

Wettbewerber in der Zwangsjacke von Art. 5 Abs. 4 KG

Gefahr kontraproduktiver Wirkungen der Wettbewerbspolitik bei vertikalen Abreden

DANIEL EMCH* / MARKUS SAURER**

I. Einleitung

II. Zur Ökonomik von Vertikalabreden

1. Vorbemerkungen
2. Fundamentale Konzepte
3. Vertikalabrede zwischen Markt und Unternehmung
4. Zwangsjacken und Zwangskartelle
5. Zusammenfassung

III. Zur Regulierung vertikaler Abreden

1. Ein alter Streit
2. Regulierungstheoretischer Hintergrund: «rules vs. standards»
3. Überblick über die Rechtslage EU und USA
4. Das Kartellgesetz 1995
5. Praxis unter KG 1995 und Bekanntmachung vom 18. Februar 2002
6. KG Revision 2003 und Bekanntmachung 2007

IV. Folgerungen

Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

In den letzten Jahren führte die schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) einen veritablen Kampf im Bereich der Vertikalabre-

den. Anfang 2002 signalisierte sie mit ihrer ersten Vertikalbekanntmachung¹ (nachfolgend: *Bekanntmachung 2002*) eine aggressivere Politik, indem sie verlauten liess, vertikale Preis-, Gebiets-, Kunden- und Mengenabreden fortan a priori als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen betrachten zu wollen. Es folgten mehr als 130 Abklärungen und Auskünfte des Sekretariats der Weko (nachfolgend: Sekretariat) – informelle Verfahren also, die mangels Publikation nicht nachvollzogen werden können –, bei denen es in der überwiegenden Zahl zu Anpassungen der Unternehmen gekommen sein soll². Und im Zuge der Kartellgesetzrevision des Jahres 2003 setzten sich Exponenten der Weko beim Parlament mit Erfolg für die Aufnahme einiger Vertikalabreden in die Vermutungstatbestände ein.

So besteht nun seit 1. April 2004 mit dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes³ die Vermutung, dass gewisse vertikale Preis- oder Gebietsabreden den Wettbewerb nicht nur erheblich beeinträchtigen, sondern beseitigen⁴. Während erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen unter Umständen noch durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können, muss bei Vermutungstatbeständen zunächst der Versuch unternommen werden, die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs zu widerlegen. Genau hier schliesst die neue Vertikalbekanntmachung der Weko vom 2. Juli 2007⁵ (nachfolgend: *Bekanntmachung*

In den letzten Jahren sind in der Schweiz, gegenläufig zu Entwicklungen im Ausland, die kartellgesetzlichen Grundlagen und deren Vollzug im Bereich der Vertikalabreden schrittweise interventionistischer geworden. In der letzten Kartellrechtsrevision wurde mit Art. 5 Abs. 4 KG eine neue Vermutung eingeführt, wonach gewisse vertikale Preis- und Gebietsabreden den Wettbewerb beseitigen. Die neue Bekanntmachung der Wettbewerbskommission will – entgegen allgemein anerkannter Erkenntnisse der Industrieökonomie – zur Umstossung dieser Vermutung den Nachweis von Interbrand-Wettbewerb nicht gelten lassen. Obwohl die Gerichte nicht an die Bekanntmachung gebunden sind, resultiert daraus ein Zwangsjackeneffekt: Die Unternehmen werden im Rahmen ihrer «regulatory compliance» nämlich dazu verleitet, in ihren Verträgen auf betriebswirtschaftlich optimale und bei richtiger Betrachtung auch kartellrechtlich unbedenkliche, ja sogar prokompetitive Vereinbarungen zu verzichten.

* Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Bern.

** lic. rer. pol., selbständiger ökonomischer Berater, Steffisburg.

¹ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 18. Februar 2002, RPW 2002, 404 ff.

² Vgl. Jahresbericht der Weko, RPW 2003, 1 ff., sowie für eine Kritik der informellen Vorgehensweise M. SAURER, Zur Schweizerischen Wettbewerbspolitik: Schutz des Wettbewerbs oder der Wettbewerber?, Avenir Suisse Diskussionspapier Nr. 02 Februar 2008, Zürich 2008, 20 ff.

³ SR 251.

⁴ Art. 5 Abs. 4 KG.

⁵ RPW 2007, 675 ff.

Au cours de ces dernières années, les bases légales en droit des cartels et leur application dans le domaine des accords verticaux sont devenues de plus en plus interventionnistes en Suisse, contrairement à ce qui se produit à l'étranger. Lors de la dernière révision de la loi sur les cartels, une nouvelle présomption a été introduite à l'art. 5 al. 4 LC: certains accords de prix passés entre des entreprises occupant des échelons du marché différents et certains contrats de distribution attribuant des territoires suppriment la concurrence. Dans sa dernière communication, la Commission de la concurrence ne veut pas permettre que cette présomption puisse être renversée par la preuve d'une concurrence intermarques – contrairement à ce qui est généralement admis en économie. Bien que les tribunaux ne soient pas liés par les communications, il en résulte une sorte de camisole de force. Dans le cadre de leur «regulatory compliance», les entreprises sont en effet amenées à renoncer à des accords optimaux du point de vue de la gestion de l'entreprise, lors même qu'ils seraient inoffensifs, voire pro-compétitifs en application d'une appréciation correcte du droit des cartels.

