸ *Fuhrler Andreas*, Showdown in der Zürcher Verleihlandschaft, *Tages-Anzeiger* vom 12. Juni 1998, 66; *Kofler Karin*, Den Kleinen droht der Filmriss, *Cash* vom 12. Juni 1998, 3.

Schweizer Städten verfügen damit über eine erhebliche Nachfragemacht gegenüber den Verleihern.

Gemessen am Umsatz sieht die Verteilung der Kinofilme wie eine Pyramide aus: Nur wenige Filme haben einen durchschlagenden Kassenerfolg. Diese bilden die Pyramidenspitze. So entfielen auf die zehn umsatzstärksten Filme in den letzten drei Jahren rund 30% der Gesamtbesucherzahlen⁹. Insgesamt 5% aller Kinofilme waren kommerziell sehr erfolgreich (Pyramidenspitze). Die nächsten 10% waren mässig erfolgreich. Der Rest – rund 85% – deckte höchstens die Unkosten oder war sogar verlustbringend (Pyramidenboden)¹⁰. Dabei erzielen Filme den höchsten Umsatz in den ersten zwei Wochen seit ihrer Premiere. Eine Besonderheit des Filmmarktes besteht somit darin, dass die Zahl erfolgreicher Filme limitiert ist. Weiter gibt es auch nur eine beschränkte Anzahl Kopien eines Filmes, da ein Verleiher bzw. ein Produzent sich aus Kostengründen auf die Herstellung von 50 bis 60 Kopien eines Films beschränkt¹¹. In der Regel kommen im Falle von Spitzenfilmen (bei insgesamt 518 Sälen in der Schweiz) zwischen 40 und 100 Kopien zum Verleih. Regelmässig werden in grossen Städten wie Zürich oder Genf Filme mit zwei oder drei Kopien vorgeführt. Der Verleiher kann somit für seine Spitzenfilme eine Auswahl des erst-aufführenden Kinos treffen. Diese Auswahl hat im Falle von erfolgreichen Filmen erhebliche Konsequenzen für den Umsatz der Kinobetreiber, die entweder bevorzugt behandelt oder übergangen werden.

Es stellt sich dabei die Frage, ob die Bevorzugung einzelner Kinobetreiber bei der Belieferung mit Spitzenfilmen unter dem Wettbewerbsrecht zulässig ist. Im Folgenden soll weiter geprüft werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein wettbewerbsrechtlicher Anspruch eines Kinobetreibers auf Einräumung von Erstaufführungsrechten über einen Spitzenfilm gegenüber einem Verleiher (ein «Mitspielrecht») besteht.

⁹ Gewinnbringende Filme sind solche, die von mindestens 100 000 Besuchern gesehen werden (*Fuhrler* [FN 8], 66). Davon gibt es jährlich nur rund 40 bis 50.

¹⁰ Procinéma. Schweizerischer Verband für Kino und Filmverleih, Statistiken 1997, 30 ff.

¹¹ Das Herstellen einer Kopie kostet zwischen CHF 1 500.– und CHF 5 000.–, je nachdem, ob es sich um einen Film mit Untertiteln handelt oder nicht. Vom Spitzenfilm *Titanic* mit rund 1.9 Mio. Besucherzahlen im Jahre 1998 wurden 91 Kopien hergestellt.

II. Filmverleihvertrag

Der Schweizer Verleiher hat die zum Verleih stehenden Filme regelmässig nicht selbst produziert. Sein Verleihrecht wurde ihm vertraglich von der ausländischen Produktionsgesellschaft eingeräumt, die es ihrerseits vom in- oder ausländischen Urheber (vom Produzenten) erworben hat¹².

Im Vertrag zwischen Verleiher und Kinobetreiber verpflichtet sich der Verleiher zur Übergabe einer spielfähigen Kopie eines bestimmten Filmes und er räumt dem Kinobetreiber das (obligatorische) Recht zur Vorführung ein¹³. Dieses Vorführrecht wird im Verleihvertrag näher umschrieben (etwa hinsichtlich der Anzahl Vorführungen pro Tag; Erst-/Zweitaufrührung; Dauer des Vorführrechts etc.). Als Gegenleistung vereinbaren die Parteien eine Vergütung des Verleihers, die sich regelmässig aus einem vom Umsatz abhängigen Betrag zusammensetzt. Nach einigen Wochen Spielzeit wird ein Film, dessen Erfolg beim Publikum abnimmt, in einem kleineren Saal oder in einem anderen Kino gespielt.

III. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

A. Grundlagen

Mit Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen¹⁴ (Kartellgesetz, KG) am 1. Juli 1996 erfolgte ein Paradigmenwechsel im schweizerischen Wettbewerbsrecht¹⁵. Wurde die Schweiz noch in

¹² *Barrelet Denis/Egloff Willi*, Das neue Urheberrecht. Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Bern 1994, N 9 zu Art. 13 URG.

¹³ *Spengler Albrecht*, Erzwingung der Auslieferung oder der Vorführung eines Films durch einstweilige Verfügung? Zugleich ein Beitrag zum Recht des Filmleihvertrages, UFITA 62 (1971), 163 ff., 166. *Frehner Rolf*, Der Vertrag zwischen Filmverleiher und Kinobesitzer nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1975.

¹⁴ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251).

¹⁵ *Baldi Marino*, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zäch (Hrsg.), Zürich 1996, 3 ff., 3; *Schmidhauser Bruno*, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmid-

den achtziger Jahren als «Wunderland der Kartelle» beschrieben¹⁶, hat sich die Rechtslage durch Einführung griffiger angelsächsischer Antitrust-Konzepte grundlegend geändert¹⁷.

