

ZUR SCHWEIZERISCHEN WETTBEWERBSPOLITIK

Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?

Markus Saurer

DISKUSSIONSPAPIER

Wettbewerb zwingt die Unternehmen dazu, ihre Produkte und Verfahren laufend zu verbessern. Sie haben aber auch immer wieder Anreize, sich diesem Effizienzdruck zu entziehen, beispielsweise über Abreden zwischen Konkurrenten. Der Schutz des Wettbewerbs ist deshalb eine zentrale ordnungspolitische Aufgabe in einer Marktwirtschaft.

Seit 1995 verfügt die Schweiz über ein modernes Kartellgesetz (KG). Es gibt der Wettbewerbskommission die Möglichkeit, gegen Beschränkungen des wirksamen Wettbewerbs vorzugehen. Ein Mangel war indessen, dass Verstösse gegen dieses Gesetz erst im Wiederholungsfall sanktionierbar waren. Dieser Mangel wurde mit der Revision des KG im Jahr 2003 beseitigt. Gleichzeitig wurden aber Neuerungen eingeführt, die Spielräume für Fehlinterventionen eröffnen. Es besteht die Gefahr, dass der 1995 eingeleitete Paradigmenwechsel – weg vom Schutz der Wettbewerber, hin zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs und der gesamtwirtschaftlichen Effizienz – wieder rückgängig gemacht wird.

Vorwort

Wettbewerb ist kein Selbstzweck. Doch Wettbewerb ist ein wirksames Mittel zum Zweck, der Steigerung der Wohlfahrt. Gesellschaften, welche die Produktivität des Marktes verstanden haben, sind wohlhabend geworden.

Märkte funktionieren umso besser, je stärker der Wettbewerb spielt. So können das dezentral vorliegende, über alle Unternehmen, Arbeitnehmer und Konsumenten verstreute Wissen optimal genutzt und Angebot und Nachfrage über den Preismechanismus aufeinander abgestimmt werden. Bereits 1776 hat Adam Smith in diesem Zusammenhang die Metapher der «unsichtbaren Hand» geprägt.

Gleichwohl ist Wettbewerb keine Selbstverständlichkeit. Selbst in einer marktwirtschaftlichen Ordnung, zu welcher sich die Schweiz in der Verfassung bekennt, muss immer wieder um dieses Prinzip gerungen werden. Es scheint eine geradezu natürliche Tendenz zu sein, dem direkten Wettbewerb auszuweichen. Von Adam Smith stammt der Ausspruch: «Geschäftsleute des gleichen Gewerbes kommen selten, selbst zu Festen und zur Zerstreung, zusammen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan ausgeheckt wird, wie man die Preise erhöhen kann». Massnahmen, die auf eine Stärkung der Wettbewerbskräfte abzielen, rufen unweigerlich Abwehrreflexe hervor. Dies gilt nicht nur bei Marktöffnungen gegenüber anderen Ländern; schliesslich ist fehlender Wettbewerb – zumindest in der kurzen Frist – ein bequemes Ruhekitzen.

In aller Regel werden Wettbewerbsbeschränkungen nicht toleriert, die von privaten Unternehmen ausgehen. Dies ist zweifellos richtig so. Doch gilt es gerade hier, Augenmass zu bewahren. Denn die Effizienz der Märkte kann durch unsachgemässen staatlichen Interventionismus ebenso beeinträchtigt werden wie durch private Wettbewerbsbeschränkungen. Aus ordnungspolitischer Sicht ist zentral, den Wettbewerb als

Institution zu schützen und nicht einzelne Wettbewerber. Betriebliches Scheitern ist letztlich genauso Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbs wie betrieblicher Erfolg. In den Worten von Friedrich August von Hayek ist Wettbewerb «ein Entdeckungsverfahren, in dem Kundschafter auf der ständigen Suche nach unausgenützten Gelegenheiten sind». Dies setzt eine möglichst freie wirtschaftliche Betätigung voraus; unternehmerische Entscheide müssen – solange sie den Wettbewerb nicht beeinträchtigen – den Unternehmen selbst belassen bleiben.

In dieser Hinsicht markiert das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen von 1995 (KG 95) einen Meilenstein. Es bezweckt, «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern». Die Wettbewerbsbehörden sollen sich allein auf die Sicherung des wirksamen Wettbewerbs beschränken. Damit wurde ein eigentlicher Paradigmenwechsel vollzogen, mussten doch in der früheren Gesetzgebung auch anderweitige öffentliche Interessen in die Erwägungen einbezogen werden («Saldomethode»).

Das KG 95 war ein modernes, ökonomisch fundiertes Kartellgesetz. Als Mangel stellte sich allerdings die fehlende direkte Sanktionierbarkeit von Kartellsündern heraus. Gebüsst werden konnten nämlich nur Wiederholungstäter. Dieser Mangel sollte durch die Revision des KG im Jahr 2003 behoben werden. Im Zuge der hitzig geführten Diskussion um die «Hochpreisinsel Schweiz» wurden aber gleichzeitig weitere Neuerungen eingeführt, die erhebliches Potenzial für staatliche Fehlinterventionen bergen. Dazu zählen die geänderte Definition von Marktbeherrschung sowie eine strengere Behandlung von Vertikalabreden. Mit diesen Neuerungen droht jedoch ein Rückfall in die Paradigmen der Zeit vor dem KG 95.

Die erweiterte Definition der Marktbeherrschung könnte von der Wettbewerbskommission (Weko) dahingehend interpretiert werden, dass Unternehmen allein deshalb als marktbeherrschend qualifiziert und damit reguliert werden, wenn andere – zumeist kleinere – Unternehmen von ihnen wirtschaftlich abhängig sind. Dies eröffnet Spielräume für Eingriffe zu Gunsten von einzelnen Wettbewerbern, die dem Zweck des Schutzes des Wettbewerbs zuwiderlaufen. Das gleiche gilt für die neuen Regeln im Bereich vertikaler Abreden. Darauf gestützt könnte die Weko als rechtsanwendende Behörde auf einzelne Wertschöpfungsketten zu Gunsten der einen und zu Lasten der anderen Partner intervenieren, ohne dabei Rücksicht auf den Wettbewerb im Gesamtmarkt – nämlich auf den Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten – nehmen zu müssen.

Anstelle des Schutzes des Wettbewerbs kann daraus leicht ein Schutz der Wettbewerber treten. Wird also die ursprüngliche Absicht des KG 95 mit der Revision von 03 unterlaufen? Verkommt das KG zu einem «Mittelstandsschutz»? Wird im Kampf gegen die «Hochpreisinsel» über das Ziel hinaus geschossen?

Diesen Fragen widmet sich dieses Diskussionspapier. Es basiert einerseits auf einer ökonomischen Beurteilung der gesetzlichen Grundlagen und andererseits auf einer Analyse des Vollzugs anhand von ausgewählten Fallbeispielen. Allfällige Kritik richtet sich in erster Linie gegen die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlagen, und erst in zweiter Linie gegen die Rechtsanwendung durch die Weko.

Die Absicht ist es, die möglichen Konsequenzen der im Zuge der 2003 erfolgten Revision des Kartellgesetzes eingeführten Regelungen aufzuzeigen und darüber eine Diskussion auszulösen. Das Diskussionspapier möchte gleichzeitig einen Beitrag zur wettbewerbspolitischen Konsistenz leisten. Denn nur eine in sich schlüssige Politik trägt dazu bei, dass der Wettbewerb

auch weiterhin seine Rolle als Motor der Marktwirtschaft spielen kann.

Mit Markus Saurer konnte Avenir Suisse einen ausgewiesenen Kenner der Materie gewinnen. Er ist selbstständiger industrieökonomischer Berater und war von 1997 bis 2000 Vizedirektor im Sekretariat der Wettbewerbskommission und dort zuständig für den Dienst «Produktmärkte». In dieser Eigenschaft war er an zwei der analysierten Fallbeispiele («Volkswagen» und «Citroën») beteiligt.

Alex Beck und Boris Zürcher
Avenir Suisse

01 Einleitung

Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG 95) markiert einen Paradigmenwechsel in der Wettbewerbspolitik: War in der früheren Gesetzgebung bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne einer «Saldomethode» neben dem Wettbewerb verschiedensten öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen, so sollte sich die Wettbewerbskommission (Weko) fortan strikt auf die Sicherstellung des wirksamen Wettbewerbs beschränken. Damit verbunden war die Abkehr vom Schutz der persönlichen Wirtschaftsfreiheit hin zum Schutz des Wettbewerbs als Institution. Der Zweckartikel (Art. 1 KG) lautet wie folgt:

«Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.»

Diesem Zweck angepasst, fordert die bundesrätliche Botschaft die Umsetzung der jeweils besten verfügbaren wettbewerbstheoretischen Erkenntnisse im Vollzug (Botschaft 1994, Ziff. 143). Mit dem KG 95 hat die Schweiz also einen modernen, ökonomisch fundierten Ansatz gewählt – doch fragt sich, ob dieser in der Praxis auch umgesetzt wird. Dies wurde erstmals durch von Weizsäcker (2000) und Hangartner (2000) im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements geprüft. Die Experten stellten der Weko in materiell-ökonomischer Hinsicht ein gutes, in formal-juristischer Hinsicht jedoch ein schlechtes Zeugnis aus.¹ Unabhängig von der materiellen und formellen Qualität des Vollzugs konnten aber Gesetzesverstöße erst im Wiederholungsfall gebüsst werden. Dieser von Spezialisten schon länger kritisierte Umstand wurde besonders nach der Aufdeckung des weltweiten Vitaminkartells durch amerikanische Behörden im Jahr 1999 auch in Politik und Öffentlichkeit als Mangel empfunden. Es erfolgte im Jahr 2003 eine Gesetzesrevision, in der eine strengere Bussenregelung sowie sehr umstrittene

Ergänzungen und Neuerungen beim Begriff der Marktbeherrschung und im Bereich der vertikalen Abreden eingeführt wurden.

Die Weko versucht seither, die Marktbeherrschung so zu interpretieren, dass bereits eine «marktstrukturelle» Abhängigkeit zwischen einzelnen Unternehmen ein hinreichender Grund für eine kartellgesetzrelevante Machtposition sein kann. Unternehmen könnten als marktbeherrschend qualifiziert werden, nur weil andere Firmen von ihnen wirtschaftlich abhängig sind. Diese Interpretation lässt die Wettbewerbsverhältnisse in den betroffenen Beschaffungs- und Absatzmärkten unbeachtet und kann so zum Schutz schwacher, ineffizienter Unternehmen führen, dem wirksamen Wettbewerb aber zuwiderlaufen. Auch die neuen Regeln für vertikale Abreden drohen in vielen Fällen nur dem Kräfteausgleich zwischen schwächeren und stärkeren Unternehmen anstatt dem Wettbewerb und der Effizienz zu dienen.

Vollzieht die Weko den Paradigmenwechsel des KG 95 in der Praxis nicht oder missachtet sie ihren Auftrag zum ökonomisch fundierten Vollzug? In letzter Zeit wurden jedenfalls immer mehr Verfügungen der Weko von den Rekursinstanzen wegen mangelhafter ökonomischer Begründung aufgehoben. Der Bundesrat hat im Frühsommer 2007 eine Evaluation in die Wege geleitet, mit der vor allem die Wirkungen der im Jahr 2003 revidierten Bestandteile des Gesetzes beurteilt werden sollen. Die vorliegende Analyse konzentriert sich auf die Grundsatzfrage, ob in KG und Vollzug der Schutz schwacher Marktteilnehmer wieder in den Vordergrund gerückt sein könnte. Diese Frage ist eng mit derjenigen nach der ökonomischen Fundierung verflochten und kann etwa in folgende Teilfragen zerlegt werden:

- Sind KG und Vollzug ökonomisch fundiert?
- Wird im konkreten Fall effektiv der wirksame Wettbewerb gefördert?

- Dient insbesondere eine Massnahme zum Schutz schwacher Wettbewerber auch dem Schutz oder der Förderung des Wettbewerbs, oder erfolgt Individualschutz zu Lasten von Wettbewerb und Effizienz?
- Welche Gründe führen gegebenenfalls dazu, dass KG und Vollzug ökonomische Mängel aufweisen beziehungsweise dass Individualschutz zu Lasten von Wettbewerb und Effizienz betrieben wird?

Definitive Antworten müssten mit Daten und ökonomisch-wissenschaftlichen Begründungen belegt werden. Dies kann die vorliegende Arbeit aber nicht abschliessend leisten. Ihr Ziel beschränkt sich darauf, hypothetische – jedoch plausible – Antworten zu finden. Sie stammen, wenn immer möglich, aus vorhandenen Studien und Dokumenten, da der Autor selber als ehemaliger Vizedirektor im Sekretariat der Wettbewerbskommission dem Vorwurf der Befangenheit ausgesetzt werden könnte. Insbesondere die Fallbeispiele stellen vor allem auf Aussagen von Rekursbehörden ab. Die vorliegende Arbeit soll mithelfen, die Diskussion der schweizerischen Wettbewerbspolitik, wie sie zurzeit nur von Experten geführt wird, in eine breitere Öffentlichkeit zu tragen.

In Kapitel 2 werden zunächst einige theoretische und methodische Hinweise gegeben. Anschliessend werden wichtige gesetzliche Grundlagen (3.1) und Bekanntmachungen (3.2) kurz dargelegt und auf ihren aktuellen Stand und auf Änderungen in den letzten Jahren im Hinblick auf ihr Potenzial betreffend Paradigmenwechsel und ökonomische Fundierung geprüft. Schliesslich folgt ein Analyseteil, in welchem der Vollzug generell (3.3), die Behördenorganisation (3.4) und einige Fallbeispiele (3.5) kommentiert werden. Abschnitt 4 fasst zusammen und zieht Folgerungen.

02 Methodische und theoretische Hinweise

Von Weizsäcker hat sämtliche Untersuchungen, Empfehlungen und Stellungnahmen der Weko auf Basis des KG 95 bis zum Jahr 2000 durchgesehen und wichtige Entscheide analysiert. Er geht davon aus, dass kartellgesetzliche Verfahren ökonomisch fundiert sein müssen. Um zu prüfen, «ob die ökonomische und empirische Analyse der kartellrechtlichen Untersuchungen internationalen Standards (best practice) entspricht», richtet er sein Augenmerk auf die Qualität der Prüfung wettbewerbsrelevanter Fragen sowie auf die Definition, Abgrenzung und Handhabung wichtiger Begriffe wie «relevanter Markt», «Marktbeherrschung» oder «potenzielle Konkurrenz» (von Weizsäcker 2000, 510). Dieses Gutachten ist in zeitlicher, sachlicher und methodischer Hinsicht ein geeigneter Ausgangspunkt, um nach Praxisänderungen ab dem Jahr 2000 zu suchen.