2007) an, in der signalisiert wird, dass dazu der Nachweis von Interbrand-Wettbewerb nicht ausreicht⁶. Setzte sich diese Bekanntmachung in der Praxis durch, käme dies faktisch einem Per-se-Verbot der von Art. 5 Abs. 4 KG betroffenen Vertikalabreden gleich, die zudem gemäss Art. 49a KG mit direkten Sanktionen «bedroht» sind; rechtskräftige Präjudizien gibt es dazu indes noch keine.

Vorliegender Aufsatz umreiss die ökonomischen und kartellrechtlich-regulatorischen Hintergründe der Vertikalabreden, diskutiert auf dieser Basis die einschlägige Politik der Weko und konzentriert sich dabei auf deren noch wenig beachtete indirekte Gefahren. Diese beruhen darauf, dass sich die meisten Marktteilnehmer im Rahmen ihrer Bemühungen, nicht mit dem Kartellgesetz in Konflikt zu geraten (Compliance), der Haltung der Weko anpassen. Eine solchermassen präventive Wirkung der Wettbewerbspolitik ist zwar im Prinzip durchaus erwünscht, doch werden bei zu interventionistischer Haltung der Behörden davon auch Tatbestände erfasst, die durchaus mit Wettbewerb und Effizienz zu vereinbaren wären. Soweit dies der Fall ist, mündet die Prävention in einen Zwangsjackeneffekt (straitjacket-effect), der dem Zweckartikel des Kartellgesetzes (Art. 1 KG) zuwiderläuft. Es wird gezeigt, dass zur Korrektur keine erneute KG-Revision, sondern nur Rechtssicherheit in Form von Präjudizien sowie eine ökonomisch fundierte Politik der Weko nötig wäre. Die Weko sollte zurzeit von «informellen» Interventionen unbedingt absehen, für rechtskräftige Präjudizien sorgen und darauf basierend ihre Bekanntmachung anpassen. Leider dürften aber in der Zeit seit der Inkraftsetzung von Art. 5 Abs. 4 KG bis heute bereits viele unnötige und sogar schädliche Anpassungen in den Märkten schon er-

folgt sein. Viele Kartellrechtsanwälte haben zwar die Politik der Weko heftig kritisiert, aber dennoch ihren Mandanten zu vorsichtiger Compliance geraten.

II. Zur Ökonomik von Vertikalabreden

1. Vorbemerkungen

In der arbeitsteiligen Welt werden Güter und Dienste in Wertschöpfungsprozessen mit mehreren Stufen bis zum Handel und dem Verkauf nachgelagerten Leistungen erstellt oder erbracht. Unternehmungen beschränken ihre Tätigkeiten in der Regel auf wenige Wertschöpfungsstufen und sind somit auf die Zusammenarbeit mit Unternehmen auf vor- und nachgelagerten Stufen angewiesen; zur Koordination werden vertragliche Vereinbarungen getroffen. Es liegt auf der Hand, dass diese Verträge in der Wettbewerbsgesetzgebung relevant sind: Das KG spricht von rechtlich erzwingbaren oder nicht erzwingbaren Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen und bezeichnet diese als vertikale Wettbewerbsabreden, sofern sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken⁷. In Bezug auf die Inhalte solcher Abreden können etwa folgende Klassen unterschieden werden:

- *Nicht-lineare Preise:* Ein Lieferant bietet seinen Abnehmern Lieferverträge mit fixer Franchise sowie konstanten oder mit zunehmender Menge abnehmenden Preisen für seine Produkte. Dadurch erzielt der Abnehmer abnehmende Stückkosten und hat Anreize, die Bezugsmenge bei diesem Liefe-

⁶ Ziff. 10 Abs. 2 der Bekanntmachung 2007.

⁷ Art. 4 Abs. 1 KG.

ranten hoch zu halten. Es gibt verschiedenste Spielarten; auch Mengenrabatte oder bezugs-

⁸ M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge 2004, bietet eine ökonomisch überzeugende Analyse, die sehr gut mit den Gesetzen und der Praxis der Behörden korrespondiert. Sehr gut sind auch P. REY/F. CABALLERO-SANZ, *The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints*, Economic Papers no. 119, Directorate-General for Economic and Financial Affairs of the European Commission (Ed.), Brüssel 1996, und D. NEVEN/P. PAPANDROPOULOS/P. SEABRIGHT, *Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements Between Firms*, London 1998, sowie M. REINERT, *Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen*, Zürich 2004, der sich auf Alleinvertriebsverträge konzentriert.

⁹ Das Kartellgesetz spricht in Art. 4 Abs. 1 von «Marktstufen».

¹⁰ Zum Begriff «Substituenten» vgl. A. BRANDENBURGER/B. NALEBUFF, *Co-operation*, New York 1998, 16 ff. Dieser Begriff trifft die Verhältnisse auf beliebigen Wertschöpfungsstufen besser als der Begriff «Wettbewerber», indem er nicht nur wirkliche Konkurrenten mit Substituten, sondern auch technische Substitute (wie z. B. alternative Verfahren) einschließt.