Nach Art. 7 Abs. 1 KG 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 fallen insbesondere die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre) oder die Diskriminierung von Handelspartnern in Betracht (Art. 7 Abs. 2 lit. a und lit. b KG). Wer durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Ausübung des Wettbewerbs behindert wird, hat nach Art. 12 Abs. 1 lit. a KG Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung der Behinderung. Zur Durchsetzung des Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruchs kann das Gericht auf Antrag des Klägers anordnen, dass der oder die Verursacher der Wettbewerbsbehinderung mit dem Behinderten branchenübliche Verträge abzuschliessen haben (Art. 13 lit. b KG).

Zur Prüfung, ob ein Verhalten eines Unternehmens nach Art. 7 KG unzulässig ist, ist zuerst der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht festzulegen. Anschliessend ist zu prüfen, ob dem Unternehmen auf diesem Markt eine beherrschende Stellung zukommt. Zuletzt ist abzuklären, ob die marktbeherrschende Stellung missbraucht wird (triadische Prüfung)¹⁸.

hauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Zürich 1996 (erste Lieferung) und 1998 (zweite Lieferung), N 49 Einleitung; *Schlupe Walter R.*, Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, AJP 1996, 795 ff., 805.

¹⁶ *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.

¹⁷ Beispielsweise die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Preis-, Mengen- und Marktaufteilungsabreden horizontaler Unternehmen (hard core cartels); vgl. *Stoffel Walter A.*, Les ententes restrictives à la concurrence, SZW 1996 Sondernumer, 7 ff., 16.

¹⁸ *Ruffner Markus*, Unzulässige Verhaltensweisen markt-mächtiger Unternehmen, AJP 1996, 834 ff., 836.

B. Relevanter Markt

1. Sachlich relevanter Markt

Der relevante Markt ist – wie schon unter dem Kartellgesetz von 1985 – nach dem *Bedarfsmarkt-konzept* zu bestimmen¹⁹. Danach sind demselben Markt alle Produkte oder Dienstleistungen zuzurechnen, die aus Sicht der jeweiligen Marktgegenseite den gleichen Bedarf decken²⁰. Somit bilden nicht nur identische Produkte oder Leistungen einen Markt, sondern alle Produkte, welche die Bedürfnisse der Nachfrager befriedigen²¹. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist zu prüfen, ob es einem Nachfrager nach einem objektiven Massstab zumutbar ist, andere Produkte zur Deckung seines Bedarfs zu beziehen. Falls ja, gehören diese Produkte zum gleichen Markt²².

Der Filmmarkt weist gewisse Besonderheiten auf. So sind die angebotenen Filme stets Unikate bzw. Werke im Sinne des Urheberrechtsgesetzes, die aber in zahlreichen Kopien angeboten werden²³. Diese Unikate weisen in Bezug auf Genre (Western/Film noir), Struktur (Dokumentar-/Spielfilm), Thema (Frauen-/Actionfilm) und Zweck

¹⁹ *Meier-Schatz Christian J.*, Das neue schweizerische Kartellgesetz im Überblick, in: *Das neue Kartellgesetz. Erste Erfahrungen in der Praxis*, Meier-Schatz (Hrsg.), Bern/Stuttgart/Wien 1998, 9 ff., 22.

²⁰ *Reinert Mani*, Praxis der Wettbewerbskommission bei Zusammenschlüssen von Zeitungsverlagen – ausgewählte Probleme, AJP 1999, 443 ff., 443 (mit weiteren Nachweisen).

²¹ So umfasst nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU (Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4) der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

²² Die Porzellanfabrik Langenthal gab den Vertrieb von Hotelporzellan über Grossisten auf und ging zum Direktvertrieb an Hotelbetreiber über. Mehrere Grossisten machten geltend, die Porzellanfabrik missbrauche ihre Stellung auf dem Markt für einheimisches Hotelporzellan. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission führte aus, dass sich Geschirr aus Porzellan für den Gebrauch in Restaurationsbetrieben durch solches aus anderen Materialien ersetzen lässt. So werde beispielsweise immer mehr Glasgeschirr verwendet. Sofern für ein behindertes Unternehmen das Ausweichen auf Geschirr aus anderem Material zumutbar ist und Ersatzlieferungen langfristig gesichert sind, gehören diese Produkte zum gleichen Markt (RPW 1997, 32 ff., 33).

²³ Bundesgesetz vom 9. Oktober 1922 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), SR 231.1.

(Politischer Film/Unterhaltungsfilm) Gemeinsamkeiten oder Unterschiede auf. Aus Sicht des Filmverleihers sind jedoch nicht diese (inhaltlichen oder formellen) Gemeinsamkeiten oder Unterschiede ausschlaggebend. Wichtig ist für einen renditeorientierten Kinobetreiber, Filme vorzuführen, die beim Publikum voraussichtlich Anklang finden²⁴. Wichtigstes Auswahlkriterium ist für einen (gewinnstrebigen) Betreiber eines kommerziellen Kinos deshalb, ob er einen Blockbuster erhält oder nicht. Aus seiner Sicht ist ein erfolgsversprechendes Horrordrama wie «*Sixth Sense*» mit Hollywoodstar *Bruce Willis* nicht durch einen beliebigen Film ersetzbar (wie etwa durch den über zwanzigjährigen Klassiker mit ähnlichem Thema «*The Exorcist*»). Aus diesem Grund besteht ein eigenständiger Markt für Blockbuster zwischen Verleiher und Kinobetreiber²⁵.