Ökonomisch fundierter Ansatz – Bühler (2007) zeigt, dass der KG-Zweckartikel mit ökonomischen Begriffen «vollgespickt» ist. Deshalb müssten ökonomische Erkenntnisse in Regeln und Vollzug einfließen, damit der Zweck erreicht werden könne. Tatsächlich spielt in einem ökonomisch fundierten Ansatz des Wettbewerbsrechts der Effizienz Gesichtspunkt eine zentrale Rolle (vgl. Schmidtchen 2006). Einige Autoren schlagen deshalb vor, statt des wirksamen Wettbewerbs direkt die Effizienz als wettbewerbspolitisches Leitbild zu setzen. Zumindest soll man die «Effizienzverteidigung» der Unternehmen vermehrt zulassen oder die Behörden sollen Effizienzüberlegungen von sich aus mehr Raum geben (Schmidtchen 2005, 3, Fussnote 2). Diese Vorschläge können hier nicht weiter erörtert werden. Es liegt aber auf der Hand, dass der Effizienz Gesichtspunkt nur adäquat berücksichtigt werden kann, wenn ein fraglicher Tatbestand nicht per se verboten ist, sondern vielmehr im konkreten Fall auf seine tatsächlichen Implikationen im relevanten Markt zu prüfen ist. Solchen Prüfungen kann in einer Missbrauchsgesetzgebung genügend Raum gegeben werden. Da das KG 95 durchwegs als Missbrauchskontrolle angelegt war, konnte die «Effizienzverteidigung» bei praktisch

allen Tatbeständen geltend gemacht werden, was von Weizsäcker zu folgender Bemerkung veranlasst hat:

«Das hier anzuwendende schweizerische Gesetz stellt, stärker als die Wettbewerbsgesetze anderer Gebiete (...) den Effizienz Gesichtspunkt in den Vordergrund» (von Weizsäcker 2000, 521).

Inzwischen haben aber die EU, die USA und weitere wettbewerbspolitisch fortschrittliche Jurisdiktionen den ökonomisch fundierten Ansatz gefördert (vgl. Box I), während er heute in der Schweiz eher behindert wird. Wie noch zu zeigen sein wird, ist hierzulande eine Tendenz in Richtung Verbote und Gebote festzustellen.

Per-se-Regeln und Regulierungsfehler – Per-se-Regeln haben gegenüber der Einzelfallbeurteilung den Vorteil der Einfachheit und der Rechtssicherheit. Dieser wird jedoch durch den Nachteil kompensiert, dass solche Regeln der technisch-ökonomischen Entwicklung der Märkte sowie dem wissenschaftlichen Fortschritt der Ökonomie notorisch hinterher hinken. So laufen viele Per-se-Regeln in der wirtschaftlichen Realität den Zielen der Wettbewerbspolitik zuwider. Beispielsweise ist heute in der Ökonomie kaum mehr umstritten, dass generelle Verbote bestimmter vertikaler Abreden oder Preis- und Leistungsdifferenzierungsverbote dem Wettbewerb sehr oft schaden, indem sie auch effiziente, prokompetitive Verhaltensweisen untersagen. Somit erfolgen Interventionen, die aufgrund der konkreten Umstände und des Zwecks der Regulierung nicht angezeigt wären. In der Regulierungstheorie spricht man von Regulierungsfehlern 1. Ordnung. Unterbleibt dagegen eine nötige Intervention, dann handelt es sich um einen Fehler 2. Ordnung.

Box I: Entwicklungstendenzen EU und USA

Die europäische Fusionskontrolle befindet sich auf Reformkurs; es soll vermehrt Rückgriff genommen werden auf ökonomische Modelle und quantitative Methoden bei der Formulierung von Gesetzen und Kriterien sowie im Vollzug (Budzinski 2006). Die Reform wird auf weitere Bereiche ausgedehnt und ist auch für die Mitgliedsstaaten wegweisend (Christiansen 2006). In Richtung eines ökonomisch fundierten Vollzugs hat sich auch das Gericht Erster Instanz in der Rechtssache T-168/01 «GlaxoSmithKline» bewegt: Im Urteil vom 27. September 2006 werden internationale Preisdifferenzierungen (selektive Vertriebssysteme) bei Medikamenten aus Effizienzgründen zugelassen.

In den USA wurde am 7. März 2007 ein Kommissionsbericht mit Vorschlägen in Richtung des «more economic approach» publiziert (Antitrust Modernization Commission 2007). Dieser schlägt vor, den Anti Price Discrimination Act («Robinson-Patman») aus dem Jahre 1936 aufzuheben. Die einschneidendste Änderung ist jedoch im «Leegin-Urteil» des Supreme Court vom 28. Juni 2007² erfolgt: Vertikale Abreden über Mindestpreise («minimum resale price maintenance RPM») sollen in den USA nicht mehr per se verboten werden, sondern sind wie andere vertikale Abreden im Einzelfall zu prüfen: «(...) the Leegin decision acknowledges what economists have been saying for decades – that RPM, like other vertical restraints, can have both procompetitive and anticompetitive consequences and thus would seem not to be the sort of practice suitable for per se illegal status» (NERA Economic Consulting 2007, 1).

Box II: Beispiele normativer und positiver Analyse

Normativ zeigt Baumol (2006), dass Preisdifferenzierungen meistens nicht Ausdruck von Marktmachtmissbrauch, sondern im Gegenteil eine Effizienzerfordernis im Wettbewerb sind. Die Wettbewerbsbehörden schreiten viel zu oft gegen Preisdifferenzierungen ein (Fehler 1. Ordnung).

McChesney et al. (1995) weisen mit retrospektiven Fallanalysen aus 100 Jahren US-Wettbewerbspolitik nach, dass unabhängig von der regierenden Partei in über 50 Prozent der Verfahren ökonomisch falsch entschieden wurde. Allerdings begehen demokratisch dominierte Administrationen gemäss den Autoren mehr Fehler 1. Ordnung und republikanisch dominierte mehr Fehler 2. Ordnung. Wettbewerbsgesetze und ihr Vollzug sind offenbar wirtschaftspolitische Regulierungen, die ähnlichen politisch-ökonomischen «Gesetzmässigkeiten» unterliegen wie andere Regulierungen. Demokraten haben mehr, Republikaner weniger Interventionsanreize.

Ökonomische und politisch-ökonomische Analyse –
Methodisch sollte unterschieden werden in

- materiell-ökonomische Richtigkeit von Gesetz und Vollzug (zur Vermeidung von gesetzlich bedingten oder vollzugsbedingten Regulierungsfehlern)

und in

- politisch-ökonomische Fragen zum Verhalten von Politik oder Vollzugsbehörden.

Zum einen geht es also um die normative Frage nach der Richtigkeit und der Konsistenz von Gesetz und Vollzug (SOLL in Bezug auf den Zweck des Gesetzes), zum andern um die positive Frage nach den politisch-ökonomischen Gründen für Fehler und Inkonsistenzen (IST).³ Wettbewerbsregulierungen sind wie alle anderen Regulierungen Gegenstand eines «Regulatory Game» (vgl. Box II). Die Akteure führen den Wettbewerb nicht nur mit Preisen, Leistungen, Produkt- und Prozessinnovationen, sondern versuchen auch, Gesetze und Vollzug zu beeinflussen (Lobbying). Davon profitieren in der Regel kleine homogene Gruppen von Unternehmen, Beratern und Anwälten sowie wohl nicht zuletzt die Wettbewerbsbehörden, während inhomogene Gruppen wie Konsumenten und Steuerzahler die Kosten zu tragen haben. Für die Gewährleistung von Wettbewerb und Effizienz ist es zum Beispiel sehr oft falsch, einzelne Wettbewerber zu schützen. Wenn dies trotzdem geschieht, wäre es interessant, nach den politisch-ökonomischen Gründen hierfür zu suchen. Diese Problematik kann in der vorliegenden Studie nur am Rande gestreift werden.

03 Analyse

3.1 Gesetzliche Grundlagen

Die Gesetze werden soweit für die Fragestellung nötig kommentiert (für eine umfassende Darstellung vgl. Hoffet 2006 und die dort angeführte Literatur).

Kartellgesetz 1995 – Schlupe, der die Entwicklung des schweizerischen Wettbewerbsrechts bis zum KG 95 analysiert und diskutiert hat, kommt unter anderem zu folgenden Feststellungen (Schlupe 1996, 807 ff.):

- Das KG 95 schützt den Wettbewerb nicht mehr indirekt unter dem Titel des Persönlichkeitsschutzes und der gesamtgesellschaftlichen Saldierung, sondern direkt und unmittelbar.
- Die Wettbewerbsbehörden haben sich neu ausschliesslich mit dem Wettbewerb und seinen Beschränkungen zu befassen. «Die im amerikanischen Antitrustrecht geläufigen Gegenüberstellungen der ‹pernicious› und ‹beneficial› Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen sind (...) künftig ausschliesslich auf der Wettbewerbsebene zu treffen. Dies setzt neben juristischem vor allem auch ökonomischen Sachverstand voraus» (Schlupe denkt an «Effizienzverteidigung»).
- Persönlichkeitsschutz und Diagnose volkswirtschaftlicher Unschädlichkeit werden nunmehr zu Reflexwirkungen der Aufrechterhaltung wirksamen Wettbewerbs.

Schlupe bezeichnete diese einschneidenden Änderungen zum KG 95 als Paradigmenwechsel. Im Kern geht es

- um volkswirtschaftliche – nicht um individuelle – Nachteile;

– um den Schutz der Institution Wettbewerb – nicht um Individualschutz (es sei denn als Reflex zum Schutz des Wettbewerbs);

– um die Abwägung schädlicher und nützlicher Wettbewerbswirkungen – nicht um andere öffentliche Interessen;

und (als Konsequenz)

- um ökonomischen Sachverstand im Vollzug.

Ökonomischer Sachverstand ist Voraussetzung für einen zweckkonformen Vollzug des KG. Im Zentrum steht der Wettbewerb, der in der Realität kaum je perfekt, jedoch im Hinblick auf die statische und dynamische Effizienz von Märkten meistens auch in unvollkommener Form wirksam ist. Da sich Wettbewerb und Wettbewerbsbehinderungen im Zuge des technischen und ökonomischen Fortschritts laufend verändern, hat sich der Gesetzgeber auf keine wettbewerbstheoretische «Schule» festgelegt und will auf wettbewerbspolitisches «fine tuning» verzichten (Hoffet 2006, 194 mit Verweis auf Botschaft 1994, 511).

Kartellgesetz 2003 – Der Bundesrat legte einen Revisionsentwurf vor, der neben strengeren Sanktionen die Reduktion der Weko auf sieben unabhängige Mitglieder sowie Änderungen der Meldepflicht bei Zusammenschlüssen von Medienunternehmen vorsah (Botschaft 2001). Im politischen Prozess wurde dieser Vorschlag massiv verändert (Hoffet 2006, 200 ff., Beck/Risch 2002a und 2004). In Box III finden sich die für die vorliegende Fragestellung wichtigen Inhalte der Revision, wie sie am 20. Juni 2003 vom Parlament verabschiedet wurden.

Für die Fragestellung «Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?» sind natürlich die Ergänzung bei der Marktbeherrschung und die Einführung vertikaler Vermutungstatbestände entscheidend. Ihr Potenzial

Box III: Wichtige Änderungen vom KG 95 zum KG 03 (Revision 2003)

Art. 4 Abs. 2 KG (Einfügung)

Ergänzung der Begriffsbestimmung für marktbeherrschende Unternehmen

Der Wortlaut sah vor, dass als marktbeherrschende Unternehmen solche gelten, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern † in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

Bei † wurde in Klammern «Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern» eingefügt.

Art. 5 Abs. 4 KG (neu)

Vertikale Vermutungstatbestände

Vertikale Abreden über Mindest- und Festpreise sowie vertikale Abreden über die Zuweisung von Vertriebsgebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Passivverkaufsverbote), beseitigen vermutungsweise den Wettbewerb und sind unzulässig.

Art. 6 Abs. 1 lit. e (neu)

KMU-Bekanntmachung

Es wird in Aussicht gestellt, Abreden in der Regel als gerechtfertigt zu betrachten, welche die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) bezwecken, sofern sie nur eine beschränkte Marktwirkung aufweisen.

Art. 49 a (neu)

Sanktionen, Bonusregelung, Meldemöglichkeiten

Horizontale Preis-, Mengen und Gebietsabreden (Art. 5 Abs. 3 KG), vertikale Abreden über Mindest- oder Festpreise und Passivverkaufsverbote (Art. 5 Abs. 4 KG neu) und Marktmachtmissbräuche (Art. 7 KG) können direkt gebüsst werden. (Im KG 95 wäre dies nur im Wiederholungsfall möglich gewesen).

Die Busse kann bis zu 10 Prozent des Umsatzes der letzten drei Geschäftsjahre betragen, den die fehlbaren Unternehmen in der Schweiz erwirtschaftet haben.

Unternehmen, die bei der Aufdeckung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, können ganz oder teilweise von der Busse befreit werden (Bonus- bzw. Kronzeugenregelung).

zum Schutz von Wettbewerbern ergibt sich besonders daraus, dass sie in der Regel die Beziehungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen betreffen (also in erster Linie vertikale wirtschaftliche Abhängigkeiten oder vertikale vertragliche Bindungen). Dies wird weiter unten eingehend dargelegt. Zur KMU-Bekanntmachung und zu den Sanktionen genügen dagegen die folgenden Hinweise:

Gemäss Art. 6 KG können in Verordnungen oder Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten. Ein «KMU-Zusatz» (Art. 6 Abs. 1 lit. e) ist überflüssig, weil die Weko auch ohne diesen eine entsprechende Bekanntmachung herausgeben kann. Und der Zusatz ist inhaltsleer, weil nur wiederholt wird, was ohnehin dem materiellen Gehalt des KG entspricht (an sich heisst es, KMU dürfen zulässige Abreden treffen – eine Selbstverständlichkeit.) Wahrscheinlich wurde den KMU verbindlich eine Bekanntmachung in Aussicht gestellt, um sie im politischen Prozess für die KG-Revision zu gewinnen, der sie in Bezug auf die Sanktionen skeptisch gegenüberstanden. Aus dem «KMU-Zusatz» allein ergibt sich weder ein Potenzial zum Individualschutz noch ein reduzierter Gesetzesspielraum für den ökonomisch fundierten Ansatz. Sollte er aber in der Praxis zu einer milderer Beurteilung von KMU als von grösseren Unternehmen führen, dann müsste die Beurteilung anders ausfallen.

Die Einführung direkter Sanktionen ist sicher ein Paradigmenwechsel im Verfahren, impliziert aber für sich keinen verstärkten Individualschutz. Soweit sie aber die Durchschlagskraft materiell-rechtlicher Änderungen verstärken, die in Individualschutz münden, werden die Sanktionen diesen verstärken. Dies gilt insbesondere für die neu eingeführten Vermutungstatbestände bei – sanktionierbaren – vertikalen Abreden. Für die ökonomische Analyse im Vollzug könnten die Sanktionen eine positive Rolle spielen. Die Gefahr von

Bussen wird beklagte Unternehmen zu grösseren Anstrengungen in ihrer «Verteidigung» anspornen, was an die ökonomische Beweisführung der Wettbewerbsbehörden steigende Anforderungen stellen wird.

Ergänzung der Begriffsbestimmung für marktbeherrschende Unternehmen – Der bundesrätliche Revisionsentwurf sah vor, den Begriff «Marktteilnehmer» mit den Begriffen «Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager» zu präzisieren (vgl. Box III). Gemäss Botschaft wurde mit diesem an sich tautologischen Einschub das Anliegen aufgenommen, «(...) auf Gesetzesstufe besser zu berücksichtigen, dass KMU zum Teil von grösseren Unternehmen (...) abhängig sind. (...) Mit der Änderung (...) wird klargestellt, dass bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung (...) nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen ist (...) Marktbeherrschung kann insbesondere (...) vorliegen, (...) bei einem Unternehmen, von welchen andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind» (Botschaft 2001, 2045).