¹¹ Selbstverständlich können Wettbewerber auf jeder Marktseite – also als Anbieter oder als Nachfrager – untereinander auch Abreden treffen, die den Wettbewerb nicht betreffen. Solche Abreden sind kartellgesetzlich nicht relevant und stehen hier nicht zur Diskussion.

¹² Selbst der Wettbewerb im Halbfabrikatemarkt würde davon nur indirekt betroffen.

¹³ Ein Nachfrager kann dagegen profitieren, wenn andere Nachfrager (Substituenten) niedrigere Preise bieten.

¹⁴ Es kommt häufig vor, dass auch Konkurrenten Interesse an gegenseitiger Effizienz haben, nämlich immer dann, wenn sie nicht in strategischer, sondern in produktiver Hinsicht kooperieren. So beliefern etwa Migros und Coop mit gemeinsamen Lastwagen entlegene Läden oder konkurrierende Automobilhersteller kooperieren in Forschung und Entwicklung von Produktionsplattformen, die sie anschliessend auch abwechslungsweise benützen. Betrachtet man aber diese Kooperationen und die dahinterliegenden Vereinbarungen (Abreden) näher, so stellt man fest, dass die Partner in Bezug auf den Kooperationsgegenstand komple-

mengenbezogene Rückerstattungen gehören dazu.

- *Preisbindung (resale price maintenance)*: Der Lieferant vereinbart mit dem Abnehmer Wiederverkaufspreise (Fixpreise, Höchstpreise, Mindestpreise). Preisempfehlungen fallen auch unter die Preisbindung, sofern sie befolgt werden.
- *Mengenabreden*: Lieferant und Abnehmer vereinbaren feste Liefer- oder Bezugsmengen (oft auch Mindest- oder Höchstmengen).
- *Exklusivitätsklauseln*: Lieferanten und Abnehmer vereinbaren einseitig oder gegenseitig gewisse exklusive (oder selektive) Liefer- oder Bezugsverpflichtungen auf der Beschaffungs- oder auf der Absatzseite. Darunter fällt auch die häufige Verpflichtung eines Händlers, nur bestimmte Gebiete oder Kunden zu beliefern.
- *Bündelung (Tying)*: Der Abnehmer wird verpflichtet, mit dem Gut x auch das Gut y zu beziehen, oder der Lieferant wird verpflichtet, dem Abnehmer diese Güter gemeinsam zu liefern.

Nachfolgend wird keine weitere Abschrift ökonomischer Analysen der betrieblichen und strategischen Zielsetzungen, der verschiedenen Ausprägungen und der kompetitiven Implikationen dieser Abreden geboten, denn dazu sind längst viele sehr gute Werke verfügbar⁸. Vielmehr werden dem Leser gewisse ökonomische Konzepte in Erinnerung gerufen, die im Zusammenhang mit den Vertikalabreden und der Gefahr kontraproduktiver Regeln wichtig sind, jedoch noch kaum explizit in diesem Kontext vorgetragen wurden.

mentär sind. Abreden zwischen Konkurrenten, die solche Kooperationen betreffen haben de facto den Charakter von Vertikalabreden.

2. Fundamentale Konzepte

a) Substituenten und Komplementäre

Güter und Dienste auf einer bestimmten Wertschöpfungsstufe eines relevanten Marktes⁹ sind für die Nachfrager dieser Stufe austauschbar. Somit betrifft eine *horizontale* Wettbewerbsabrede zwischen Anbietern auf der gleichen Stufe Substitute, die Beteiligten sind Wettbewerber oder – allgemeiner – Substituenten¹⁰. Horizontale Wettbewerbsabreden tangieren den Wettbewerb unmittelbar¹¹. Dagegen werden *vertikale* Abreden zwischen Unternehmen unterschiedlicher Stufen der Wertschöpfung getroffen. Dieses sind Komplementäre, die sich im Hinblick auf das Endprodukt des relevanten Marktes nicht konkurrenzieren, sondern ergänzen. Treffen komplementäre Akteure eine Abrede (etwa über die Lieferung von Halbfabrikaten), dann betrifft dies den Wettbewerb im relevanten Endproduktmarkt nur mittelbar oder indirekt¹².

Unter Substituenten und unter Komplementären ergeben sich diametral entgegengesetzte strategische Interaktionen und Abhängigkeiten. Ein Anbieter profitiert, wenn seine Substituenten nicht innovativ sind, höhere Kosten haben oder ihre Preise erhöhen¹³. Diese Interessenlage erklärt die Anreize von Substituenten, mit horizontalen Abreden die Preise zu erhöhen, Kosteneinsparungen (der anderen) zu behindern, die Innovation zu bremsen und somit den Wettbewerb einzuschränken. Dagegen profitiert ein Unternehmen, wenn Komplementäre (z. B. Lieferanten oder Distributeure) innovativ sind oder ihre Kosten und Preise senken. Daraus ergeben sich Anreize, mit vertikalen Abreden die gegenseitige Effizienz zu steigern¹⁴. Ein gesteigertes Bewusstsein über die unterschiedlichen Interessenlagen der Parteien bei horizontalen und bei

vertikalen Abreden könnte den Wettbewerbsbehörden bei der Prioritätensetzung wertvolle Dienste leisten und sie vor der Fehlallokation knapper Personalressourcen bewahren¹⁵.