2. Räumlich relevanter Markt

Der räumliche Markt umfasst nach Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet. Noch nicht endgültig geklärt ist, ob der örtlich relevante Markt aus Sicht des Behinderers oder aus Sicht des Behinderten festzulegen ist. Eine zweckgerichtete Auslegung von Art. 7 KG und von Art. 11 VKU legt nahe, den räumlichen Markt aus Sicht des Behinderten zu bestimmen²⁶. Denn nur aus seiner Sicht kann geprüft werden, ob für ihn räumlich zumutbare Ausweichmöglichkeiten bestehen²⁷. Ob solche existieren, hängt insbesondere von den Transportkosten und Handelshemmnissen

ab. Die Wettbewerbskommission prüft dabei zu Recht, ob auch ein Bezug eines Produkts aus dem Ausland möglich ist²⁸. Ein weiteres Kriterium für die Abgrenzung des örtlich relevanten Marktes ist gemäss dem Sekretariat der Wettbewerbskommission das Gebiet, in dem ein (potentiell diskriminiertes) Unternehmen seine Kunden beliefert bzw. wo sein Haupttätigkeitsgebiet liegt²⁹.

Im Falle des Imports von Filmen aus dem Ausland bestehen gesetzliche Beschränkungen³⁰. Ein Filmbezug von ausländischen Verleihern ist nur mit einer Verleihbewilligung möglich, die unter den in Art. 31 Filmverordnung statuierten Voraussetzungen erteilt wird³¹. Der räumliche Filmmarkt geht deshalb von vornherein nicht weiter als die Schweizer Grenze³². Weiter bildet im Filmverleih die Sprachgrenze eine Schranke des relevanten Marktes³³. Das Absatzgebiet eines Kinos ist regelmässig seine nähere Umgebung, wobei Stadtkinos ein grösseres Absatzgebiet haben. Der örtlich relevante Markt zwischen Verleiher und Kinobetreiber ist demzufolge das Einzugsgebiet des jeweiligen Kinos.

3. Zeitlich relevanter Markt

Kinofilme haben eine beschränkte Haltbarkeitsdauer. Das Publikum will nämlich Filme sehen, die aktuell sind. Ein Film spielt in den ersten zwei Wochen den grössten Teil des gesamten Umsatzes ein. Für einen Kinobetreiber ist es somit wichtig, zu den ersten zu gehören, die einen Film vorführen. Somit bilden Erstaufführungsrechte einen eigenen Markt, der vom Markt über Zweit- und Aufführungsrechte zu unterscheiden ist.

²⁴ Von der Crone/Groner (FN 5), 68.

²⁵ Nach dem österreichischen Obersten Gerichtshof bildet jeder einzelne Blockbuster einen eigenen Markt (OGH vom 9. September 1997, abgedruckt in Medien und recht 1997, 328 ff., 330).

²⁶ So auch die Wettbewerbskommission (RPW 1999, 57, 60) und das deutsche sowie europäische Recht (*Mandel Siegfried*, Das Diskriminierungsverbot gemäss § 26 Abs. 2, Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Grenzen der Zulässigkeit für den selektiven Vertrieb, Diss. Frankfurt a.M. 1991, 55; Bekanntmachung der EU-Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, Rz. 8; *Zäch Roger*, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, N 338).

²⁷ *Zäch Roger*, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: Das neue Kartellgesetz (FN 19), 117 ff., 120.

²⁸ RPW 1997, 33 ff. (Porzellanfabrik Langenthal); anders *Zurkinden Philipp*, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, Schriftenreihe für Internationales Recht, Band 82, Diss. Basel 1999, 201.

²⁹ RPW 1999, 6157 ff., 61 (Feldschlösschen-Hürlimann).

³⁰ Vgl. *Saxer Urs*, Wirtschaftlicher und publizistischer Wettbewerb, AJP 1999, 427 ff., 433.

³¹ Hinzu kommt, dass die schweizerischen Verleiher Tochtergesellschaften amerikanischer Majors sind, welche die gleichen Filme auch im Ausland über Tochtergesellschaften verleihen. Der Bezug von Filmen im Ausland wäre deshalb bei einer Lieferverweigerung in der Schweiz faktisch keine Alternative.

³² Vgl. *Ducrey Patrick/Drolshammer Jens*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (FN 15), N 17 zu Art. 10 KG.

³³ *Ruppelt Hans-Jürgen*, in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1998, N 26 zu § 22 GWB.

C. Marktbeherrschende Stellung

Art. 7 Abs. 1 KG setzt voraus, dass das behindernde Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Unsere Nachbarstaaten sehen das Erfordernis der marktbeherrschenden Stellung beim Verbot diskriminierender Praktiken ebenfalls vor³⁴. Das deutsche und das österreichische Kartellrecht verzichten darüber hinaus in bestimmten Fällen auf das Erfordernis einer marktbeherrschenden Stellung des diskriminierenden Unternehmens. So kann in diesen Rechtsordnungen eine Wettbewerbsbehinderung auch unzulässig sein, wenn das behinderte Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder Leistungen in der Weise *abhängig* ist, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen³⁵. Die Anforderungen an eine solche «*marktstarke Stellung*» oder «*relative Marktmacht*» liegen unterhalb denjenigen an eine marktbeherrschende Stellung³⁶.

Das schweizerische Kartellgesetz, das eine solche Regelung nicht enthält, hat in diesem Punkt wohl eine höhere Schwelle angesetzt³⁷. Denn das Kartellgesetz soll den Rahmen von Art. 96 Abs. 1 BV, wonach der Bund zum Erlass von Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen beauftragt ist, nicht überschreiten³⁸. «Unschädliche» Kartelle oder Wettbewerbsbeschränkungen sind somit zulässig³⁹. Aus diesem Grund hält sich auch das Bundesgericht bei der Rezeption ausländischer Konzepte zurück, die nicht ausdrücklich im Kartellgesetz vorgesehen sind⁴⁰. Somit rechtfertigt sich ein wett-

bewerbsrechtlicher Eingriff gestützt auf Art. 7 KG nur bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung des behindernden Unternehmens.