Mit dieser Interpretation könnte die Weko ein Unternehmen einzig aufgrund marktstruktureller (insbesondere vertikaler) Abhängigkeiten – völlig unabhängig von seiner Stellung auf dem relevanten Markt – als beherrschend einstufen. Der Nationalrat wollte diese Interpretation auf Druck von KMU-Vertretern im Gesetz verankern, allerdings setzte sich der Ständerat gegen dieses Ansinnen durch. Da der Vorschlag des Nationalrats diskutiert und verworfen wurde, entspricht es kaum dem Willen des Gesetzgebers, bei der Definition von Marktbeherrschung einzig auf marktstrukturelle Abhängigkeiten abzustellen. Trotzdem wird unter Juristen über diese Frage gestritten (Amstutz/Reinert 2005a, Hoffet 2006, Zäch 2004). Die Weko neigt nach wie vor zur Interpretation der Botschaft. Folgte der Vollzug dieser Interpretation, dann würde die Schwelle der Marktbeherrschung herabgesetzt. Grosse – wie auch erfolgreiche mittlere und kleinere – Unternehmen knüpfen heute oft regelrechte Netzwerke von strukturellen Abhängigkeiten und könnten

Box IV: Vertikale Abreden

Der Wertschöpfungsprozess durchläuft in der arbeitsteiligen Wirtschaft ab der Gewinnung von Rohstoffen über die Fertigung von Vorleistungen bis hin zum Gebrauch oder Verbrauch des Endprodukts durch den Kunden mehrere vertikale Stufen (vgl. Abbildung 1). Entlang dieser «Wertschöpfungskette» können Unternehmen auf mehreren oder auch nur auf einer dieser Stufen tätig sein, sie sind mehr oder weniger vertikal integriert. Soweit ein Unternehmen vertikal integriert ist, kann es den Wertschöpfungsprozess vollumfänglich selber koordinieren. Vor der ersten und nach der letzten Stufe, die ein Unternehmen umfasst, muss es hingegen die Zusammenarbeit mit Unternehmen vor- und nachgelagerter Stufen auf dem Markt koordinieren. Diese Koordination kann mit hohen Transaktionskosten und grossen Risiken verbunden sein. So liegt es oft im gegenseitigen Interesse der Beteiligten, langfristige Verträge abzuschliessen. Vertikale Abreden sind solche Verträge zur Koordination benachbarter Stufen der Wertschöpfung.

Gegenstände vertikaler Abreden können verschiedenste Parameter des Wertschöpfungsprozesses sein, etwa Ziele und Arbeitsteilung für Forschung und Entwicklung, Investitionen in spezifische Anlagen, Know-how und Markenimage, Produktgestalt, Liefer- und Abnahmekonditionen (Gebiete, Kunden, Mengen, Preise, Rabatte), Wiederverkauf (Preisbindung der zweiten Hand, Mengen-, Kunden- und Gebietsbeschränkungen).

Oft erfordert die Koordination einer Wertschöpfungskette (Marke) einen Mix von Abreden, in welchem gewisse Abreden durch andere substituiert werden können (vgl. Rey/Caballero-Sanz 1996). Ist Preisbindung der zweiten Hand verboten, dann kann die erwünschte Wirkung eventuell auch mit vertikalen Mengen- und Rabattvorgaben erreicht werden (sofern diese nicht auch per se verboten sind), allerdings führt dies zu höheren Koordinationskosten.

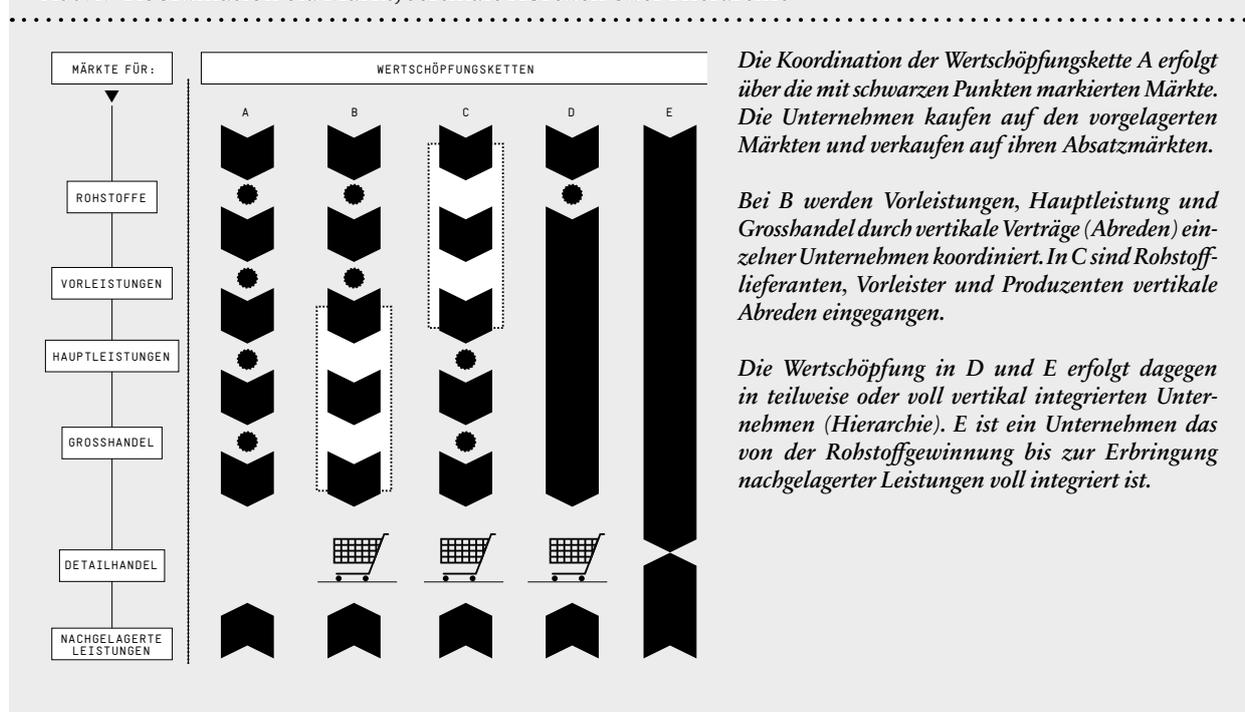
Welches auch immer die spezifischen Ziele vertikaler Abreden sind, stets geht es grundsätzlich darum, die Wertschöpfungskette zu koordinieren, im Markt erfolgreicher zu positionieren und für die Beteiligten rentabler zu gestalten. Bei den Endprodukten können vertikale Abreden den Wettbewerb je nach den konkreten Umständen sowohl fördern als auch einschränken (ambivalente Wirkung). Deshalb sprechen sich die Ökonomen hier für die sorgfältige Einzelfallanalyse vertikaler Abreden aus.

leicht in aufwendige Kartellverfahren mit unbestimmtem Ausgang und drohenden Bussen verwickelt werden. Im Sinn des «Regulatory Game» stecken in den Klagen an die Weko in der Regel Eigeninteressen der Kläger. Anbietern (Lieferanten), Mitbewerbern (Konkurrenten) und Abnehmern (Kunden) eines Unternehmens geht es nicht um den Schutz des Wettbewerbs, sondern um die Verbesserung ihrer Position (von Weizsäcker 2002, Amstutz/Reinert 2005b, Beck/Risch 2004). Reguliert die Weko Unternehmen, obwohl sie im relevanten Gesamtmarkt in wirksamem Wettbewerb stehen, dann bietet sie Hand zum Missbrauch des Kartellgesetzes zur Durchsetzung wettbewerbschädlicher Partikularinteressen. Von Weizsäcker warnt, dass sich dabei meistens Partikularinteressen durchsetzen, die

den Status quo konservieren wollen. Amstutz/Reinert befürchten einen «Wettbewerb der Schlafmützen».

Vertikale Vermutungstatbestände – Vertikale Abreden (vgl. Box IV) waren lange in vielen Ländern verboten oder stark reguliert. Bereits im Jahr 1978 zeigte Bork, dass diese Politik ökonomisch nicht haltbar ist, da sie dem Regulierungsziel Schutz des Wettbewerbs in vielen Fällen zuwiderläuft. 15 Jahre später nahm er zur Kenntnis, dass in den USA viele Verbote durch Einzelfallprüfungen ersetzt worden waren (Bork 1993), nicht aber bei vertikalen Mindestpreisabreden, deren per se Verbot erst am 28. Juni 2007 aufgehoben wurde («Leegin-Urteil»). Industrieökonomische Erkenntnisse setzen sich bei starren Regeln nur langsam durch;

Abb. 1: Koordination via Markt, vertikale Abreden oder Hierarchie



trotzdem dürften die fortschrittlichsten Jurisdiktionen der Entwicklung der USA folgen.

Das KG 95 hatte den ökonomischen Vorteil, dass die vertikalen Abreden stets der Erheblichkeitsprüfung und – sofern erheblich – der Effizienzverteidigung unterlagen:

- Gemäss Art. 5 Abs. 1 ist bei Abreden zu unterscheiden zwischen solchen, die den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, und solchen, die ihn beseitigen.
- Gemäss Art. 5 Abs. 2 können Abreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden (Effizienzverteidigung).
- Art. 5 Abs. 3 nennt dagegen Beispiele von Abreden, die den Wettbewerb vermutlich beseitigen (Vermutungstatbestände). Es handelt sich hierbei nur um

die horizontalen Preis, Mengen- und Gebietsabreden. Vertikale Vermutungstatbestände waren im KG 95 nicht vorgesehen.

Der Bundesrat wollte in der Revision bei den vertikalen Abreden keine Änderungen vornehmen (Botschaft 2001). Dennoch votierte am 20. Juni 2003 eine Mehrheit des Parlaments für einen neuen Art. 5 Abs. 4 KG, gemäss welchem Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie über Passivverkaufsverbote den Wettbewerb vermutlich beseitigen. Sofern diese Vermutung nicht widerlegt («umgestossen») werden kann, sind diese Abreden unzulässig und nicht durch Effizienzgründe zu rechtfertigen.

Die effektive Bedeutung dieser neuen Regelung hängt zwar entscheidend davon ab, mittels welcher Kriterien und Argumente die Widerlegung der Vermutung erfolgen kann (darüber hat sich die Weko in einer Bekanntmachung geäußert, die weiter unten diskutiert wird).

Box V: Intrabrand und Interbrand

«Intra» steht für innerhalb, «inter» für zwischen und «brand» für Marke. Also bedeutet intrabrand innerhalb einer Marke und interbrand zwischen Marken. Im Zusammenhang mit dem Wettbewerb geht es also um Wettbewerb innerhalb einer Marke und um Wettbewerb zwischen Marken.

Nehmen wir zum Beispiel ein Auto des Modells X einer bestimmten Marke und stellen fest, dass dieses von jedem Händler dieser Marke in der Schweiz zum genau gleichen Preis und zu exakt denselben Konditionen angeboten wird, dann können wir davon ausgehen, dass der Wettbewerb innerhalb der Marke (intrabrand) bezogen auf Modell X beschränkt ist. Wenn wir uns zum Kauf von X entscheiden, dann können wir zwar immer noch den Händler frei wählen, doch wird der Preis bei jedem Händler gleich hoch sein.

Bevor wir uns jedoch zum Kauf von X entschliessen, werden wir diesem Modell sehr wahrscheinlich weitere Modelle der gleichen Marke sowie Modelle anderer Marken vergleichend gegenüberstellen. Wir können die für uns beste Preis-Leistungsoption aus einer Vielzahl von Marken (also zwischen Marken oder interbrand) und Modellen auswählen.

Für Markenhersteller gibt es eine Vielzahl von guten strategischen Gründen, den Intrabrand-Wettbewerb durch eine verbindliche Vorgabe der Endkundenpreise an ihre Vertragshändler (Preisbindung der zweiten Hand) oder durch andere vertikale Abreden einzuschränken. Je nach den konkreten Umständen kann dies den Interbrand-Wettbewerb verstärken oder abschwächen.

Aus der Sicht der Endkunden bedeutet wirksamer Wettbewerb in erster Linie Auswahl zwischen Modellen verschiedener Marken – also Interbrand-Wettbewerb. Nur diese Form des Wettbewerbs stellt sicher, dass der Kunde keinen bedeutsamen Zwängen ausgesetzt ist. Dies trifft offenbar für den Intrabrand-Wettbewerb nicht zu. Denn gäbe es nur einen einzigen Hersteller (oder ein Kartell von Herstellern), dann wäre der Endkunde trotz eines eventuell harten Intrabrand-Wettbewerbs zwischen Händlern in seiner Wahl erheblich eingeschränkt.

Bei einzelnen Arten vertikaler Abreden a priori eine Beseitigung des Wettbewerbs anzunehmen, ist aber ökonomisch grundsätzlich verfehlt, weil vertikale Abreden unter Umständen auch prokompetitive Wirkungen entfalten können (Bork 1993, Rey et al. 1996, Neven et al. 1998, von Weizsäcker 2000, Motta 2004, Baumol 2006, Raass 2005 und 2006a und b sowie Beck/Risch 2002a). Aus der industrieökonomischen Literatur ist zu schliessen, dass vertikale Abreden – einschliesslich Preis- und Gebietsabreden (!) – sogar in den meisten Fällen prokompetitiv wirken. Sie dienen der Lösung von Koordinationsproblemen innerhalb einer Wertschöpfungskette. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind in Bezug auf das Endprodukt komplementär und haben deshalb ein Interesse an gegenseitiger Effizienz (dagegen stehen die Unternehmen eines horizontalen

Kartells in Substitutionsbeziehung und haben ein Interesse an gegenseitiger Ineffizienz). In der Regel ist es der Wettbewerb, genauer der Interbrand-Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (vgl. Box V), der vertikale Kooperationen innerhalb einer Wertschöpfungskette induziert. Besser koordinierte Wertschöpfungsketten generieren Effizienzvorteile, die sie im Wettbewerb gegen konkurrierende Wertschöpfungsketten ausspielen; letztere werden gezwungen, ihre vertikalen Effizienzpotenziale ebenfalls auszuschöpfen. Die vertikale Koordination ist oft ein entscheidender Parameter in der Interbrand-Wettbewerbsstrategie einer Wertschöpfungskette.

Durch vertikale Abreden wird der Wettbewerb innerhalb einer Wertschöpfungskette (intrabrand) ein-

geschränkt. Diese Einschränkung erfolgt aber im Normalfall gerade als zwingender Reflex auf den Interbrand-Wettbewerb, also als effiziente Antwort der Beteiligten. Dass dies beinhalten kann, gewisse Akteure nicht in die Wertschöpfungskette aufzunehmen oder daraus auszuschliessen, ist Inbegriff der vertikalen Koordination und unterscheidet sich in nichts davon, dass im Wettbewerb obsoletere und ineffiziente Akteure aus dem Markt fallen. Bei ineffizienter Koordination droht dagegen die gesamte Wertschöpfungskette (z.B. eine Marke) aus dem Markt verdrängt zu werden. Vertikale Abreden können grundsätzlich nur dann Ursache von volkswirtschaftlich relevanten Wettbewerbsproblemen sein, wenn sie nicht nur den Intra-brand-, sondern auch den Interbrand-Wettbewerb beeinträchtigen oder beseitigen. Es kommt also auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an, ob vertikale Abreden im Sinne des Zweckartikels volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind oder nicht. Das KG 95 erforderte für jede Art und Zusammensetzung vertikaler Abreden eine ökonomisch fundierte Einzelfallanalyse, die im KG 03 nun mit den Vermutungstatbeständen für gewisse Abreden in Frage gestellt ist.