b) *Interbrand- und Intra-brand-Wettbewerb*

Den Lesern dieser Zeitschrift sind die Konzepte Interbrand- und Intra-brand-Wettbewerb geläufig. In fiktiven aber realistischen Szenarien kann gezeigt werden, dass der Interbrand-Wettbewerb der tatsächlich relevante Wettbewerb ist. Zum Einstieg ergibt die Suchanfrage «Baumschere» auf der Internetseite «Preisvergleich.de» über 40 Angebote von fünf Herstellern (Marken), die in Internetshops zu Preisen zwischen 10 und 50 Euro erhältlich sind. Diese und weitere Marken und Modelle sind auch im Katalog-Versandhandel, in Hobby- und Gartenmärkten, bei Grossverteilern, in Werkzeugläden und anderswo zu kaufen. Die Käufer haben eine grosse Auswahl an Baumscheren und können sich den Händler aussuchen (im Internet beides simultan), und die Händler bestimmen Marken und Modelle ihrer Sortimente. Es herrscht Interbrand-Wettbewerb zwischen den Herstellern, der im Internet, in Versandkatalogen und in Händlerregalen manifest wird. Zudem sind unterschiedliche Händlerpreise und Lieferkonditionen für die einzelnen Modelle Ausdruck von Intra-brand-Wettbewerb¹⁶.

Ergeben sich ökonomische Probleme, wenn nun der Intra-brand-Wettbewerb eingedämmt oder ausgeschaltet wird? Setzen z. B. die Hersteller ihre Endkundenpreise bei den Händlern fest (Preisbindung), dann können die Kunden immer noch Modell und Händler wählen, wenn auch der Preis je Modell überall der gleiche ist. Beliefern die Hersteller die Händler zudem selektiv oder

exklusiv, dann kann der Kunde in extremis nur noch das Modell wählen, welches dann automatisch auch die Wahl des Händlers impliziert. Werden die Preise dadurch auf Dauer höher, die Auswahl an Scheren kleiner und ihre Qualität schlechter? Werden die Kunden und die Händler schlechter, die Hersteller besser gestellt? Wir wissen es nicht. Vermutlich aber nicht, denn es bestehen gute Gründe zur Annahme, dass der Intra-brand-Wettbewerb durch Hersteller und Händler gerade wegen des Interbrand-Wettbewerbs eingedämmt oder beseitigt werden musste und Letzterer dadurch sogar intensiver geworden ist. Die Vertikalabreden wurden durch Komplementäre getroffen, die an gegenseitiger Effizienz interessiert sind und als Wertschöpfungskette im Interbrand-Wettbewerb bestehen müssen. Der Effizienzdruck des Interbrand-Wettbewerbs schlägt auf jede Stufe der Wertschöpfung durch. Dies könnte bei Baumscheren und anderen Gütern so weit gehen, dass die Hersteller diese via Internet, Katalog und Direktwerbung sowie Versand direkt vermarkten, wodurch die Händlerstufe obsolet wird und der Intra-brand-Wettbewerb entfällt. Ergeben sich diese Struktur- und Verhaltensänderungen als Folge des (Interbrand-) Wettbewerbs, dann haben letztlich die Kundenpräferenzen den Handel mit Baumscheren zu Fall gebracht¹⁷. Die Kunden wollen keine Beratung, sondern günstigere Baumscheren via Post geliefert bekommen.

Wie steht es, wenn der Interbrand-Wettbewerb beeinträchtigt oder beseitigt wird? Wenn etwa die Hersteller zum Duopol fusionieren und die Händler zu einem Fabrikabgabepreis beliefern, während Letztere in ihrer Preisgestaltung frei sind, dann können die Kunden zwar immer noch den Händler, jedoch nur noch die Modelle zweier Hersteller wählen. Die Duopolisten haben aber ein

latentes gegenseitiges Interesse, den Preiswettbewerb einzudämmen. Wenn sie ihre Fabrikabgabepreise erhöhen, hat dies eine Fortsetzung des Händlerwettbewerbs auf höherem Preisniveau zur Folge. Intra-brand-Wettbewerb auf Händlerstufe kann die Preiserhöhung weder verhindern noch verringern. Fusionieren die Duopolisten zum Monopol, dann wird dieses gegenüber den Händlern Monopol-Fabrikabgabepreise durchsetzen. Auf Händlerstufe gibt es dann nur noch Intra-brand-Wettbewerb in der Marke des Monopolisten, jedoch auf einem noch höheren Preisniveau. In diesem Fall würden die Kunden nur scheinbar paradoxerweise sogar besser gestellt, wenn der Monopolist mit einer Festpreisbindung den Intra-brand-Preiswettbewerb der Händler vollständig ausschalten würde, denn auf diese Weise könnten monopolistische Margenzuschläge auf Händlerstufe beseitigt werden¹⁸.

Wie sind schliesslich Vertikalabreden zu beurteilen, die nicht nur den Intra-brand-, sondern auch den Interbrand-Wettbewerb beeinträchtigen oder beseitigen? Das ist in der Theorie eine simple Frage, die aber in der Praxis mit einer schwierigen Beweisführung gekoppelt ist. Verti-

¹⁵ In der Tat hat die von der Weko in den letzten Jahren gegen Vertikalabreden geführte Offensive so gut wie keine nachvollziehbaren Ergebnisse und gar keine rechtskräftigen Präjudizien erbracht; vgl. SAURER (Fn. 2).