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. «*Sich unabhängig verhalten*» bedeutet, dass ein Unternehmen die Preise, die Qualität oder die Quantität seiner Produkte festlegen kann, ohne mit wesentlichen Marktanteilsverlusten rechnen zu müssen⁴¹. Indiz für eine marktbeherrschende Stellung ist nach einem Teil der Lehre und gemäss einigen Entscheiden ein Marktanteil von über 45%⁴². Bei einem solchen Marktanteil soll die Vermutung nahe liegen, dass ein Wettbewerber über eine starke Stellung verfügt. Diese Vermutung ist insofern zu relativieren, als Marktanteile vergangene Werte sind und auf historischen Ursachen basieren. Dementsprechend können die Marktanteile besonders in dynamischen Märkten rasch erodieren. Marktanteile bis 30% gelten als unproblematisch, sogar wenn der Abstand zum nächsten Konkurrenten hoch ist⁴³. Neben der Analyse der vergangenen bzw. aktuellen Wettbewerbssituation anhand der Marktanteile ist auch eine Zukunftsprognose zu erstellen⁴⁴. Die Markt(anteils)entwicklung, das Potenzial der Kon-

europäische] Konzeption lässt sich indessen nicht ohne weiteres auch auf das schweizerische Recht übertragen. Der Gesetzgeber hat bei der Revision des Kartellgesetzes zwar eine gewisse Annäherung an das Recht der Europäischen Union angestrebt, jedoch – namentlich mit Rücksicht auf die andere verfassungsrechtliche Ausgangslage – bewusst auf eine vollständige Angleichung verzichtet (vgl. BBl 1995 I 471 und 632 ff.).» Kritisch dazu

Leupold Michael, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 1999, 150 ff., 152; Amstutz Marc, AJP 1999, 1477–1483, 1480.

⁴¹ *Von der Crone/Groner (FN 5), 55; Schmidhauser (FN 15), N 66 zu Art. 4 KG.*

⁴² Unveröffentlichtes Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 28. August 1998, 9; *von der Crone/Groner (FN 5), 55.*

⁴³ Beim Zusammenschluss General Electrics/Aufina beispielsweise betrug der Marktanteil im Autoleasingmarkt nach dem Zusammenschluss rund 29%. Die Wettbewerbskommission erachtete diese Grösse als Indiz für eine fehlende marktbeherrschende Stellung (RPW 1997, 362 f.; *Zäch (FN 27), 122.*)

⁴⁴ *Von Ballmoos Thomas, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, AJP 1999, 295 ff., 297.*

³⁴ Vgl. § 26 Abs. 2 Satz 1 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

³⁵ § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB; § 34 Abs. 2 des österreichischen Kartellgesetzes (KartG). Vgl. *Stoffel Walter A., Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Habil. Freiburg 1994, 74 ff.*

³⁶ *Schultz Klaus-Peter, in: Langen/Bunte (FN 33), N 85 zu § 26 GWB.*

³⁷ *Zurkinder (FN 28), 252.*

³⁸ Im Zeitpunkt des Erlasses des KG bildete Art. 31^{bis} Abs. 3 lit. d altBV die verfassungsrechtliche Grundlage.

³⁹ *Vallender Klaus A./Veit Marc D., Skizze des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, ZBJV Sonderband 135^{ter}, Bern 1999, 25.*

⁴⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang BGE 124 III 498 zur Wettbewerbsabrede: «*Die umschriebene [deutsche und*

kurrenten und die Möglichkeit des Eintritts potenzieller Konkurrenten beeinflussen im Wesentlichen die Möglichkeit eines Unternehmens, die Bedingungen für den Bezug seines Produkts festzusetzen.

Kein einzelner Filmverleiher hat in den letzten Jahren einen Marktanteil von über 30% in der Schweiz gehabt. Die jährlichen Marktanteile der Verleiher schwanken je nach Anzahl und Potenzial von Spitzenfilmen im Portefeuille. Eine permanente marktbeherrschende Stellung eines Verleihers, insbesondere auf dem Markt für Blockbuster, ist deshalb derzeit auszuschliessen⁴⁵.

Allerdings kann nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 KG auch mehreren Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung zukommen. Eine solche «kollektive Marktbeherrschung»⁴⁶ durch mehrere Unternehmen besteht namentlich bei gleichförmigem Verhalten, das keine gewollte Koordination voraussetzt⁴⁷. Denn für ein behindertes Unternehmen spielt es keine Rolle, ob es von mehreren oder nur einem einzelnen marktbeherrschenden Unternehmen behindert wird bzw. ob diese Unternehmen ihr behinderndes Verhalten bewusst aufeinander abstimmen oder nicht⁴⁸. Aus diesem Grund wird die Marktstärke (dargestellt anhand der Marktanteile) mehrerer Unternehmen zusammengezählt, wenn sie zusammen andere Unterneh-

men bewusst oder unbewusst behindern. Sollten deshalb mehrere Verleiher Blockbuster konstant bestimmten Kinobetreibern verleihen und andere Kinobetreiber dadurch diskriminieren, verfügen diese Verleiher zusammen über eine marktbeherrschende Stellung.