Ein gravierendes zusätzliches Problem ergibt sich daraus, dass Vermutungstatbestände gemäss KG 03 schon bei der Aufdeckung und nicht erst im Wiederholungsfall mit Bussen belegt werden können. Die in Art. 5 Abs. 4 KG erfassten vertikalen Abreden sind ebenso durch direkte Sanktionen «bedroht» wie harte horizontale Kartelle gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Im Unterschied zu den horizontalen Preis-, Mengen- und Gebietsabreden zwischen Konkurrenten, die in der Tat meistens volkswirtschaftlich schädlich sind, sind vertikale Preis-, Mengen- und Gebietsabreden (wie alle andern vertikalen Abreden) im Normalfall gerade nicht schädlich. Sie beeinflussen nur den Intra-brand-Wettbewerb direkt, während sie den Interbrand-Wettbewerb höchstens indirekt schwächen könnten, diesen aber meistens intensivieren. Im Gegensatz dazu beeinträchtigen horizontale Abreden definitionsgemäss direkt den Wett-

bewerb unter Konkurrenten (Interbrand-Wettbewerb). Es ist ökonomisch und rechtlich höchst problematisch, solchermassen unterschiedliche Tatbestände dem gleichen Sanktionsregime zu unterstellen («Ungleiches gleich behandeln»). Und ebenso problematisch ist es, bei wettbewerbsökonomisch gleichermaßen ambivalenten vertikalen Abreden in direkt und nicht direkt sanktionierbare Tatbestände zu unterscheiden («Gleiches ungleich behandeln»).

Die Vermutungstatbestände in Art. 5 Abs. 4 KG enthalten ein hohes Risikopotenzial für Regulierungsfehler 1. Ordnung und zum Schutz von einzelnen Unternehmen. Klagen dürften in erster Linie von schwächeren Beteiligten der Wertschöpfungskette und ausgeschlossenen Unternehmen vorgebracht werden. Es drohen ein wettbewerbspolitisches «fine tuning» und Nivellierungen. Durch mögliche direkte Sanktionen vergrössert sich dieses Risikopotenzial. Ob mit der Revision der Spielraum bei den vertikalen Abreden für einen an der gesamtwirtschaftlichen Effizienz orientierten ökonomischen Vollzug mehr oder weniger eingengt wird, hängt aber – wie erwähnt – auch davon ab, welche Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung gestellt werden (vgl. Bekanntmachung der Weko vom 2. Juli 2007).

.....
3.2 Bekanntmachungen

Bekanntmachungen (Art. 6 Abs. 1 KG) sollen der Schaffung von Rechtssicherheit dienen, was indes problematisch ist, solange keine verbindliche Praxis durch rechtskräftige Verfügungen geschaffen worden ist. Die Weko macht in Bekanntmachungen nur Aussagen, die «in der Regel» gültig sein sollen – niemand kann sich darauf verlassen, dass «sein Fall» nicht von dieser Regel abweicht. Die Bekanntmachung hat keine Gesetzeskraft, sie kann von der Weko selbst oder von Rekursinstanzen «desavouiert» werden.

Bekanntmachungen betreffend vertikale Abrede – Am 18. Februar 2002 hat die Weko in einer ersten Bekanntmachung über die Behandlung vertikaler Abreden im Vollzug des KG 95 verlauten lassen, sie betrachte vertikale Preis-, Gebiets-, Kunden- oder Mengenbeschränkungen stets als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Im Lichte der Ausführungen zu den vertikalen Vermutungstatbeständen ist klar, dass diese Absichtserklärung ökonomisch nicht fundiert war. Vertikale Abreden – gleich welcher Art und Zusammensetzung – können den Wettbewerb im Sinne des KG-Zweckartikels grundsätzlich nicht erheblich beeinträchtigen, wenn wirksamer Interbrand-Wettbewerb gegeben ist (es sei denn, die fraglichen Abreden beeinträchtigen oder beseitigen auch den Interbrand-Wettbewerb). Entsprechende ökonomische Vorbehalte waren in der Bekanntmachung indes nicht enthalten. Dabei müssten die meisten der a priori als erheblich betrachteten vertikalen Abreden schon bei grösster Einzelfallanalyse als unerheblich oder zumindest wegen Effizienzgründen als gerechtfertigt erklärt werden (Koordination von Wertschöpfungsketten im Interbrand-Wettbewerb).

Mit dieser Bekanntmachung hat die Weko also eine problematische Form von Rechtssicherheit geschaffen: Um teure, imageschädigende Klagen und Verfahren mit Sicherheit zu vermeiden, müssten unter einem solchen Regime sehr viele Unternehmen auf vertikale Abreden ganz verzichten oder auf suboptimale Ersatzabreden ausweichen. Dies bedeutet aber Verzicht nicht nur auf antikompetitive, sondern auch auf prokompetitive vertikale Abreden oder Verzicht auf die jeweils effizienteste Form vertikaler Koordination. Da vertikale Abreden im wirksamen Interbrand-Wettbewerb im Normalfall prokompetitiv sind, schränkt diese Bekanntmachung letztlich also indirekt den Interbrand-Wettbewerb ein; ganze Branchen geraten in die «Zwangsjacke» der Bekanntmachung, die auf diese Weise wie ein Strukturhaltungskartell wirken kann («strait-jacket effect»). Sie schützt ineffiziente Unternehmen und Strukturen, indem sie suboptimaler Koordination der Wertschöpfung

bis hin zu ineffizienten vertikalen Fusionen Vorschub leistet (auch Fusionen treten unter diesen Umständen an die Stelle effizienterer, jedoch rechtlich unsicherer Abreden). Die Bekanntmachung ergibt eine Asymmetrie in der Behandlung vertikaler Abreden und vertikaler Zusammenschlüsse (Beck/Risch 2002b). Während Abreden untersagt werden können, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, gilt dies bei Fusionen nur, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Die Bekanntmachung behandelt somit die losere Form der Zusammenarbeit strenger als den vertikalen Zusammenschluss.

Mit dem KG 03 wurde die Bekanntmachung vom 18. Februar 2002 durch die Einführung der vertikalen Vermutungstatbestände zumindest für Fest- und Mindestpreisvereinbarungen sowie Passivverkaufsverbote obsolet. Wie bereits ausgeführt, gehen diese Vermutungstatbestände grundsätzlich zu weit und schnüren die regulatorische «Zwangsjacke» noch enger als die Bekanntmachung. Dieser Fehler könnte indessen in einem ökonomisch fundierten Vollzug zumindest teilweise «geheilt» werden, wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs durch den Nachweis eines wirksamen Interbrand-Wettbewerbs umzustossen wäre. Die Weko hätte also mit einer neuen Bekanntmachung zu den vertikalen Abreden die Interpretation von Art. 5 Abs. 4 KG durchaus in die Nähe der modernen Ökonomie rücken können. Tatsächlich hat sie aber im Jahr 2006 einen Bekanntmachungsentwurf zur Diskussion gestellt, der davon noch weiter weg führte. Und obwohl dieser heftige Kritik ausgelöst hat (vgl. Raass 2005 und 2006 b sowie die dort zitierte Literatur), hat die Weko am 2. Juli 2007 ihre neue Bekanntmachung praktisch unverändert verabschiedet (vgl. Box IV und Kommentar von Amstutz/Reinert 2007).

Alles in allem ist auch die neue Bekanntmachung zu den vertikalen Abreden ökonomisch nicht reflektiert und in sich widersprüchlich. Wenn es die effiziente Koordination einer Wertschöpfungskette erfordert,

dass der Intra-brand-Wettbewerb durch vertikale Abreden eingeschränkt wird, um mit der gesamten Kette im Inter-brand-Wettbewerb bestehen zu können, dann ist die Intra-brand-Wettbewerbswirkung zwar direkt eine Folge der Abrede, die ihrerseits aber durch den Inter-brand-Wettbewerb induziert ist. Aus volkswirtschaftlicher Sicht zählt – sofern gegeben – allein der Inter-brand-Wettbewerb. Endkunden wählen zwischen Preis- und Leistungsoptionen verschiedener Marken beziehungsweise Wertschöpfungsketten. Der Schutz des Inter-brand-Wettbewerbs erfolgt stets im Sinne des KG-Zweckartikels (Schutz des Wettbewerbs), wogegen ein Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs in den meisten Fällen auf Struktureingriffe und Individualschutz hinausläuft (Schutz der Wettbewerber).

Bekanntmachung betreffend Automobilvertrieb – Die Weko hat per 1. November 2002 eine Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel in Kraft gesetzt. Mit

Übergangsfrist bis Anfang 2005 ersetzt sie die vorher «gültigen» Rahmenbedingungen für Händlerverträge («Kfz-Bekanntmachung»).⁴ Obwohl auch diese Bekanntmachung nicht Gesetzeskraft hat, wird sie heute von Weko und Betroffenen wie ein Gesetz behandelt. Letztere akzeptieren sie, weil ihnen andernfalls Verfahren der Weko drohen und sie sich darauf verlassen können, dass dies ihre Inter-brand-Konkurrenten ebenso halten. Dass dies in den bereits bei den vertikalen Abreden skizzierten «Zwangsjacken-Effekt» münden dürfte, ist sehr wahrscheinlich.

Wie schon die Rahmenbedingungen wirkt auch die Kfz-Bekanntmachung als Regulierung des schweizerischen Automobilhandels – und zwar ausdrücklich zum Schutz der «kleinen» Händler gegenüber den «grossen» Herstellern und Importeuren. Diese Regulierung war seit eh und je von Händlerverbänden gefordert worden. Ihre ökonomische Fundierung ist dagegen nicht ersichtlich, denn im Automobilssektor herrscht wirksamer

Box VI: Auszüge aus der Bekanntmachung vom 2. Juli 2007

- «(2) Vertikale Vereinbarungen können die volkswirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen (...).»
- «(3) Die Wahrscheinlichkeit, dass (...) effizienzsteigernde Wirkungen stärker ins Gewicht fallen als wettbewerbschädliche Wirkungen, die von Beschränkungen in vertikalen Abreden verursacht werden, hängt abgesehen von bestimmten Arten schwerwiegender wettbewerbschädigender Beschränkungen von der Marktmacht der beteiligten Unternehmen und somit vom Ausmass des Wettbewerbs verschiedener Marken (Inter-brand-Wettbewerb) ab.»

Ziffer 10 Vermutungstatbestände

- «(1) Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:
 - a) Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen (...).
 - b) Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden).
- (2) Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Inter-brand-Wettbewerb) widerlegt werden.»

Kommentar

Zu (2): Die Weko anerkennt, dass vertikale Abreden die Effizienz einer Wertschöpfungskette erhöhen können, spricht allerdings zu unrecht von «volkswirtschaftlicher Effizienz». Würden die vertikalen Abreden im Extremfall so weit getrieben, dass bei der betroffenen Wertschöpfungskette nur mehr von einem einzigen, vertikal integrierten Unternehmen die Rede sein könnte, dann erkennte man, dass es hier zunächst nur um die betriebliche Effizienz eines Unternehmens geht. Dessen Aufgabe ist es, die Effizienz seiner Wertschöpfung voranzubringen, um im Wettbewerb gegen andere Wertschöpfungssysteme bestehen zu können. Volkswirtschaftliche Effizienz wird sich dagegen erst als Ergebnis des Wettbewerbs konkurrierender Wertschöpfungsketten ergeben (Interbrand-Wettbewerb im relevanten Markt). Dies kann man sich durch die Annahme vergegenwärtigen, dass es für ein bestimmtes Gut nur einen Hersteller und keinerlei Substitute gibt. Auf den anderen Stufen der Wertschöpfung (z.B. im Gross- und im Detailhandel) dieses Guts kann beliebig starker Intrabrand-Wettbewerb herrschen, der Monopolist kann dennoch eine Monopolrente erzielen, und es werden sich die üblichen Effizienz Nachteile des Monopols einstellen. Verzichtet der Monopolist auf die effiziente Koordination nachgelagerter Wertschöpfungsstufen durch vertikale Abreden, so können diese Effizienz Nachteile z.B. als Folge eines mehrfachen Margenzuschlags, der «doppelten Marginalisierung», sogar noch grösser werden (vgl. Motta 2004, 307ff.). Die volkswirtschaftlichen Effizienz Nachteile dieser Marktstruktur werden erst verschwinden, wenn konkurrierende Wertschöpfungsketten auf den Plan treten und den Kunden eine echte Alternative bieten. Auch dies zeigt, dass es volkswirtschaftliche und soziale Schäden im Grunde genommen nur dann geben kann, wenn kein Interbrand-Wettbewerb wirksam ist.

Zu (3): Die Weko geht davon aus, dass vertikale Abreden in jedem Fall «wettbewerbsschädigende Wirkungen» haben. Dies trifft nicht für «den Wettbewerb schlechthin», sondern höchstens für den Intrabrand-Wettbewerb zu. Weiter sind gemäss Bekanntmachung die effizienzsteigernden Wirkungen vertikaler Abreden gegen deren wettbewerbsschädigende Wirkungen abzuwägen. Die Effizienzwirkung muss hier aber auf ein einzelnes (vertikal koordiniertes) Produkt bezogen sein. Ebenfalls bezieht sich die wettbewerbsschädigende Wirkung – wenn überhaupt – auf den Wettbewerb für dieses Produkt (Intrabrand). Daraus folgt, dass besagte Abwägung immer dann nicht durch eine Wettbewerbsbehörde vorgenommen werden muss, wenn wirksamer Interbrand-Wettbewerb herrscht. Dann werden Effizienzvorteile der vertikalen Koordination an die Endkunden weitergegeben; allfällige Effizienz Nachteile durch die Beeinträchtigung des Intrabrand-Wettbewerbs wirken sich nicht negativ auf diese aus.

Zu Ziffer 10 (2): Selbst die Weko anerkennt im Grundsatz, dass ein volkswirtschaftliches Schadenspotenzial nur gegeben ist, wenn vertikale Abreden kombiniert mit Marktmachtproblemen im Interbrand-Wettbewerb auftreten. Mit diesem Grundsatz ist aber nicht konsistent, dass die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs gemäss Bekanntmachung nicht bloss durch den Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) widerlegt werden können soll. Die Weko versucht, die in Art. 5 Abs. 4 KG aufgeführten Preis- und Gebietsabreden de facto einem Per-se-Verbot zu unterstellen.

Interbrand-Wettbewerb, so dass hier überhaupt keine kartellgesetzlichen Interventionen zu erwarten wären. Die Kfz-Bekanntmachung wird allerdings auch gar nicht mit Interbrand-Argumenten gestützt. Vielmehr geht diese Regulierung im Grundsatz auf eine Untersuchung der ehemaligen Kartellkommission aus dem Jahr 1994 zurück, in welcher eine Marktabgrenzung im Sinne «eine Marke gleich ein Markt» vorgenommen worden war (vgl. RPW 1997/4, 55). Damit wird der

Interbrand-Wettbewerb schon bei der Marktabgrenzung sozusagen ex definitionem ausgeblendet, womit jedem Kfz-Hersteller oder seinem schweizerischen Generalimporteur eine marktbeherrschende Stellung zukommt. Dietrich/Saurer (2001) zeigen auf, dass diese Vorgehensweise weder mit den formellen noch mit den materiellen Anforderungen des KG 95 kompatibel ist und natürlich auch nicht mit der wirtschaftlichen Realität des Automobilmarktes übereinstimmt.