¹⁶ In Bezug auf die Händler könnte dieser Intra-brand-Wettbewerb auch als Interhändler-Wettbewerb in einer Marke bezeichnet werden, doch dies ändert nichts am Argument.

¹⁷ Versucht eine Wettbewerbsbehörde hier, mittels Kontrahierungszwängen, Preisbindungsverboten und dgl. den Intra-brand-Wettbewerb zu schützen, dann konserviert sie ineffiziente Strukturen und schadet den Konsumenten.

¹⁸ Es handelt sich hierbei um das Problem der sogenannten Doppelten Marginalisierung (double marginalisation; MOTTA [Fn. 8] 2004, 307 ff.).

kalabreden, die negative Auswirkungen auf den Interbrand-Wettbewerb haben, sind nichts anderes als «Hilfsabreden», die wie horizontale Abreden zu behandeln sind, wie dies die Weko im Fall der Buchpreisbindung getan hat¹⁹. Obenstehende Szenarien und der Fall der Buchpreisbindung zeigen, dass dem Intra-brand-Wettbewerb in der Regel eine untergeordnete Rolle zukommt.

c) *Effizienzgesichtspunkte*

Theoretische Einsichten basieren oft auf komparativ-statischen Analysen zu erwartender (oder bereits einge-

treterer) Ergebnisse, besonders von Preisen und Leistungen im relevanten Markt mit und ohne fragliche Vertikalabrede sowie auf entsprechenden komparativ-dynamischen Erwägungen²⁰. Beurteilt wird dabei nicht direkt der Wettbewerb, sondern ob seine üblichen Wirkungen in Form von statischer und dynamischer Effizienz gegeben sind oder nicht²¹. Dabei kann man sich für eine bestimmte Vertikalabrede (oder auch für ein Bündel von vertikalen Vereinbarungen) folgende Effizienzwirkungen von Relevanz vorstellen:

- a) Statische und dynamische Effizienz werden verschlechtert.
- b) Statische Effizienz wird verbessert, dynamische Effizienz verschlechtert.
- c) Statische Effizienz wird verschlechtert, dynamische Effizienz verbessert.
- d) Statische und dynamische Effizienz werden verbessert.

Vertikalabreden, welche mit hoher Wahrscheinlichkeit die statische und die dynamische Effizienz verschlechtern, dürfen selbstverständlich nicht zulässig sein (a). Gleichermassen selbstverständlich sollte hingegen die Zulässigkeit von Vertikalabreden sein, die sich in statischer wie dynamischer Hinsicht höchstwahrscheinlich positiv auf die wirtschaftliche Effizienz auswirken (d). Soll man aber Vertikalabreden (b) zulassen, die z. B. zu kurzfristigen Preissenkungen und Mengenausdehnungen führen, langfristig aber in reduzierte Innovation und steigende Preise münden werden? Oder soll man Abreden (c) verbieten, die kurzfristig höhere Preise, jedoch

längerfristig bessere und eventuell auch billigere Produkte zur Folge haben werden? Die Antworten sind davon abhängig zu machen, in welchen Fristen welche Wirkungen erwartet werden. Effekte, die erst nach langer Zeit auftreten, sind wie in Investitionsrechnungen durch Diskontierung schwächer zu gewichten als Sofortreaktionen. Zudem könnte die Beurteilung davon abhängig gemacht werden, wer von diesen Effekten betroffen sein dürfte. In diesem Sinne sind für die unklaren Fälle (b) und (c) folgende Gesamtwirkungen (über kurz und lang) und Beurteilungen möglich (siehe Tabelle):

Die Vertikalabrede dürfte für die beteiligten Abredepartner insgesamt positiv sein (es ist nicht Aufgabe von Wettbewerbsbehörden, Unternehmen vor strategischen Fehlern zu bewahren), darum erscheinen sie hier nicht. Falls für die Kunden ebenfalls positive Wirkungen zu erwarten sind, sollte die Abrede zulässig sein – auch wenn die Wettbewerber negativ tangiert werden. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass es im Wettbewerb, selbst wenn dieser kein Nullsummenspiel ist, unter den Unternehmen immer Gewinner und Verlierer gibt. Unseres Erachtens sollten deshalb auch Vertikalabreden, bei denen die Wettbewerber verlieren, die Kunden aber zumindest gleich gut gestellt bleiben, zulässig sein. Und schliesslich dient wirksamer Wettbewerb auf Dauer immer den Kunden, weshalb Vertikalabreden zulasten der Kunden stets unzulässig sein sollten.

Auch wenn Effizienz- oder Wohlfahrtswirkungen extrem schwierig abzuschätzen sind, können allein aus der

¹⁹ In diesem Fall wurden nicht die einzelvertraglichen Preisbindungen zwischen einem Verlag und mehreren Händlern, sondern deren horizontale Koordination über die meisten Verlage und Händler als unzulässig beurteilt (RPW 2005, 269).