D. Unzulässige Verhaltensweise

1. Sachlichkeitsgebot

Das Kartellgesetz unterscheidet in der Auflistung der unzulässigen Verhaltensweisen zwischen der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG) und der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG). Theoretisch wird diese Unterscheidung relevant, wenn ein Unternehmen seine Geschäftsbeziehungen zu allen Abnehmern verweigert. Diesfalls liegt ein Fall von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) und kein Diskriminierungsfall vor. Praktisch werden im Falle von Geschäftsverweigerungen beide Tatbestände erfüllt sein. Verweigert nämlich ein marktbeherrschender Lieferant Geschäftsbeziehungen gegenüber einem oder mehreren bestimmten Abnehmer(n), während der Lieferant andere beliefert, diskriminiert der Lieferant die nicht berücksichtigten Abnehmer zugleich. Im Folgenden werden die beiden Tatbestände deshalb einheitlich behandelt.

Aus wettbewerbstheoretischer Sicht zeigt die Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen scheinbar antikompetitive Wirkungen, weil das Unternehmen, welches seine Produkte mit Dritten nicht «teilt», vermutungsweise eine Monopolrente vereinnahmt⁴⁹. Ein solches Verhalten ist jedoch nicht per se unzulässig. Denn das Vertriebssystem eines marktbeherrschenden Unternehmens wirkt sich unmittelbar auf seinen Erfolg aus. So hat der Entscheid eines Parfümherstellers, ob er seine neueste Entwicklung ausschliesslich Fachgeschäften oder auch Supermärkten liefert, Konsequenzen für das Image und den Umsatz des Produkts. Produziert ein marktbeherrschendes Un-

⁴⁵ Von der Crone/Groner (FN 5), 70.

⁴⁶ Von der Groeben H./Thiesing J./Ehlermann C.-D., Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Baden-Baden 1991, N 65 zu Art. 86 EWGV; Zäch (FN 27), 125. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission fand im Rahmen der Prüfung der Fütterungsvorschriften von Coop und Migros Anhaltspunkte dafür, dass die beiden Grossverteiler (die alleine grundsätzlich keine marktbeherrschende Stellung haben) durch ihr gleichförmiges Verhalten über kollektive Marktmacht verfügen (RPW 1997, 37 und 175 ff.).

⁴⁷ RPW 1998, 242; Superprovisorische Verfügung des Handelsgerichts des Kt. Aargau, RPW 1997, 95 ff., 103; Zurkinden (FN 28), 250 f.; ZR 98 (1999) Nr. 38, 172; Montag Frank/Leibenath Christoph, Aktuelle Entwicklungen im Bereich des Art. 82 EGV, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht, Basel 2000, 107 ff., 111 f.

⁴⁸ A.M. Schmidhauser Bruno, Der Begriff der «mehreren Unternehmen» im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 429 ff., 440, der verlangt, dass einer Mehrzahl von Unternehmen nachgewiesen werden muss, dass sie ihr Verhalten aufeinander abstimmen und dadurch zu Marktbeherrschung gelangen.

⁴⁹ Reiffen David/Kleit Andrew N., Terminal Railroad Revisited: Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly?, J.L. & Econ., Vol. 33 (1990), 419 ff., 422.

ternehmen am Markt vorbei, sinkt dessen Marktanteil. Damit trägt auch ein marktbeherrschendes Unternehmen ein Absatzrisiko. Als Gegenstück zu diesem Risiko muss ihm grundsätzlich die Freiheit eingeräumt werden, seine Vertriebsstruktur so zu gestalten, wie es ihm unter kaufmännischen Gesichtspunkten am sinnvollsten erscheint⁵⁰. Weiter kann in den Fällen, in denen ein Anbieter nicht über eine unbeschränkte Zahl von Produkten verfügt, kein Kontrahierungszwang gegenüber allen Abnehmern bestehen. Wettbewerbsbehinderungen wird es somit immer geben, eine marktwirtschaftliche Ordnung setzt sie sogar voraus⁵¹. Aus diesem Grund ist die Diskriminierung von Wettbewerbsteilnehmern nicht per se unzulässig⁵².

Allerdings steht es nicht im Belieben eines marktbeherrschenden Unternehmens, seine Vertragspartner auszuwählen⁵³. Ein Missbrauch der Marktmacht im Sinne von Art. 7 KG liegt nämlich vor, wenn sich die Diskriminierung nicht auf sachliche Gründe oder englisch «*legitimate business reasons*» stützen kann⁵⁴. Positiv formuliert hat sich ein marktbeherrschendes Unternehmen am *Sachlichkeitsgebot* zu orientieren. D.h. unter gleichen sachlichen Voraussetzungen muss ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Abnehmer gleich behandeln. Da dieses Sachlichkeitsgebot der Vertragsfreiheit nach Art. 20 Abs. 1 OR widerspricht, ist dieses aber eng auszulegen⁵⁵.

2. Kriterien

Zur Abgrenzung der sachlichen von den unsachlichen Gründen und damit der zulässigen von der unzulässigen Diskriminierung ist eine Interes-

senabwägung unter Berücksichtigung der Zielsetzung des Kartellgesetzes vorzunehmen⁵⁶. Es ist jeweils zu prüfen, ob das diskriminierende Verhalten aus Sicht eines vernünftigen Dritten unter dem Sachlichkeitsgebot nachvollziehbar ist. Ein kartellrechtlich geschütztes Interesse eines gewinnstrebigsten Unternehmens ist dasjenige an einer möglichst hohen Rendite⁵⁷. Solange ein Unternehmen sich bei der Auswahl seiner Vertragspartner auf objektive und vernünftige Gründe stützt, die einen Einfluss auf seine Kosten- und Ertragslage haben, verhält es sich nicht unzulässig⁵⁸.