3.3 Vollzug

Im Rahmen der Bekämpfung von unzulässigen Wettbewerbsabreden und Marktmachtmissbräuchen führt das Sekretariat der Weko Vorabklärungen durch. Ergeben diese Abklärungen Anhaltspunkte für unzulässige Tatbestände, dann folgt eine Untersuchung, die auf Antrag des Sekretariats per Verfügung der Weko abgeschlossen wird. Diese Verfahren kennen keine vorgegebenen Fristen. Dagegen erfolgt in der Fusionskontrolle zunächst eine Vorprüfung von höchstens einem Monat Dauer. Ergibt diese Prüfung Anhaltspunkte für die Schaffung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, dann schliesst sich eine eingehendere Prüfung von höchstens vier Monaten Dauer an. Vorprüfung und Prüfung werden mit Entscheid der Weko abgeschlossen. Da es in der Fusionskontrolle zwar sehr viele Verfahren, jedoch nur sehr wenig Interventionen gegeben hat, werden diese vorläufig nicht erörtert. Es gibt weitere Verfahren im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen und Sanktionen, auf die hier auch nicht weiter eingegangen werden kann. Wichtig ist hingegen, dass aufgrund von Verhaltensanpassungen beklagter Parteien sowie mittels einvernehmlicher Regelungen Vorabklärungen und Untersuchungen beschleunigt und ohne abschliessende Beweisführung abgeschlossen werden können.

Verfahren und Entscheide – In Abbildung II werden sämtliche Vorabklärungen und Untersuchungen der letzten Jahre gemäss offizieller Statistik der Weko (Jahresberichte der Weko, RPW, div. Jhrg.) wie folgt zusammengefasst:

- Vorabklärungen, die in Untersuchungen mündeten, werden nicht gezählt (keine Doppelzählung);
- Vorabklärungen und Untersuchungen, die ohne Folgen abgeschlossen wurden, werden addiert («Einstellungen ohne Folgen»);

- Vorabklärungen oder Untersuchungen, die auf Grund einer Verhaltensanpassung der Beklagten geschlossen wurden, sind separat ausgewiesen;
- Untersuchungen mit Anordnungen oder einvernehmlichen Regelungen werden addiert.

Bis ins Jahr 2001 konzentrierten sich Weko und Sekretariat darauf, Unzulässigkeit oder Zulässigkeit von Tatbeständen festzustellen, um Anordnungen verfügen oder das Verfahren ohne Folgen einstellen zu können (die Beweisführung schafft auch bei Zulässigkeit eines Tatbestandes ein nützliches Präjudiz und damit Rechtssicherheit). Hinzu kamen einvernehmliche Regelungen, in welchen die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit meistens offen bleibt, weil die Beklagten zur Verkürzung der Verfahren zu solchen Regelungen Hand bieten, damit das Beweisverfahren nicht zu Ende geführt werden muss (Verfahrensökonomie). Die entsprechenden Vorabklärungen und Untersuchungen wurden jedoch – soweit ersichtlich – vollständig publiziert.

Ab 2002 treten diese «ordentlichen» Verfahrensverläufe in den Hintergrund, während immer mehr Anpassungen des Verhaltens beklagter Parteien im Verlaufe der Untersuchung oder – in noch grösserer Zahl – bereits in der Vorabklärung erfolgen. Das hat zwar den Vorteil, dass mehr Verfahren rasch zum Abschluss gebracht werden, jedoch den Nachteil, dass es anteilmässig steigend ohne eingehende Beweisführung geschieht. So lautet eine häufige Formulierung (sofern überhaupt etwas publiziert wird): «Ob die Firma X eine marktbeherrschende Stellung hat, kann offen bleiben, da das beanstandete Verhalten aufgegeben wurde». Die Sachverhaltsabklärung bleibt rudimentär und die Kartellgesetzwidrigkeit der fraglichen Abrede unbewiesen. Es liegt auf der Hand, dass die Schaffung einer nachvollziehbaren Praxis von Rechtssicherheit erschwert wird, wenn eine immer grössere Zahl von Verfahren so zum Abschluss gelangt. Diese Verfahren

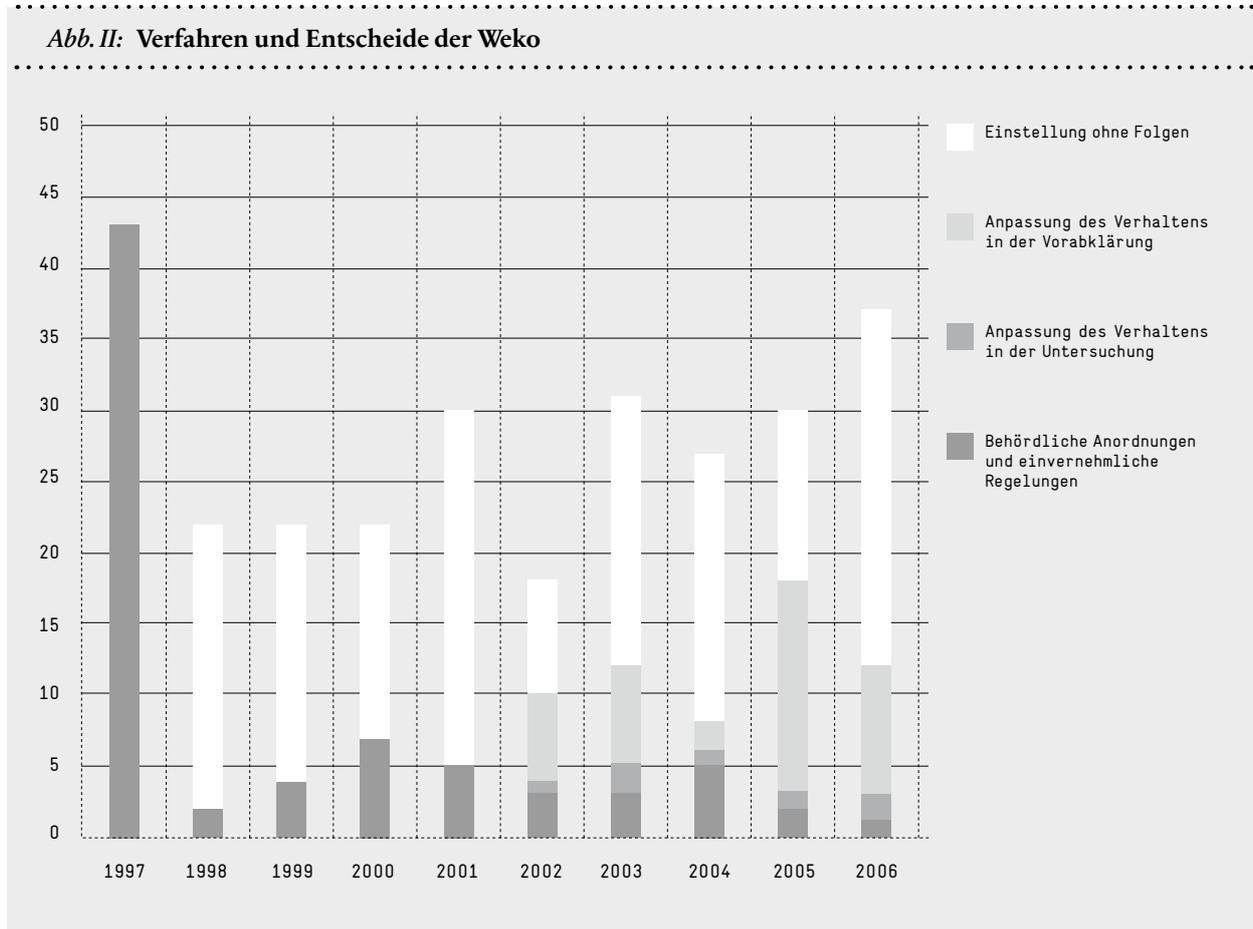
können durch Praktiker, Wissenschaftler oder die Presse oft nicht richtig gewürdigt werden. Die Marktabgrenzung oder Marktstellung kann nicht nachvollzogen werden, wenn sie «offen» gelassen wird. Ebenso wenig kann ohne vertiefte eigene Nachforschungen überprüft werden, ob nur einzelne Wettbewerber geschützt wurden oder wirklich der Wettbewerb gefördert worden ist.

Durch eine grösser werdende Zahl von Verfahren, die so gewissermassen auf dem Verhandlungsweg erledigt werden, entziehen sich Sekretariat und Weko – gewollt oder ungewollt – der öffentlichen Kontrolle. Die Weko war deswegen schon mehrfach der Kritik vor allem von Kartellrechtsanwälten ausgesetzt; vgl. RPW 2002/1, 10). Trotzdem führte das Sekretariat im Jahr 2002 mit rund

80 «Abklärungen» und rund 50 «Anfragen» (in Abbildung I nicht enthalten) eine regelrechte Offensive im ökonomisch heiklen Bereich der vertikalen Abreden durch, die viele Anpassungen zur Folge gehabt haben soll.

Offensive gegen vertikale Abreden – Laut Jahresbericht 2002 der Weko (RPW 2003/1, 1) gingen als Folge der Veröffentlichung der ersten Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden über 100 Klagen ein. Bis Ende 2002 wurden aber nur sechs Vorabklärungen eröffnet. Dagegen führte das Sekretariat mehr als 80 «Abklärungen» durch. Zitat aus dem erwähnten Jahresbericht:

«Bei einer kleinen Zahl von Fällen ergaben die Abklärungen des Sekretariats keine Wettbewerbsbehinderung.



(...) Bei den anderen Fällen zeigten die Abklärungen des Sekretariats, dass das Verhalten der Unternehmen der Bekanntmachung widersprechen könnte. Diese Unternehmen haben sich gegenüber dem Sekretariat verpflichtet, das entsprechende Verhalten zu beenden und ihr Vertriebssystem so anzupassen, dass es mit dem Kartellgesetz vereinbar ist. Zusätzlich zum oben Gesagten erfolgten über 50 Anfragen, welche das Sekretariat telefonisch oder via E-Mail bearbeitete, ohne dass es sich dabei um Fälle handelte, die im eigentlichen Sinn unter den Anwendungsbereich der Bekanntmachung fielen» (RPW 2003/1, 3-4).

Diese Berichterstattung zeigt, dass die Weko nicht daran denkt, ihre Bekanntmachung könnte zu interventivistisch sein (Regulierungsfehler 1. Ordnung). Es ist aber kein Zufall, dass nur bei einer kleinen Zahl von Fällen keine Probleme geortet wurden – wir haben darauf hingewiesen, dass die Bekanntmachung sehr viele, in der Realität relevante vertikale Abreden a priori als erheblich betrachtet. In der Lesart der Weko ist offenbar Folgendes gegeben:

- Vertikale Abreden, die gemäss der Bekanntmachung unproblematisch sind, stellen keine Wettbewerbsbehinderung dar
- alle anderen stellen eine solche dar und sind damit mit dem KG nicht vereinbar.

Die Bekanntmachung wird also entgegen ihrem Zweck und ihrer tatsächlichen Möglichkeiten faktisch zum Gesetz erhoben. Im grössten Teil der gemeldeten «Fälle» haben die Unternehmen laut Weko ihre vertikalen Bindungen bekanntmachungskonform angepasst. Dies dürften somit gegen 80 Unternehmen gewesen sein. Hinzu kommen 50 Anfragen, die ebenfalls zu vielen Anpassungen geführt haben sollen. Es ist bedenklich, dass dieser «informelle» KG-Vollzug, der den ordentlichen Vollzug in der Anzahl der Fälle markant übersteigt (vgl. Abbildung II), kaum überprüft werden kann.

.....
3.4 Behördenorganisation

In der Organisation der Weko und ihres Sekretariats gibt es politisch-ökonomische und institutional-ökonomische Fragestellungen, deren Behandlung den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass bei der Revision im Jahr 2003 besonders die Einsitznahme von Interessenvertretern, die Grösse der Kommission und deren mangelnde Professionalität kritisiert wurde. Die Weko hat ein Präsidium mit Präsident und zwei Vizepräsidenten. Hinzu kommen 12 Mitglieder. In der Kommission sind seit Inkraftsetzung des KG 95 neben unabhängigen Experten, die die Mehrheit bilden müssen, der Gewerkschaftsbund, der Gewerbeverband, Economiesuisse, der Bauernverband, der Kaufhausverband sowie die Konsumentenorganisationen mit je einem Mitglied vertreten. Der Bundesrat hat vorgeschlagen, die Weko auf sieben unabhängige Mitglieder zu reduzieren (Botschaft 2001), dieser Vorschlag war im politischen Prozess jedoch ohne Chance.

Hoffet (2006) und andere Autoren zeigen, dass die unscharfe Trennung zwischen Instruktion durch das Sekretariat (Verfahrensführung) und Entscheid durch die Weko (Verfügung) generell, jedoch insbesondere im Zusammenhang mit den Sanktionen rechtlich problematisch ist (vgl. auch Hangartner 2006, OECD 2006a und b). Der Präsident und die Vizepräsidenten können bereits auf die Entscheidungsvorbereitungen und Entscheidungsanträge des Sekretariats Einfluss nehmen. Daraus lässt sich die Hypothese ableiten, dass die Weko heute weitgehend durch ihr Präsidium bestimmt wird. Die Prüfung dieser Hypothese sowie auch die Analyse des Einflusses der Interessenvertreter wäre von grossem Interesse.

3.5 Fallanalyse

Im Rahmen der vorliegenden Studie muss sich die Darlegung von Fällen auf wenige Beispiele beschränken. Der Raum ist zu knapp, um eine stringente Beweisführung anzutreten, dazu müsste jedes einzelne Beispiel auf zahlreichen Seiten ausgebreitet werden. Trotzdem sollen die Schlüsse plausibel sein. Dieser «gordische Knoten» wird durchschlagen, indem wichtige Fälle gewählt werden, die bereits eingehend analysiert wurden. Aus den Analysen anerkannter Experten sowie insbesondere auch der Rekursbehörden werden Aspekte portiert, die für die Fragestellung hier bedeutsam sind.

Volkswagen – Von Weizsäcker setzte sich im Gutachten eingehend mit den Tätigkeiten der Weko bei vertikalen Abreden bis zum Jahr 2000 auseinander und kommt zum Schluss: «Die Weko hatte in ihrer bisherigen Tätigkeit eine ganze Reihe von vertikalen Verträgen zu interpretieren und, darauf aufbauend, Entscheidungen zu fällen. Die Entscheidungen (...) sind aus meiner Sicht durchgängig sinnvoll. Sie sind, wie ich mich überzeugen konnte, sehr stark beeinflusst worden durch die Vorarbeit in der Form ökonomischer Analyse im Sekretariat der Kommission. Als zwei Beispiele möchte ich nennen die Minolta-Entscheidung sowie die gerade erst vor kurzem gefällte Entscheidung Volkswagen-Parallelimporte. In beiden dieser Entscheidungen ist in den Vorlagen des Sekretariats der von der modernen ökonomischen Theorie eingenommene Standpunkt zur Geltung gekommen. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Gesichtspunkte, (...) dass vertikale Verträge sinnvoll sein können, um das Informationsproblem des Endverbrauchers zu lösen, nehmen diese beiden Entscheidungen den Standpunkt ein, dass Unternehmen, die als Hersteller im intensiven Interbrand-Wettbewerb stehen, frei sein müssen in der Gestaltung ihrer Absatzkanäle, da diese ein integraler Bestandteil ihrer Produktpolitik sind. (...) Die Kommission hat allerdings im Fall VW-Parallelimporte das Verfahren mit einer an-

deren Begründung eingestellt, die dem traditionellen Denken näher steht» (von Weizsäcker 2000, 524).