²⁰ Komparativ-statisch (kurzfristig) können sich nur wenige Parameter, insbesondere Preise und Mengen der neuen Situation mit der Abrede anpassen (*ceteris paribus*), während sich komparativ-dynamisch (langfristig) alle Marktparameter verändern können (*mutatis mutandis*) – also nebst Preisen und Mengen auch Marktteilnehmer, Technologie, Forschung und Entwicklung, Produkte, Konditionen usw. (zur komparativen Statik vgl. z. B. T. KEHOE, *Comparative Statics*, in: Eatwell/Milgate/Newman (Eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London 1987, 517–521. Für bereits vergangene Struktur- und Verhaltensänderungen können solche komparativen Analysen empirisch vollzogen werden. Für aktuelle Änderungen müssen qualitative Studien und Modellschätzungen genügen.

²¹ Diese indirekte Form der Messung von Wettbewerb deckt sich mit dem in der Botschaft zum KG vom 23. November 1994 (nachfolgend: *Botschaft KG 1995*), BBl 1995 I 502 ff., Ziffer 143, beschriebenen wettbewerbstheoretischen Konzept und drängt sich zudem deshalb auf, weil erhebliche Wettbewerbsabreden – wenn überhaupt – durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen sind (Art. 5 Abs. 2 KG sowie Art. 6 Abs. 1 KG). Daraus folgt, dass eine Prüfung von Effizienzgesichtspunkten nicht nur für theoretische Erwägungen, sondern auch in den Praxisfällen der Behörden vorgenommen werden sollte.

Wahrscheinliche Wirkungen	Endkunden		
	Negativ	neutral	positiv
negativ	unzulässig	zulässig	zulässig
neutral	unzulässig	zulässig	zulässig
positiv	unzulässig	zulässig	zulässig

erfolgten Strukturierung des Problems folgende Schlüsse gezogen werden:

- Vertikalabreden, die die statische und dynamische Effizienz des relevanten Endkundenmarktes mit hoher Wahrscheinlichkeit verbessern, sollten zulässig sein.
- Vertikalabreden, die die statische und dynamische Effizienz eines relevanten Marktes mit hoher Wahrscheinlichkeit verschlechtern, sollten unzulässig sein.
- Vertikalabreden sollten nur dann zulässig sein, wenn davon mit hoher Wahrscheinlichkeit die Endkunden profitieren²².

Im Hinblick auf ein Urteil über diese Kriterien müssten fragliche Vertikalabreden in der Praxis geprüft werden, doch müssten dazu die Kriterien operationeller gefasst werden. Hier dient diese Darlegung nur zur Untermauerung fundamentaler Einsichten. So ist industrieökonomisch unter realistischen Umständen tatsächlich kaum vorstellbar, dass dem Interbrand-Wettbewerb ausgesetzte komplementäre Geschäftspartner ohne signifikante Marktmacht den relevanten Markt mittels Vertikalabreden dauerhaft zulasten der Endkunden beeinflussen können. Dass sie dagegen fortwährend bestrebt sind, die Wertschöpfung zu ihren Gunsten und zulasten der Substituenten (konkurrierende Wertschöpfungssysteme) zu beeinflussen, ist Inbegriff des wirksamen Wettbewerbs. Wettbewerbsbehörden, die ohne eingehende Analyse der effektiven Wirkungen bei den Endkunden gegen Vertikalabreden vorgehen, riskieren jedenfalls selber zur Ursache von volkswirtschaftlich und sozial schädlichen Wettbewerbsbeeinträchtigungen zu werden.

d) Einsichten der Forschung

Die ökonomische Forschung untersucht die Wettbewerbs- und Wohl-

fahrtswirkungen von Vertikalabreden seit langem theoretisch und empirisch²³. Und obwohl die Unternehmen mit diesen Abreden sehr unterschiedliche betriebliche und strategische Ziele verfolgen, sind folgende allgemein gültigen Einsichten kaum umstritten:

- *Sämtliche Arten und Kombinationen vertikaler Abreden*
 - *sind in ihren Wettbewerbswirkungen grundsätzlich ambivalent* (je nach den konkreten Umständen entfalten sie pro- oder antikompetitive Wirkungen);
 - *sind in ihren Wohlfahrtswirkung grundsätzlich ambivalent* (je nach den konkreten Umständen verbessern oder verschlechtern sie die gesamtwirtschaftliche Effizienz).
- *Negative Auswirkungen von Vertikalabreden auf Wettbewerb und Effizienz sind in jedem Fall aber nur dann zu erwarten, wenn an den betreffenden Abreden einzelne oder mehrere Unternehmen mit signifikanter Marktmacht beteiligt sind.*
- *Es gibt in Bezug auf Höhe und Häufigkeit volkswirtschaftlicher Schäden keine feste Rangfolge von schädlicheren und weniger schädlichen Vertikalabreden.*
- *Einzelne Arten oder Kombinationen vertikaler Abreden können im Hinblick auf ihre Ziele durch andere Arten oder Kombinationen solcher Abreden oder durch vertikale Integration substituiert werden.*

Die konkreten Umstände des Einzelfalls sind also für die Implikationen von Vertikalabreden entscheidend, nicht etwa die Art der Abrede. Dies heisst jedoch nicht, dass eine ökonomisch fundierte Behandlung von Vertikalabreden stets mit aufwendigen Einzelfallanalysen verbunden sein muss. Vielmehr lassen sich aus den eben skizzierten

Einsichten der Forschung sehr leicht überprüfbare Regeln und Kriterien für wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Vertikalabreden ableiten (safe harbour). So sollten sämtliche Arten und Kombinationen von Vertikalabreden per se zulässig sein, wenn daran kein Unternehmen oder keine Gruppe von Unternehmen mit signifikanter Marktmacht beteiligt ist²⁴. Selbst bei sehr vorsichtigem Vorgehen, wenn etwa schon ab 10 Prozent Marktanteil eines Beteiligten (oder einer Gruppe von Beteiligten) eine eingehende ökonomische Analyse durchzuführen wäre, dürfte immer noch der weitaus grösste Teil aller vertikalen Abreden unterhalb dieser «Aufgreifschwelle» liegen (siehe hinten III.2).