Gründe, die keinen Bezug zur Ertragslage des diskriminierenden Unternehmens haben, sind umgekehrt unsachlich. Verweigert deshalb ein marktbeherrschendes Unternehmen einem Nachfrager aufgrund dessen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Ansicht ein Produkt, verhält es sich unzulässig. Einzig wenn diese Ansichten sich auf den Umsatz des diskriminierenden Unternehmens auswirken können, wäre die Verweigerung der Geschäftsbeziehung objektiv gerechtfertigt.

Ebenfalls kein sachlicher Grund für eine Verweigerung der Geschäftsbeziehungen oder für eine Diskriminierung hinsichtlich der Geschäftsbedingungen ist die Treue eines Nachfragers zum Anbieter. So kann die Lieferung von Produkten oder die Ausgestaltung von Konditionen nicht davon abhängig gemacht werden, ob ein Unternehmen einen grösseren oder kleineren Anteil seines Gesamtbedarfs beim Anbieter bezieht⁵⁹. Ein kleines Unternehmen, das 100% seines Bedarfs beim Anbieter bezieht, erhalte dadurch einen grösseren Rabatt als ein Grossabnehmer, der nur 70% des Bedarfs, in absoluten Zahlen jedoch mehr bezieht.

⁵⁰ Zäch (FN 27), 117 ff.; Kontrahierungszwang von Arzneimittelgrosshändlern gegenüber Arzneimittelimporteuren, WuW (Wirtschaft und Wettbewerb) 1995, 740 ff., 746.

⁵¹ Ruffner (FN 18), 834 ff., 835; Zäch (FN 27), 131.

⁵² Der Normalfall, die Freiheit zum Abschluss von Verträgen, findet seine gesetzliche Grundlage in Art. 20 Abs. 1 OR (Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg/Rey Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 1998, N 612 ff.).

⁵³ Zäch Roger, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang – Mittel zum Schutz der Wettbewerber und des Wettbewerbs, SZW 1992, 1 ff., 5.

⁵⁴ Baldi Marino/Borer Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1998, 343 ff., 353; Zäch (FN 26), N 364.

⁵⁵ Von der Crone/Groner (FN 5), 56 Fn. 39.

⁵⁶ Mandel (FN 26), 73. Ob sachliche Gründe für eine Diskriminierung vorliegen, kann auch nach dem «Als ob-Konzept» geprüft werden. Nach diesem Konzept sind diejenigen Verhaltensweisen unzulässig, die dann nicht ausgeübt würden, wenn das Unternehmen nicht marktbeherrschend und wirksamem Wettbewerb ausgesetzt wäre (Meier-Schatz Christian J., Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, Art. 5–8 KG, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zäch (Hrsg.), 21 ff., 55).

⁵⁷ Rappaport Alfred, Creating Shareholder Value: The new Standard für Business Performance, New York 1986, 20.

⁵⁸ Mandel (FN 26), 75.

⁵⁹ So gewährte Hoffmann-La Roche in den siebziger Jahren ihren Kunden Treuerabatte, die davon abhängig waren, wieviel Prozent des gesamten Bedarfs an Vitaminen ein Kunde bei Hoffmann-La Roche bezog (ABl. 1976 L 223/27; vgl. Zäch [FN 27], 133).

Ein solches Rabattsystem hält nämlich die Abnehmer davon ab, bei der Konkurrenz einzukaufen, was den Wettbewerb behindert⁶⁰.

Deutsche und amerikanische Wettbewerbsrichter hatten Diskriminierungen aus den unterschiedlichsten Gründen zu beurteilen. Dabei bildeten sich folgende Kriterien für eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung heraus:

– Ein Produzent macht den Vertrieb seiner Produkte oder die Preisfestsetzung vom Umsatz abhängig, den der Abnehmer in der Vergangenheit mit seinem Produkt erzielt hat (*quantitatives Kriterium*)⁶¹. Diese Selektion birgt zwar die Gefahr der Marktabschottung in sich⁶². Da ein Vertrag mit einem umsatzstarken Abnehmer für den Anbieter vorteilhafter ist als einer mit einem umsatzschwächeren, ist dieses Kriterium allerdings ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung von Abnehmern.

– Ein Produzent baut ein Vertriebssystem auf, das Abnehmer unter qualitativen Gesichtspunkten wie der Art des Geschäfts (Boutique/Supermarkt), der Infrastruktur, der Beratung etc. ausgrenzt (*qualitatives Kriterium*)⁶³. Solche qualitativen Auswahlkriterien spielen vor allem beim Vertrieb von Markenartikeln eine Rolle⁶⁴. So muss sich ein Markenartikelhersteller, der enorme Werbeanstrengungen für sein Produkt unternimmt, nicht gefallen lassen, dass seine Produkte in einer Weise verkauft werden, die dem Ansehen des Produkts aus Sicht des Verbrauchers abträglich wären⁶⁵. Die qualitative Differenzierung steht aber nicht nur Vertreibern von Markenartikeln, sondern allen Lieferanten offen. Voraussetzung der Differenzierung nach qualitativen Kriterien ist allerdings, dass diese sachgerecht sind⁶⁶.

– Einem Abnehmer wird die Lieferung eines gefährlichen Produkts verweigert, weil er die War-

tung oder die richtige Aufklärung des Kunden beim Kauf nicht gewährleistet (*Sicherheitskriterium*)⁶⁷.