Erstens wurden also vertikale Abreden bis ins Jahr 2000 aufgrund einer ökonomischen Analyse entschieden. Zweitens hat nach Auffassung von Weizäckers das Sekretariat auch im Fall VW einen ökonomisch fundierten Entscheidungsantrag gestellt (es hat die Einstellung des Verfahrens mit dem Nachweis wirksamen Wettbewerbs zwischen verschiedenen Herstellern beantragt). Drittens hat die Kommission den Fall aber nicht mit der Begründung des Sekretariats, sondern mit einer traditionellen Begründung eingestellt, die nicht auf der industrieökonomischen Theorie beruht. In der Tat markiert der VW-Entscheid einen Paradigmenwechsel. VW wurde vorgeworfen, mit ihren Vertriebspartnern in Europa Passivverkaufsverbote vereinbart zu haben, die Schweizern den Kauf von Autos der Marken VW und Audi im Ausland und damit Parallel- und Direktimporte verunmöglicht haben sollen. Die Untersuchung wurde ohne Folgen eingestellt, weil dieses Passivverkaufsverbot nicht nachgewiesen werden konnte. Für unsere Fragestellungen sind folgende Aussagen in der Verfügung der Weko bedeutsam:

Auszüge aus der Verfügung der Weko vom 8. Mai 2000 (RPW 2000/2, 196-211):

- «Eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann im vorliegenden Fall ausgeschlossen werden» (Rz 49).
- «Nicht auszuschliessen ist hingegen, dass der Wettbewerb durch die vorliegende Abrede beeinträchtigt wurde. Das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch das Verbot von Passivverkäufen in die Schweiz konnte im vorliegenden Fall allerdings nicht rechtsgenüchlich bewiesen werden. Hätte der Beweis jedoch erbracht werden können, wäre die Wettbewerbsbeschränkung als erheblich zu qualifizieren gewesen» (Rz 50).

- «Dieser Nachweis kann indessen unterbleiben, da (...) keine erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs mehr feststellbar sind: Die VW-Händlerverträge enthalten kein Verbot für Passivverkäufe in die Schweiz mehr. Zudem hat die Untersuchung ergeben, dass das Preisgefälle zwischen der Schweiz und der EU in Bezug auf VW-Fahrzeuge nicht mehr genügend Spielraum für Parallelimporte grösseren Ausmasses bietet. (...)» (Rz 51).

Eine Beseitigung des Wettbewerbs (Rz 49) wurde von der Weko ausgeschlossen, weil das Sekretariat in seiner Analyse aufgezeigt hatte, dass im relevanten Markt für Neuwagen Interbrand-Wettbewerb wirksam war (damals war die Weko somit noch bereit, dem Interbrand-Wettbewerb eine Bedeutung beizumessen). Indiz für einen Wendepunkt ist aber das obiter dictum «hätte der Beweis erbracht werden können, wäre die Wettbewerbsbeschränkung als erheblich zu qualifizieren gewesen» (Rz 50). Hier nahm die Weko vorweg, was sie in der Folge in ihrer Bekanntmachung vom 18. Februar 2002 zum Standard machte, nämlich, dass sie Passivverkaufsverbote ungeachtet der konkreten Umstände stets als erhebliche Wettbewerbsabreden betrachtete. In der KG-Revision wurden Passivverkaufsverbote dann auf Drängen der Weko in die Vermutungstatbestände aufgenommen (vermutungsweise Beseitigung des Wettbewerbs; Art. 5 Abs. 4 KG). Und gemäss der neuen Bekanntmachung vom 2. Juli 2007 will die Weko Interbrand-Wettbewerb auch nicht mehr als Argument zur Widerlegung der Vermutung gelten lassen. Seit dem Volkswagen-Entscheid hat eine Entwicklung von der ökonomischen Einzelfallanalyse zum faktischen per se Verbot gewisser vertikaler Abreden stattgefunden. Dies kommt auch im Jahresbericht 2003 der Weko (RPW 2003/1, 1) zum Ausdruck:

Auszug aus dem Jahresbericht der Weko 2003 (RPW 2003/1, 1ff.):

«Im Dezember 2001 beschloss die Weko, ihre Praxis bezüglich Vertikalabreden zu präzisieren, und beauftragte das Sekretariat, eine Bekanntmachung zu erarbeiten, welche die Grundsätze der kartellrechtlichen Beurteilung von Vertikalabreden festhält. Damit sollte insbesondere die Rechtssicherheit in einem Bereich erhöht werden, in welchem das Wettbewerbsrecht immer häufiger zur Anwendung kommen wird. An der Jahrespressekonferenz vom 19. Februar 2002 stellte die Weko die Bekanntmachung (...) vor. (...) Im Bereich der Abschottung des Schweizer Marktes fällt die Weko daraufhin ihren ersten Entscheid bezüglich Vertikalabreden» [dabei handelte es sich um den nachfolgend kommentierten Fall Citroën].

Système de distribution Citroën – Die Weko war der Auffassung, dass die Vertriebsverträge Citroëns geografische Beschränkungen enthielten, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigten. Den Vertriebspartnern Citroëns in der Schweiz war es faktisch verboten, Neuwagen bei Vertriebspartnern Citroëns ausserhalb der Schweiz und Liechtenstein zu kaufen. Mit Verfügung vom 19. August 2002 genehmigte die Weko eine einvernehmliche Regelung mit der Citroën SA, in welcher sich letztere verpflichtete, ihr Querlieferungsverbot innerhalb ihres Vertriebssystems aufzugeben.

Auszüge aus der Verfügung vom 19. August 2002 (RPW 2002/3, 455-465):

- «Selon l'article 3 lettre d de la Communication, une clause contractuelle régissant le rapport entre un producteur et son revendeur doit être considérée comme une restriction notable au sens de l'article 5 alinéa 1^{er} Cart lorsqu'elle limite les livraisons corisées à l'intérieur d'un système de distribution selective entre commerçants agrees» (Rz 25, c).

- «Cette appréciation correspond d'ailleurs à la pratique suivie jusqu'à présent par la Comco: a) Dans sa décision du 8 mai 2000 concernant le cas VW, la Comco a annoncé dans un obiter dictum qu'elle qualifie de notable ce type de restriction au sens de l'article 5 alinéa 1 LCart» (Rz 26).
- «Or, une interdiction de livraisons croisées au sein du réseau de distribution - (...) - ne contribue pas à l'amélioration de l'efficacité du système de distribution. Cela est particulièrement vrai lorsqu'elle affecte l'échange commercial transfrontalier et favorise ainsi le cloisonnement du marché suisse» (Rz 29).

Obwohl eine Bekanntmachung nur eine Aussage sein sollte, wie die Weko – konkrete Untersuchungsergebnisse vorbehalten – einen Sachverhalt «in der Regel» beurteilen wird, betrachtet die Weko die Abrede als erheblich, weil sie dies gemäss ihrer Bekanntmachung «muss». Wie schon bei Volkswagen erhebt sie ihre Bekanntmachung zum Gesetz. Es ist zudem paradox, als Praxis zu bezeichnen, dass eine solche Beurteilung im Falle Volkswagen in einem obiter dictum angekündigt worden sei. Mit erprobter Praxis hat die VW-Verfügung nichts zu tun.

Erhebliche Abreden sind unzulässig, wenn sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen sind. Dieser «Effizienzverteidigung» in einer Thematik, die in der Ökonomie als besonders komplex gilt, und in einem Verfahren, das fünf Jahre (!) dauerte, widmet die Verfügung eine einzige Seite, wobei in der gesamten Verfügung kein relevanter Markt abgegrenzt wird. Die Weko geht implizit davon aus, Autos der Marke Citroën stellten in der Schweiz einen eigenen sachlich und geografisch relevanten Markt dar, der durch die Händlerverträge vom Ausland abgeschottet werde. Es bedarf keiner Vertiefung, dass mit dieser Vorgehensweise der Interbrand-Wettbewerb im dynamischen Neuwagenmarkt, in welchem der Anteil von Citroën sehr gering ist und stark schwankt, von

vornherein aus der Erwägung verbannt wird (Dietrich/Saurer 2001). Diese Politik wird später mit der Kfz-Bekanntmachung vom 22. Oktober 2002 für den Autohandel sogar festgeschrieben.

Politisch-ökonomisch ist im Fall Citroën bemerkenswert, dass die Abrede nur vertraglich gebundene Händler betraf. Es war denn auch die Association des Agents Citroën gewesen, die sich 1997 bei der Weko beklagt hatte. Die Weko hat also in die Citroën-Wertschöpfungskette eingegriffen, ohne den Wettbewerbsverhältnissen im relevanten Markt und ohne dem Wettbewerb zwischen verschiedenen Modellen und Marken Rechnung zu tragen. Sie hat dies – vielleicht ohne sich dessen bewusst zu sein – zum Schutz der Citroën-Händler vor dem Parallelimport durch ungebundene Händler und vor dem Direktimport durch Endkunden getan. Durch die Intervention der Weko sehen sich jedenfalls die Citroën-Händler besser in der Lage, diesen Parallelhandel zu kontrollieren. Hätte Citroën kein Netz von vertraglich gebundenen Händlern, sondern würde den Vertrieb innerhalb des Konzerns mit Tochtergesellschaften abwickeln, dann hätte sie sich dieser Politik der Weko entzogen.

CoopForte – Zusammenfassung der Verfügung vom 8. November 2004 (RPW 2005/1, 146-170):

- «Die Untersuchung sollte zeigen, ob Coop mit einem generellen Abzug von 0,5 Prozent (Bonus CoopForte) vom Rechnungsbetrag ihrer Lieferanten eine allfällige marktbeherrschende Stellung missbrauchte. Die Weko hat in der Untersuchung ein erstes Mal den Marktbeherrschungsbegriff im Zusammenhang mit der Nachfragemachtproblematik angewendet. Aus der Untersuchung geht hervor, dass sich Coop infolge eines intensiven Wettbewerbs zwischen den Detailhändlern nicht unabhängig verhalten kann. Zudem ergab die Untersuchung eines ausgewählten Teilmarktes keine Anhaltspunkte für eine besondere Abhängigkeit der Lieferanten.

Dennoch ist denkbar, dass einzelne Lieferanten von Coop abhängig sind, insbesondere wenn keine Absatzalternativen bestehen und die Lieferanten spezifische Investitionen getätigt haben. Im Verlauf des Verfahrens konnten die wettbewerbsrechtlichen Bedenken jedoch durch eine einvernehmliche Regelung ausgeräumt werden, so dass die Frage, ob Coop eine marktbeherrschende Stellung innehält und diese gegebenenfalls im Sinne von Artikel 7 KG durch die Erhebung des Bonus CoopForte missbraucht, offen gelassen werden kann.»

Auszug aus der Verfügung:

- «Bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens ist nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern es sind ebenfalls die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen (...). Die Behörden sollen die Möglichkeit haben, das Verhalten eines Unternehmens auch dann überprüfen zu können, wenn das Unternehmen im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfügt oder wenn andere Firmen als Nachfrager oder Anbieter von diesem abhängig sind. Damit soll ein wettbewerbsrechtlicher Schutz von Unternehmen – dazu gehören auch kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) – erleichtert werden, die aufgrund bestimmter Marktgegebenheiten unverschuldet in eine wirtschaftliche Abhängigkeit geraten sind. Im Wettbewerb nicht mehr überlebensfähige Strukturen sollen mit der Neuformulierung von Artikel 4 KG jedoch nicht geschützt werden» (Rz 92).

Die Verfügung enthält im Weiteren Kriterien, die gemäss Weko im Hinblick auf diese (marktstrukturelle) Abhängigkeit zu prüfen wären (Rz 93-134). Dies, obwohl Coop die Bonusregelung im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung fallen liess und die Untersuchung mit der Genehmigung dieser Regelung eingestellt und mithin die Frage der Marktstellung

offen gelassen wurde. Die Weko benützte die Gelegenheit, um bekannt zu geben, wie sie den in der Revision 2003 ergänzten Art. 4 Abs. 2 KG zu interpretieren und umzusetzen gedenkt. Angesichts der Tatsache, dass das Parlament diese Interpretation ausdrücklich ablehnte, hat dieses obiter dictum grosse Kritik ausgelöst (Hofet 2006, Amstutz/Reinert 2005a). Der Fall CoopForte lässt keine Zweifel zu, dass es der Weko mit dieser Interpretation in erster Linie um den Schutz der abhängigen kleineren Unternehmen geht. Dies steht unseres Erachtens nicht nur im Widerspruch zum Beschluss des Parlaments, sondern auch zum KG-Zweck und zum Auftrag eines ökonomisch fundierten Vollzugs.

Swisscom ADSL – Am 30. Juni 2005 hob die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko)⁵ die Verfügung der Weko in Sachen Swisscom ADSL vom 15. Dezember 2003 auf.

Auszüge aus dem Entscheid der Reko (RPW 2005/3, 505-529): Am 15. Dezember 2003 verfügte die Weko gegen Swisscom unter anderem:

- «1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom AG mittels Swisscom Fixnet AG im Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt» (505).
- «2. Es wird festgestellt, dass die Swisscom AG mittels Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 missbrauchte, indem sie mittels Rabattgestaltung im Zusammenhang mit ihrem Produkt BBCS die ISP gegenüber Bluewin diskriminierte» (505). [BBCS = Broadband Connectivity Service; ISP = Internet service provider]
- «Die Wettbewerbskommission begründete ihren Entscheid im Wesentlichen damit, die Beschwerdeführerinnen verfügten in dem (...) Wholesalemkt für Breitbanddienste über eine beherrschende Stellung (...). Aktuelle Konkurrenten der Beschwerde-

führerinnen fehlten auf diesem Markt (...). Potenzieller Wettbewerb sei praktisch inexistent (...). Der Infrastrukturwettbewerb im Endkundenmarkt (schneller Internetzugang über das Kabel- bzw. das Telefonnetz) sei nicht ausreichend, um unabhängiges Verhalten der Beschwerdeführerinnen im Wholesalemarkt zu verhindern» (505).