Der Leser mag sich fragen, welche dieser Einsichten Vertikalabreden mit horizontaler Wirkung betreffen. Im Prinzip beruht die grundsätzliche kompetitive Ambivalenz vertikaler Abreden allein auf dieser möglichen Wirkung. Darum hat MOTTA sein Kapitel «Vertical Restraints and Vertical Mergers» in die Teile Intrabrand und Interbrand gegliedert und kommt zum Schluss, dass nur diejenigen Vertikalabreden oder vertikalen Fusionen für die

²² Es erscheint in diesem Sinne durchaus richtig, dass in den USA beim Vollzug der Wettbewerbsgesetze (Antitrust) in erster Linie die so genannte «Konsumentenrente», ein Mass für den Nutzengewinn der Konsumenten aus einem relevanten Markt, berücksichtigt wird. Im Zweifelsfall können aber noch andere Effizienz- oder Wohlfahrtsmasse verwendet werden.

²³ Diese Forschung wurde nicht zuletzt nach der ökonomisch untermauerten Kritik der Juristen POSNER und BORK (R. POSNER, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, Chicago 1976; R. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War With Itself*, New York 1978) an der damaligen wettbewerbsrechtlichen Behandlung vertikaler Abreden in den USA vorangetrieben.

²⁴ Vgl. MOTTA (Fn. 8), 306.

Effizienz bzw. für die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt schädlich sein können, die den Interbrand-Wettbewerb beeinträchtigen oder beseitigen²⁵. Bei näherer Betrachtung beruht letztlich auch die Einsicht, dass Vertikalabreden nur in Verbindung mit signifikanter Marktmacht schädlich sein können, auf der Möglichkeit horizontaler Wirkungen. Marktmacht kann an sich nur horizontal gegeben sein. Verhandlungsmacht eines Herstellers gegenüber seinen Händlern ist beispielsweise ohne signifikante Marktmacht des Herstellers im Interbrand-Wettbewerb (also ohne «horizontale Marktmacht») nicht vorstellbar.

3. Vertikalabrede zwischen Markt und Unternehmung

Die ökonomische Analyse konzentriert sich auf die einzelnen Koordinationsprobleme, die beteiligte Unternehmen mit vertikalen Abreden lösen wollen sowie auf die betrieblichen und strategischen Ziele dieser Abreden (einschliesslich solche anti-kompetitiver Art). Sie zeigt auf, mit welchen Vertikalabreden die Unternehmen diese Probleme lösen und

ihre Ziele erreichen können und welche Folgen dies für den Wettbewerb (Effizienz) mit sich bringt. Diese Analyse wird meistens nicht nur mit Vertikalabreden, sondern auch mit vertikalen Fusionen betitelt²⁶. Vertikale Abreden und vertikale Fusionen sind analytisch zwei Seiten derselben Medaille, nämlich der Unternehmung. Vertikalabreden und vertikale Fusionen sind sich in Struktur, Verhalten der Beteiligten und Wirkung sehr ähnlich. Eine vertraglich gebundene Gruppe ist sozusagen ein virtuelles Unternehmen ad hoc in Bezug auf die Ziele der Abrede (das «gewöhnliche» Unternehmen ist letztlich auch «nur» ein Bündel von Verträgen).

Somit könnte sich ein Blick in die Theorie der Unternehmung lohnen, die bei der Beurteilung von Vertikalabreden unseres Erachtens zu Unrecht noch kaum eine Rolle spielt. Die Unternehmung steht stets vor der Wahl sich vertikal, horizontal und konglomerat (Diversifizierung) mehr oder weniger weit auszudehnen. Wo liegen die optimalen Grenzen? In welchen Bereichen arbeitet man mit Abteilungen innerhalb des Unternehmens (Koordination durch Hierarchie, Befehl) und wo handelt man auf Märkten (Koordination durch Markt, Preis)? Die ergiebigsten Erklärungsansätze sind:

- *Optimale Faktorallokation* (Unternehmung als Produktionsfunktion): Die Unternehmung wird so dimensioniert, dass die möglichen Grössen- und Verbundvorteile voll ausgeschöpft werden können (produktive Effizienz).
- *Minimierung von Transaktionskosten*: Die Unternehmung wird in jeder Dimension so lange ausgedehnt, bis die internen Transaktionskosten grösser werden als die externen Transaktionskosten auf Märkten.
- *Lösung von asymmetrischen Informationsproblemen*: Die Unter-

nehmung wird so strukturiert und dimensioniert, dass Risiko-probleme (Diversifikation, Pooling), externe Effekte (z.B. Know-how-Transfer, Trittbrettfahrerproblematik) oder Leistungsanreize (Prinzipal-Agenten-Problematik) zu minimalen Kosten kontrolliert werden können.