– Ein Unternehmen macht den Vertrieb seiner Produkte von seinem Aufwand und von seinen Kosten (Infrastruktur-, Transport-, Bestellkosten) abhängig (*Kostenkriterium*). So ist beispielsweise die Weigerung von Herstellern sanitärer Apparate, Abnehmer zu beliefern, welche ihre Produkte nicht camionweise abnehmen, sachlich gerechtfertigt⁶⁸. Denn die Bereitstellung geringerer Liefermengen lohnt sich für die Hersteller solcher Produkte nicht.

– Ein Unternehmen beliefert mit ihm konzernmässig verbundene Gesellschaften unter Ausschluss der Konkurrenten oder zu günstigeren Bedingungen (*Konzernkriterium*)⁶⁹. Da nach Art. 663e Abs. 1 OR Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammengefasst werden können, muss auch das Ausnutzen der Synergieeffekte der einheitlichen Leitung (auch durch exklusiven Vertragsabschluss) sachlich vertretbar und zulässig sein⁷⁰. Die Bevorzugung von Konzernunternehmen ist aber dann kartellrechtswidrig, wenn eine gezielte Wettbewerbsverdrängung vorliegt oder der wirksame Wettbewerb als solcher massiv gefährdet wird⁷¹. Dies wäre etwa der Fall, wenn der Zugang zu Einrichtungen verweigert würde, die für den Marktzutritt absolut notwendig und nicht reproduzierbar sind («essential facilities»)⁷².

– Ein Unternehmen räumt denjenigen Kunden günstigere Konditionen ein, die eine vom Unternehmen vertriebene Kundenkarte verwenden (*Kundenkartenkriterium*). Die Kundenkarte be-

⁶⁰ Vgl. auch RPW 1997, 506 ff., 513 (Telecom PTT-Fachhändlerverträge).

⁶¹ RPW 1999, 57 ff., 63 (Feldschlösschen-Hürlimann).

⁶² *Schultz*, in: Langen/Bunte (FN 33), N 183 zu § 26 GWB.

⁶³ So die deutsche Rechtsprechung (vgl. *Schultz*, in: Langen/Bunte [FN 33], N 178 und 184 zu § 26 GWB mit zahlreichen Hinweisen).

⁶⁴ *Mandel* (FN 26), 38 ff.

⁶⁵ ZR 98 (1999), Nr. 38, 172.

⁶⁶ Urteil des deutschen BGH vom 30. Juni 1981 i.S. Adidas (WuW/E BGH 1885, 1888).

⁶⁷ *Areeda Phillip/Kaplow Louis*, Antitrust Analysis, 4. Aufl., Boston/Toronto 1988, 709.

⁶⁸ VKKP 1991/92, 65; *Zäch* (FN 27), 138.

⁶⁹ Teilweise anders der Europäische Gerichtshof (EuGH – Commercial Solvents Slg 1974, 223 und *Télémarketing* Slg 1985, 3261).

⁷⁰ *Von Büren Roland*, SPR VIII/6, Handelsrecht, Der Konzern, Basel und Frankfurt a.M. 1997, 364; anders *Dallafor Roberto*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (FN 15), N 103 zu Art. 7 KG.

⁷¹ *Markert Kurt*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Die Aktiengesellschaft (AG) 1991, 288 ff., 291; *Dallafor*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (FN 15), N 101 zu Art. 7 KG.

⁷² Vgl. *Schindler Katharina*, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, Diss. Bern 1998, 181 ff.; RPW 1997, 465 ff. (Schiffahrtsgesellschaft).

zweckt, die Bindung des Kunden an das Unternehmen zu verstärken. Die Bevorzugung der Karteninhaber gegenüber kartenlosen Abnehmern ist aber nur zulässig, wenn alle Abnehmer ohne grossen Aufwand eine Karte erhalten können.

– Ein Unternehmen verweigert einem Konkurrenten ein Produkt oder eine Dienstleistung, das dieser dazu benutzen will, dem Unternehmen Marktanteile streitig zu machen, und das der Abnehmer selber herstellen oder aufbauen kann (*Trittbrettfahrerkriterium*). Aus diesem Grund hielt der Europäische Gerichtshof die Weigerung des grössten österreichischen Presseunternehmens für zulässig, sein System der Hauszustellung von Zeitungen auch einem Konkurrenten zur Verfügung zu stellen⁷³.

3. Diskriminierungsverbot im Filmverleih

Filmverleiher sind – wie oben ausgeführt – am Umsatz des Filmes beteiligt, den der verliehene Film erzielt. Sachliche Kriterien für die Diskriminierung von Kinobetreibern sind deshalb alle Umstände, die einen Einfluss auf die Billetteinnahmen haben. Diese sind – neben der Qualität des Films und der Werbemassnahmen – von der Attraktivität des Kinos abhängig, das ihn vorführt.

Ein sachlicher Grund für die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ist deshalb beispielsweise der Standort des Kinos. Ein gut gelegenes Kino, das wegen seiner Lage höhere Umsätze erzielt, darf vor einem Kino beliefert werden, das nur von wenigen Kinogängern frequentiert wird. Ein abgelegenes Kino hat damit unter dem geltenden Kartellgesetz keinen Anspruch auf Einräumung von Erstaufführungsrechten von Spitzenfilmen. Weitere Kriterien sind die Grösse und die Ausstattung des Kinos oder die bisherige Spielpraxis. Das wichtigste Kriterium für die Selektion eines Kinos ist aber das Einspielergebnis der Vergangenheit unter Berücksichtigung der Laufzeit eines Films. Die vergangenen Umsätze zeigen die Attraktivität des Kinos nämlich am objektivsten. Allerdings kann der vergangene Umsatz nicht ausschliessliches

Kriterium sein, weil sonst Markteinsteigern der Marktzutritt verschlossen würde⁷⁴.