- «Aus der Aussage, Bluewin habe im Retailmarkt eine «nicht zu unterschätzende Marktmacht», folgt weder, dass sie dort eine beherrschende Stellung einnimmt, noch dass der Wettbewerb dort nicht wirksam wäre, noch dass sich die Beschwerdeführerinnen im Wholesalemarkt im Wesentlichen unabhängig verhalten können (...)» (522).
- «Der Wettbewerb im Endkundenmarkt kann auch dann wirksam sein und auf die Verhältnisse auf dem vorgelagerten Markt durchschlagen, wenn ein Unternehmen im Endkundenmarkt einen gesteigerten Einfluss hat. Es reicht nicht festzustellen, dass Bluewin im Retailbereich einen gewissen Markteinfluss hat. Vielmehr muss die Wettbewerbskommission dartun, dass sich die Beschwerdeführerinnen im relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern im Wesentlichen unabhängig verhalten können. (...) Will man den Einfluss der Verhältnisse im Endkundenmarkt auf den Wholesalemarkt seriös einschätzen, kommt man um eine Klärung der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den beiden Netzen nicht herum» (523).
- «Unter dem Strich erscheint die Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung etwas konstruiert, um die kartellrechtlichen Verhaltensvorschriften bereits heute zur Anwendung bringen zu können. In diese Richtung weisen immerhin die Überlegungen der Vorinstanz zu einem möglicherweise künftig entstehenden Duopol zwischen den Beschwerdeführerinnen und Cablecom. Die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle erfasst aber nur Unternehmen, die aktuell eine beherrschende Stellung innehaben.

Es ist nicht Sache der Wettbewerbsbehörden, gewissermassen mittels einer aus strukturpolitischen Gründen vorgezogenen Verhaltenskontrolle auf eine erwünschte Marktstruktur hinzuwirken beziehungsweise eine möglicherweise entstehende unerwünschte Marktstruktur zu verhindern. Wettbewerbspolitik ist nicht in erster Linie Struktur- sondern Anpassungspolitik. Massgeblich sind die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und die Auswahlmöglichkeiten der Endkund/inn/en. Markt und Wettbewerb sind letztlich auch die Instrumente, die zu effizienten Vertriebsstrukturen führen» (524).

In Bezug auf die Fragestellungen der vorliegenden Studie rügt die Reko nicht nur die mangelnde ökonomische Analyse der Weko, welche die Märkte zu eng abgegrenzt und so den Plattformwettbewerb zwischen konkurrierenden Netzen nicht richtig berücksichtigt hat. Sie zieht zudem die Interpretation des Marktbeherrschungsbegriffs der Vorinstanz in Zweifel. Die Weko habe in unzulässiger Weise «nicht zu unterschätzende Marktmacht» mit Marktbeherrschung assoziiert. Sie habe eventuell die «Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung etwas konstruiert, um die kartellrechtlichen Verhaltensvorschriften bereits heute zur Anwendung bringen zu können.» Die Verhaltensvorschriften anwenden, heisst aber nichts anderes als regulierend in den Markt eingreifen. Dies tun, ohne den Nachweis von Marktmacht und deren Missbrauch richtig erbracht zu haben, läuft dem KG-Zweck zuwider und bedeutet hier mit hoher Wahrscheinlichkeit auch ein Regulierungsfehler 1. Ordnung (d.h. es erfolgt eine Intervention, ohne dass dafür eine Notwendigkeit bestehen würde).

Kläger gegen Swisscom (mit dem ISP Bluewin) waren konkurrierende ISP, welche die Anlagen von Swisscom mitbenützen wollten. Aus den Aussagen der Reko kann geschlossen werden, dass die Weko hier in erster Linie die kleineren Konkurrenten von Bluewin fördern wollte. Dies hält auch die Reko, wenn auch etwas verklausuliert, mit ihrem Vorwurf der Strukturpolitik der Weko fest.

TicketCorner – Am 1. Dezember 2003 ergab die Untersuchung der Weko (RPW 2004/3, 778-802), dass TicketCorner im schweizerischen Markt für Ticketvertriebssysteme über eine beherrschende Stellung verfüge und diese mit Exklusivitätsklauseln gegenüber den Kunden in unzulässiger Weise missbrauche. Das Verfahren gegen Ticketcorner beruhte auf Klagen von Konkurrenten, die angeblich durch diese Klauseln im Marktzutritt behindert waren. Mit Entscheid vom 27. September 2005 wies die Reko die Verfügung der Weko an diese zur Nachbesserung und Neubeurteilung zurück:

Auszüge aus dem Entscheid der Reko (RPW 2005/4)

- «Die Vorinstanz hat den massgeblichen Sachverhalt nicht korrekt und vollständig festgestellt, indem sie die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle aus der Sicht der Marktgegenseite nicht prüfte und nicht alle aktuellen Konkurrenten berücksichtigte. Sie hat das Recht unzutreffend angewendet, indem sie den sachlich relevanten Markt unklar und widersprüchlich abgrenzte, den aktuellen und potenziellen Wettbewerb unzutreffend beurteilte, daher zu Unrecht auf eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin schloss, indem sie die von ihr untersuchte Verhaltensweise unzulänglich beurteilte» (702, Ziffer 5.5).
- «Die von der Vorinstanz gewählte Methode der Sachverhaltsermittlung beschränkt die Problemanalyse auf einen Teil der Realität. (...) Die Tendenz der Wettbewerbsbehörden zu einer engen Marktabgrenzung mit ihren Folgen für eine schnellstmögliche Annahme einer marktbeherrschenden Stellung (...) wird dadurch übersteigert» (681, Ziffer 5.1.5).

Die Weko hat den Fall gezwungenermassen nachbearbeitet und am 18. Dezember 2006 ohne Folgen eingestellt (RPW 2007/1, 79). Dabei hat sie folgende Schlüsse gezogen: Es zeige sich, dass sich der Markt mittlerweile verändert habe. Einerseits sei TicketCorner

durch die Interventionen der Wettbewerbsbehörden gezwungen gewesen, ihre Praktiken hinsichtlich der Exklusivverträge anzupassen, andererseits habe die technische Entwicklung es mehreren national und regional bedeutenden Konkurrenten erlaubt, in Erscheinung zu treten. Die Zukunft scheine bei den immateriellen Eintrittskarten und dem Internet zu liegen, welches in dieser Hinsicht eine ausschlaggebende Rolle spiele.

Die relevanten Schlüsse aus dem Fall TicketCorner hinsichtlich der Fragestellungen der vorliegenden Studie gehen aus den Zitaten der Reko hervor. Bei der Weko standen nicht der wirksame Wettbewerb und die volkswirtschaftliche Effizienz im Vordergrund. Anders lässt sich eine solchermaßen mit Fehlern behaftete Verfügung schlicht nicht erklären. In politisch-ökonomischer Hinsicht - im «Regulatory Game», in welchem hier die Weko als Schiedsrichterin offenbar versagt hat, überrascht die Pressemitteilung der Weko (vgl. Box VII): Es scheint, als würde die Weko in diesem Spiel nicht zuletzt ihre eigenen Interessen als Regulator verfolgen.

Zusammenschluss Migros-Denner – Auszüge aus der Pressemitteilung der Weko⁶ vom 4. September 2007:

- «Mit Entscheid vom 3. September 2007 hat die Weko bei der Übernahme von Denner durch Migros Auflagen auferlegt. Kurzfristig stärkt die Übernahme die Migros und begründet eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zwischen Migros und Coop auf dem Lebensmittel-Detailhandelsmarkt. Langfristig wird dieser Effekt im Discountsegment durch die ausländische Konkurrenz abgeschwächt. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit sprach die Weko kein Verbot aus. Sie schreibt aber einschneidende Auflagen für eine Dauer von sieben Jahren vor, um die negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses zu limitieren.»
- «Im Interesse des Wettbewerbs zwischen Detailhändlern muss Migros gegenüber allen Produkte-

Lieferanten auf Exklusivitätsauflagen verzichten. Die Parteien sind zudem verpflichtet, für Schweizer KMU, die aufgelistet werden und sich in einem Abhängigkeitsverhältnis befinden, eine individuelle Lösung zu finden.»

Ob der Kauf der Denner AG durch die Migros nach einer eingehenden, ökonomisch fundierten kartellgesetzlichen Analyse verboten oder erlaubt werden müsste, kann auf Grund der aktuell zugänglichen Unterlagen nicht gesagt werden. Offenbar konnte sich aber auch die Weko selbst nach einer Prüfung von fünf Monaten zu keinem eindeutigen Entscheid durchringen. Stattdessen hat sie mit einem schier unglaublichen Bündel von Auflagen gestalterisch in den Markt eingegriffen. Bitterli fasst in der NZZ den Entscheid in einem Kommentar mit dem Titel «Profilierungsdruck» wie folgt zusammen:

«Selbstherrlich greift die Kommission aktiv gestalterisch in eine unabwendbare Branchenentwicklung ein, um naiv und realitätsfern die «operative Selbständigkeit» eines (mehrheitlich beherrschten) Unternehmens zu wahren. Sie macht Vorschriften über Sortiments- und Preispolitik, treibt befristet Strukturschutz für kleine Lieferanten, beschränkt Akquisitions- und Expansionspolitik – und das für bis zu sieben Jahre! Man stelle sich vor, wie der schweizerische Einzelhandel vor sieben Jahren ausgesehen hat; damals gab es beispielsweise Epa, Usego, Pick Pay und Waro noch. Sie sind im Wettbewerb verschwunden, und sie wären auch mit der fürsorglichen Hilfe der Weko nicht mehr da. Denner gibt es noch; vielleicht wäre der Discounter in wenigen Jahren ohne Migros nicht mehr da, aber auf die marktverzerrenden Übungen der Weko könnten beide füglich verzichten» (NZZ 2007 b).

Es dürfte sehr aufschlussreich werden, den Entscheid der Weko in Sachen Migros-Denner mit der Fragestellung «Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?» in ein paar Jahren retrospektiv zu analysieren.

Box VII: Pressemitteilung der Weko vom 22. Dezember 2006:

Ergebnis der Weko-Untersuchung: TicketCorner verzichtet auf Exklusivklauseln

Die Weko hat festgestellt, dass TicketCorner SA keine Exklusivklauseln mehr erzwingt. Zudem sind beachtliche Entwicklungen betreffend die Anzahl der auf den Markt eingetretenen Wettbewerber zu verzeichnen. Die Weko freut sich über die seit ihrem Entscheid 2003 eingetretene Entwicklung. Sie schliesst mit Entscheid vom 18. Dezember 2006 ihre Untersuchung zu den Exklusivverträgen zwischen TicketCorner SA und Organisatoren von Sport- und Kulturveranstaltungen ab.

Aufgrund eines Rekurses von TicketCorner SA hatte die Reko die Angelegenheit 2005 zur Prüfung der Zweckmässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens an die Weko zurückgewiesen. Eine Analyse hat nun ergeben, dass TicketCorner SA ihr Verhalten seit der Verfügung der Weko 2003 angepasst hat. Zudem hat sich der Markt erheblich entwickelt. Insbesondere spielt das Internet heute eine ausschlaggebende Rolle und erleichtert neuen Marktteilnehmern den Marktzugang. Sodann sind neue Ticketvertriebssysteme in Entwicklung. Dies hat Auswirkungen auf die Marktposition von TicketCorner.

In der Entscheidung vom 1. Dezember 2003 hatte die Weko festgestellt, dass TicketCorner SA auf dem Markt für Ticketvertriebssysteme ihre marktbeherrschende Stellung durch Erzwingung von Exklusivklauseln mit den Vertragspartnern missbraucht hatte. Infolgedessen wurde TicketCorner SA die künftige Verwendung besagter Klauseln untersagt.

Vorläufig kann leider darauf nicht weiter eingegangen werden (der Entscheid war bei der Verfassung dieses Diskussionspapiers noch nicht publiziert).

04 Zusammenfassung und Folgerungen

Mit dem KG 95 sollte die schweizerische Wettbewerbspolitik vom Individualschutz (Schutz von Wettbewerbern) zum Institutionenschutz (Schutz des Wettbewerbs) überführt werden. Die vorliegende Analyse der gesetzlichen Grundlagen und der Kartellgesetzrevision 2003 sowie wichtiger Bekanntmachungen und Entscheide der Weko zeigt aber, dass sich in den letzten Jahren die materiellen Grundlagen und der Vollzug in Gegenrichtung dieses Paradigmenwechsels bewegt haben:

- Eine Ergänzung in Art. 4 Abs. 2 KG wird von der Weko so interpretiert, dass Unternehmen unabhängig von ihrer Stellung auf dem relevanten Markt als marktbeherrschend qualifiziert und reguliert werden können, weil andere Unternehmen von ihnen wirtschaftlich abhängig sind. Darauf basierende Interventionen münden in den Schutz der abhängigen Unternehmen, auch wenn dieser aus der Sicht des Wettbewerbs nicht nötig oder sogar kontraproduktiv ist.
 - Art. 5 KG wurde in Abs. 4 um vertikale Vermutungstatbestände erweitert. Es wird vermutet, dass vertikale Fest- und Mindestpreisabreden sowie Passivverkaufsverbote den Wettbewerb beseitigen. Diese Vermutung betrachtet die betroffenen Abreden ökonomisch zu unrecht als schädlicher als andere vertikale Abreden und erkennt, dass vertikale Abreden volkswirtschaftlich sehr häufig nützlich sind. Die Wirkung dieser neuen Vermutungstatbestände hängt davon ab, mit welcher Begründung die Vermutung widerlegt werden kann; die neue Regelung dürfte jedoch viele Unternehmen schon im Rahmen ihrer Regulierungsstrategie («compliance») davon abhalten, vermutungsweise unzulässige vertikale Abreden zu treffen. Dadurch ergibt sich ein «Zwangsjackeneffekt», in welchem auch auf nützliche Abreden verzichtet wird. Dieser wird dadurch verstärkt, dass Vermutungstatbestände direkt sanktioniert werden können.
 - Die Weko hat ihre Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden den neuen Vermutungstatbeständen angepasst und dabei in Aussicht gestellt, dass der Nachweis von Interbrand-Wettbewerb zur Widerlegung der Vermutung in der Regel nicht ausreicht. Wenn sich diese Haltung in der Praxis durchsetzt, kommt dies einem Per-se-Verbot der davon betroffenen Abreden gleich. Die Messlatte liegt damit höher als bei horizontalen Abreden, bei welchen der Interbrand-Wettbewerb für die Beurteilung entscheidend ist. Dabei dienen vertikale Abreden in erster Linie der effizienten Koordination von Wertschöpfungsketten, die meistens erfolgen, damit diese den Wettbewerb zwischen Wertschöpfungsketten (interbrand) bestehen können. In der Ökonomie ist deshalb unbestritten, dass vertikale Abreden in einem Umfeld wirksamen Interbrand-Wettbewerbs kaum volkswirtschaftliche oder sozial schädliche Auswirkungen haben können. Mit der Vernachlässigung des Interbrand-Wettbewerbs schaltet die Weko aber gleichsam die im Zweckartikel vorgeschriebene volkswirtschaftliche Betrachtung aus. Interventionen zum Kräfteausgleich in einer Wertschöpfungskette und damit zum Schutz von Wettbewerbern statt von Wettbewerb sind damit vorprogrammiert.
 - Die Weko hat weitere Bekanntmachungen erlassen, mit denen sie den interventionistischen Spielraum ausdehnt; und sie ist – wie die Fallanalyse zeigt – bestrebt, diese Bekanntmachungen faktisch zum Gesetz zu erheben und durchzusetzen.
 - Die Weko setzt immer mehr auf informelle Verfahren, die der Kontrolle durch Rekursinstanzen, Wissenschaft und Öffentlichkeit entzogen sind, was die Gefahr verstärkt, dass der KG-Vollzug zum Spielfeld für Partikularinteressen verkommt.
- Diese Entwicklungen laufen dem Zweck des Kartellgesetzes sowie dem Auftrag der Weko zu einem öko-

nomisch fundierten KG-Vollzug ebenso zuwider wie der internationalen Tendenz zu einer stärkeren Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse in der Wettbewerbspolitik. Ungeachtet der tatsächlichen wirtschaftlichen Umstände und der Erkenntnisse der modernen Industrieökonomie drohen Interventionen zugunsten einzelner Wettbewerber. Damit werden unhaltbare Asymmetrien geschaffen. So kann die Vermutung einer Beseitigung des Wettbewerbs durch horizontale Preis-, Mengen- und Gebietskartelle mit dem Nachweis eines wirksamen Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter umgestossen werden. Bei vertikalen Abreden dagegen soll der Nachweis von Interbrand-Wettbewerb, der auch einem Aussenseiterwettbewerb gleichkommt, nicht möglich sein. Die volkswirtschaftlich meist schädlichen harten horizontalen Kartelle werden milder beurteilt als vertikale Abreden, die in den meisten Fällen nicht schädlich sind. Eine weitere Asymmetrie droht zwischen vertikalen Abreden und vertikaler Integration. Eine vertikale Fusion ist zulässig, soweit sie den Partnern keine marktbeherrschende Stellung verschafft (oder eine solche verstärkt). Diese Marktstellung kann nur mit einer Analyse des Interbrand-Wettbewerbs beurteilt werden, den die Weko bei der Beurteilung vertikaler Abreden als Argument ausschliessen will. Die Weko könnte also auch vertikale Fusionen milder beurteilen als vertikale Abreden.

Mit der Beurteilung der Marktstellung aufgrund marktstruktureller Abhängigkeiten droht die Verhaltenskontrolle betreffend Marktmachtmissbrauch gemäss Art. 7 KG auch Unternehmen, die im Endkundenmarkt einem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sind. Eine damit durchaus vergleichbare Verhaltenskontrolle droht auch vertikal gebundenen Unternehmen mit der neuen Bekanntmachung. Denn es ist nicht mehr relevant, ob die beteiligten Unternehmen marktbeherrschend oder einem intensiven Wettbewerb ausgesetzt sind. Mit anderen Worten wird die Marktbeherrschung als Voraussetzung für eine Intervention in vielen Fällen überflüssig (Beck/Risch 2002a und b).

Diese Asymmetrien und Ungleichbehandlungen können ökonomisch suboptimalen vertikalen Ersatzabreden und ineffizienten Zusammenschlüssen Vorschub leisten – Abreden und Zusammenschlüsse, die nicht aufgrund der Erfordernisse des Wettbewerbs, sondern zur Abwehr ökonomisch fehlgeleiteter kartellgesetzlicher Regulierungen erfolgen.

Die Fallbeispiele zeigen, dass im Zuge der Revision von 2003 der Schutz von einzelnen Wettbewerbern verstärkt in den Vordergrund gerückt ist. Bisher hatte die Weko damit allerdings in ordentlichen Verfahren kaum Erfolg, sondern wurde oft von den Rekursbehörden in Schranken verwiesen. Trotzdem dürfte sich ihre Politik schon stark in den Märkten niederschlagen, denn zum einen greift die Weko immer mehr auf informelle Verfahren zurück und zum anderen wirkt die neue Politik, verstärkt mit drohenden Sanktionen, über «Zwangsjackeneffekte».

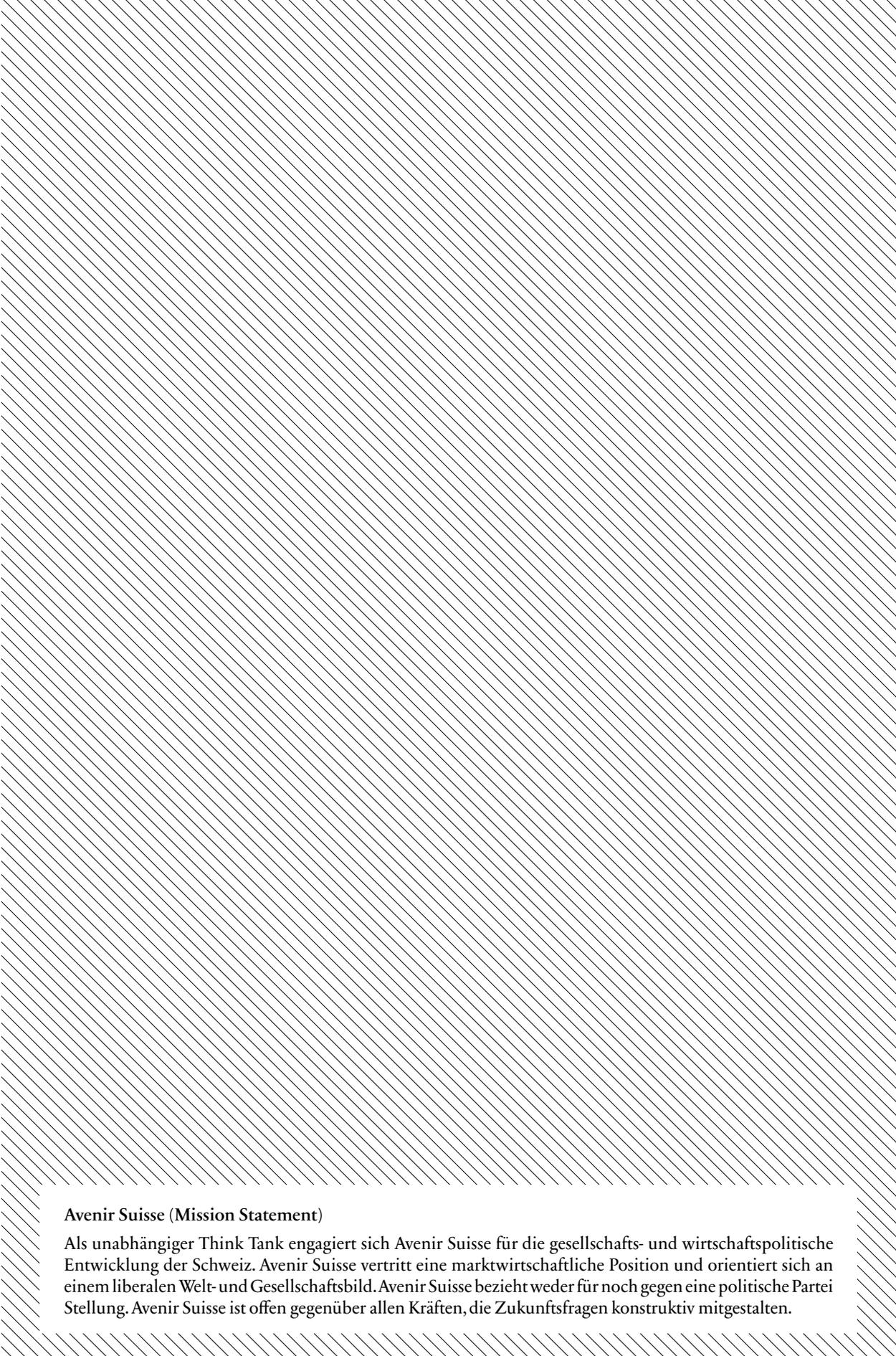
Endnoten

- 1 Die Beurteilung der Experten wurde von der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle und der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates übernommen (Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle 2000). Neven und Raess hatten ein Jahr zuvor die Ökonomie im Vollzug des KG kritisiert (Neven/Raess 1999). Von Weizsäcker entkräftet jedoch in seinem Gutachten den grössten Teil dieser Kritik.
- 2 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 US (2007) (slip opinion)
(<http://supreme.justia.com/us/new-cases/06-480.pdf>; 6. 8. 2007).
- 3 Zur Unterscheidung in normative und positive Theorie der Regulierung vgl. von Weizsäcker 1982.
- 4 <http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/vertikalabredenautomobil.pdf?lang=de>; Die Bestimmungen der Kfz-Bekanntmachung sind sehr stark an die neue Gruppenfreistellungsverordnung (GVO) 1400/02 der EU-Kommission angelehnt.
- 5 Heute ist das neue Bundesverwaltungsgericht erste Rekursinstanz der Weko.
- 6 Pressemitteilung: http://www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00294/PM_d_Migros-Denner_040907.pdf?lang=de Auszug aus den Auflagen: http://www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00294/Auflagen_Migros-Denner.pdf?lang=de

Literaturverzeichnis

- Amstutz, Marc und Mani Reinert (2005a): Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht? in: sic! Heft 7/8, 537-551 (Teil I) und Heft 9, 631-640 (Teil II).
- Amstutz, Marc und Mani Reinert (2005b): Wider einen «Wettbewerb der Schlafmützen»: Fragwürdige Beurteilung von Marktbeherrschung. NZZ, 28. 07. 2005.
- Amstutz, Marc und Mani Reinert (2007): Vorurteile gegen Preisempfehlungen: Problematische Politik der Wettbewerbskommission. NZZ, 28. 08. 2007.
- Antitrust Modernization Commission (2007): Final Report and Recommendations
http://www.amc.gov/report_recommendation/amc_final_report.pdf.
- Baumol, William J. (2006): Regulation Misled by Misread Theory. Perfect Competition and Competition-Imposed Price Discrimination. American Enterprise Institute, Washington D.C.
- Beck, Alex und Leonie Risch (2002 a): Mehr Macht für die Wettbewerbshüter. Credit Suisse Bulletin 2, 46-48.
- Beck, Alex und Risch, Leonie (2002 b): Wettbewerbskommission: Zu hart mit weichen Kartellen? Credit Suisse Spotlight.
- Beck, Alex und Leonie Risch (2004): Neues Kartellgesetz: Scharfe Waffen – präzises Visier? Credit Suisse Spotlight.
- Bork, Robert H. (1993): The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself. Free Press, (second edition with new introduction and epilogue, first edition: 1978) Maxwell Macmillan, New York.
- Botschaft (1994) zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBl. 1995 I, 468).
- Botschaft (2001) über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001 (BBl. 2002, 2022).
- Budzinski, Oliver (2006): An Economic Perspective on the Jurisdictional Reform of the European Merger Control System. European Competition Journal, Vol. 2 (1), 19–140.
- Bühler, Stefan (2007): Ökonomische Theorie und wettbewerbspolitische Praxis. Antrittsvorlesung, Universität Zürich, 14. Mai 2007 (<http://www soi.uzh.ch/staff/buehler/index.html>).
- Christiansen, Arndt (2006): Der «more economic approach» in der EU-Fusionskontrolle: Eine kritische Würdigung. Deutsche Bank Research Working Paper Series, Research Notes 21.
- Dietrich, Marcel und Markus Saurer (2001): Marktabgrenzung in selektiven Vertriebssystemen am Beispiel Automobilvertrieb: Ist eine Marke ein Markt?, in: sic! Heft 7, 593-612.
- Hangartner, Yvo (2000): Rechtsgutachten zuhanden des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements betreffend die Verfügungen der Wettbewerbskommission. RPW 2000/3, 532-555.
- Hangartner, Yvo (2006): Verfehlte Sonderwünsche für Kartellverfahren – erforderliche Trennung von Untersuchung und Entscheid. NZZ, 12. 10. 2006.
- Hoffet, Franz (2006): Die schweizerische Kartellgesetzrevision von 2003 – eine zweiter Paradigmenwechsel? in: Ingo Brinker et al. (Hrsg.): Recht und Wettbewerb, Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München.
- McChesney, Fred S., and William F. Shughart (1995): The Causes and Consequences of Antitrust. The Public-Choice Perspective. University of Chicago Press, Chicago.
- Motta, Massimo (2004): Competition Policy. Theory and Practice, Cambridge.
- Nera Economic Consulting (2007): Assessing the Competitive Impact of Resale Price Maintenance: Practical Implications of the Supreme Court's Decision in Leegin. Antitrust Insights, April-June 2007.
- Neven, Damien und Pascal Raess (1999): Politique de la concurrence en Suisse (1996-1998). Cahiers de recherches économiques, cahier 99II, juillet. HEC Lausanne.
- Neven, Damien, Pénélope Papandropoulos and Paul Seabright (1998): Trawling for Minnows: European

- Competition Policy and Agreements Between Firms. University of Cambridge and CEPR.
- NZZ (2007 b): Profilierungsdruck (5. 9. 2007).
- OECD (2006a): Switzerland: Seizing the Opportunities for Growth. OECD Reviews of Regulatory Reform (II/3 Competition Policy).
- OECD (2006b): The Role of Competition Policy in Regulatory Reform. Background report, Reviews of Regulatory Reform (<http://www.oecd.org/dataoecd/42/46/36279471.pdf>).
- Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle (2000): Das Kartellrecht: Standortbestimmung. Schlussbericht zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (BBl 2001 I, 3346-3408).
- Raass, Adrian (2005): Und Interbrand-Wettbewerb reicht doch!, in: sic! Heft 10, 778-788.
- Raass, Adrian (2006a): Vertikalabreden sind nicht per se schädlich. Finanz und Wirtschaft, 23. 9. 2006.
- Raass, Adrian (2006b): Wenn Wettbewerb kein Wettbewerb mehr sein darf. Jusletter, 19. 6. 2006.
- RPW (div. Jahrgänge): Recht und Politik des Wettbewerbs. Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Wettbewerbskommission (Hrsg.), Bern.
- Rey, Patrick and Francisco Caballero-Sanz (1996): The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints. Economic Papers no. 119, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, European Commission, Brüssel.
- Schluep, Walter R. (1996): Entwicklungslinien der schweizerischen Wettbewerbspolitik. AJP 7/96, 795-809.
- Schmidtchen, Dieter (2005): Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik, erscheint in: Encyclopedia of Law and Economics.
- Schmidtchen, Dieter (2006): Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik. Wirtschaft und Wettbewerb, Jg. 56, H. 1, S. 6-16.
- Von Weizsäcker, Carl Christian (1982): Staatliche Regulierung: positive und normative Theorie. Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, Heft 3, 324-343.
- Von Weizsäcker, Carl Christian (2000): Ökonomische Sachkompetenz im Sekretariat der Weko. Gutachten im Auftrag des Schweizerischen Volkswirtschaftsdepartements. RPW 2000/3, 510-532.
- Von Weizsäcker, Carl Christian (2002): Anmerkungen zur geplanten Revision der Schweizerischen Kartellgesetzes, insbesondere zum Begriff der Marktherrschaft. Vortrag an der Veranstaltung der Crédit Suisse in Zürich vom 27. August 2002.
- Weko (2007) Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007 (http://www.Weko.admin.ch/publikationen/00213/Vertikalbekanntmachung_d.pdf?lang=de).
- Zäch, Roger (2004): Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen. Stoffel, Walter und Zäch, Roger (Hrsg.): Kartellgesetzrevision 2003: Neuerungen und Folgen, Zürich.



Avenir Suisse (Mission Statement)

Als unabhängiger Think Tank engagiert sich Avenir Suisse für die gesellschafts- und wirtschaftspolitische Entwicklung der Schweiz. Avenir Suisse vertritt eine marktwirtschaftliche Position und orientiert sich an einem liberalen Welt- und Gesellschaftsbild. Avenir Suisse bezieht weder für noch gegen eine politische Partei Stellung. Avenir Suisse ist offen gegenüber allen Kräften, die Zukunftsfragen konstruktiv mitgestalten.