Verleihen umgekehrt mehrere marktbeherrschende Filmverleiher konstant einem Kinobetreiber keine Blockbuster, obwohl dieser bezüglich Attraktivität seines Kinos und der vergangenen Einspielergebnisse mit seinen Mitkonkurrenten (die beliefert werden) mithalten kann, liegt eine nach Art. 7 KG unzulässige Diskriminierung vor. Kein sachlicher Grund für eine Lieferverweigerung wäre aufgrund des existentiellen Bedürfnisses von Kinobetreibern nach Spitzenfilmen die Konzernzugehörigkeit. Eine Produktionsgesellschaft dürfte nicht konstant ihre Spitzenfilme ausschliesslich ihren Kinos zuweisen, da dadurch der Wettbewerb im Kinomarkt über diese Filme beseitigt würde.

Die Diskriminierung wird durch die Pflicht zum Abschluss eines branchenüblichen Vertrages gemäss Art. 13 lit. b KG beseitigt. Der Kontrahierungszwang als Gebot zum Abschluss eines Vertrages ist die logische Konsequenz des Verbots, den Abschluss zu verweigern⁷⁵. Die Kontrahierungspflicht ergibt sich somit unmittelbar aus Art. 7 KG bzw. aus dem Grundsatz der Realerfüllung von (gesetzlichen) Pflichten⁷⁶. Ein Verschulden des Behinderers ist deswegen nicht erforderlich. Zuständig für die Anordnung des Abschlusses eines Vertrages ist nach der systematischen Stellung von Art. 13 KG der Zivilrichter. Daneben ist nach allgemeinen Prinzipien auch die Wettbewerbskom-

⁷³ EuGH, Urteil vom 26. November 1998 (Rs. C-7/97; wiedergegeben und kommentiert in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* [EuZW] 1999, 86 ff.); *Montag/Leibenath* (FN 47), 115 ff.

⁷⁴ Seit Mitte der achtziger Jahre beschwerten sich deutsche Kinobetreiber bei den Kartellbehörden, dass sie bei der Vergabe von Filmkopien ohne sachlichen Grund ungleich behandelt würden. Die Landeskartellbehörden stellten zusammen mit dem Bundeskartellamt fest, dass Kinos, die nach Einspielergebnissen, Standort, Umfeld, Verkehrsanbindung, technischer Ausstattung, Service etc. vergleichbar sind, von den Verleihern bei der Vergabe von Filmkopien gleich zu behandeln sind (vgl. Jahresbericht Bundeskartellamt BKA 1987/88, N 75; Kartellbericht des Bayerischen Wirtschaftsministeriums vom Mai 1993, München 1993, 22; *Kramm Dietrich*, Wettbewerbsliche und kartellrechtliche Probleme bei Kino und Film, Vortragsmanuskript vom 27. Mai 1990, 7). Unter diesen Voraussetzungen besteht ein Mitspielrecht der deutschen Kinobetreiber.

⁷⁵ *Larenz Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil I, 14. Aufl., München 1987, 45.

⁷⁶ *Walter Regula*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (FN 15), N 19 zu Art. 13 KG.

mission berechtigt, den Abschluss eines branchenüblichen Vertrages anzuordnen⁷⁷.

IV. Schlussbemerkung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Bevorzugung einzelner Kinobetreiber ohne sachliche Gründe unzulässig ist. Es besteht ein Mitspielrecht eines Kinobetreibers, falls sein Kino die Voraussetzungen in Bezug auf Grösse, Attraktivität und Einspielergebnisse erfüllt, um einen Spitzentfilm vorführen zu können.

Die kartellrechtliche Kontrahierungspflicht wurde seit Inkrafttreten des geltenden Kartellgesetzes in der Praxis verschiedene Male bejaht⁷⁸. Die Kontrahierungspflicht erwies sich in diesen Fällen als ein geeignetes Mittel, um bei ungerechtfertigten Diskriminierungen den Wettbewerb wiederherzustellen. Die publizierten Entscheide zeigen, dass der Bezug von Produkten oft zeitlich dringlich war. Deshalb wurde den marktbeherrschenden Unternehmen mittels vorsorglicher Massnahmen befohlen, marktkonforme Verträge abzuschliessen.

⁷⁷ Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Die Verfügung kann ein positives oder ein negatives Handeln anordnen, d.h. ein Tun, Dulden oder Unterlassen (*Häfelin Ulrich/Müller Georg*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, N 688). Der Befehl, einen branchenüblichen Vertrag abzuschliessen, beinhaltet ein Tun. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Parteien einen entsprechenden Antrag stellen und der Befehl eine genügende gesetzliche Grundlage hat (*Kölz Alfred/Häner Isabelle*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 102). Der Kontrahierungszwang hat seine gesetzliche Grundlage in Art. 7 KG.

⁷⁸ RPW 1997, 44 ff. (Blue Window); RPW 1997, 626 ff. (Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aarau, Fachmesse); Neue Zürcher Zeitung vom 23. Juni 1999, 23, Vorsorgliche Massnahme gegen Cablecom; RPW 1999, 204 ff. (Teleclub). Im «Reine Gase»-Fall stellte die Wettbewerbskommission fest, dass die Anbieter von reinen Gasen eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG getroffen hätten (RPW 1999, 67, 75). Die Anbieter wurden angewiesen, den betroffenen Kunden die Weiterführung der Verträge zu marktgerechten Konditionen anzubieten. Die Wettbewerbskommission verfügte damit eine Kontrahierungspflicht, ohne sich auf eine Norm wie Art. 7 KG zu stützen.