Diese unvollständige Liste soll nicht weiter ausgedehnt und erläutert werden. Dem Transaktionskostenansatz kommt sicherlich die zentrale Rolle zu²⁷. Die Risiko-, Externalitäten- oder Anreizprobleme generieren bei ihrer Lösung Transaktionskosten, weshalb sie auch unter die Transaktionskostenproblematik subsumiert werden können. Es verbleiben in extremer Abstraktion die Optimierung von Produktion und Transaktionen (Tausch). Auf jeder Stufe der Wertschöpfung wird produziert und getauscht. Doch zwischen den Stufen wird nur getauscht, hier – zwischen Komplementären (siehe vorne II.2.a) – fallen wahrscheinlich die meisten Optimierungsprobleme und Transaktionskostenprobleme der arbeitsteiligen Wirtschaft an, die mittels optimaler Koordination zu lösen sind. Dazu steht dem Unternehmer neben den polaren Koordinationsinstrumenten Hierarchie und Markt die Vertikalabrede als Zwischenoption zur Verfügung. Vertikalabreden erlauben der federführenden Unternehmung die Ausschöpfung maximaler Grössen- und Verbundvorteile zu geringstmöglichen Transaktionskosten. In der wirtschaftlichen Praxis spricht man eher davon, mittels Kooperationen und Allianzen grösstmögliche Synergien zu schaffen, ohne die Vorteile der Flexibilität kleiner Einheiten aufzugeben. Als Beispiel denke man an die Automobilhersteller, die ihre Produktionsstätten aus ökonomischen und politischen Gründen auf viele Länder verteilen und weltweite Netze

²⁵ Vgl. MOTTA (Fn. 8).

²⁶ So auch – wie schon zitiert – MOTTA (Fn. 8), Chapter 6 «Vertical Restraints and Vertical Mergers».

²⁷ Pionier dieses Ansatzes ist R. COASE, The Nature of the Firm, *Economica* 4. November 1937, 386–405. Die bekanntesten Weiterentwicklungen und Anwendungen stammen wohl von Williamson (O. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, *Journal of Law and Economics* 1979, 233–261) sowie die Übersicht von G. ARCHIBALD, *Theory of the Firm*, in: Eatwell/Milgate/Newman (Eds.), *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London 1987, 357–363. REINERT (Fn. 8), 130 ff., ist einer der wenigen Schweizer Autoren, der bereits Konzepte der Theorie der Unternehmung auf die kartellrechtliche Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen angewendet hat.

von Beziehungen zu vertraglich gebundenen Lieferanten und Distributoren unterhalten («global sourcing and global distribution»). Im Zuge der Informatisierung ist ein enormes Potenzial zur Organisation von Produktion und Absatz in Netzwerken entstanden, das es mit grossem wirtschaftlichem und sozialem Gewinn auszunützen gilt. Parallel dazu ist das Schadenspotenzial (Opportunitätskosten) ökonomisch fehlgeleiteter Interventionen gegen die Schaffung solcher Netzwerke ebenso enorm angestiegen.

4. Zwangsjacken und Zwangskartelle

Kommt es zu ungerechtfertigten Interventionen in Märkten, untersagen also die Wettbewerbsbehörden bestehende Abreden und Verhaltensweisen sowie tatsächlich geplante Zusammenschlüsse, obwohl diese aufgrund der konkreten Umstände und der Wirkungsmechanismen in den betroffenen Märkten gar nicht antikompetitiv wären, so werden diese Fehler zunächst nur für die direkt Beteiligten und ihre Komplementäre negativ, für ihre Substituenten jedoch positiv zu Buche schlagen²⁸. Insbesondere bei Vertikalabreden kommen bei diesen Fehlern aber notorisch auch der Wettbewerb insgesamt, die Kunden und somit die Gesamtwirtschaft zu Schaden. Denn Vertikalabreden beeinträchtigen den Wettbewerb nicht einfach mehr oder weniger negativ, sondern sie beeinträchtigen ihn negativ oder aber positiv (siehe vorne II.2). Die Schäden durch diskretionäre Interventionen der Behörden dürften sich indessen in engen Grenzen halten. Weit schlimmer sind interventionistische Signale der Behörden, indem sie die Akteure veranlassen, ihr Verhalten präventiv auszurichten²⁹.

Signale aus Verfügungen (Präjudizien) und Verlautbarungen der Behörden wirken sich auf die Wirt-

schaft aus wie eine regulatorische Zwangsjacke, die den Handlungsspielraum der Akteure einengt. Dieser an sich banale Effekt ist verbunden mit tiefer gehenden politisch-ökonomischen Problemen, die ihn erst richtig gefährlich machen. Einerseits haben einzelne Unternehmen geringe Anreize, die Zwangsjacke zu «sprengen», Interventionen zu provozieren und dagegen den Beschwerdeweg zu beschreiten, weil ein solcher «Winkelried-Beschwerdeführer» dadurch hohe Kosten und Prozessrisiken (sowie auch Gefahren für sein Image) in Kauf nehmen muss, während sich der Nutzen seiner Beschwerde – sofern sie erfolgreich ist – auf die gesamte Wirtschaft und Gesellschaft verteilt³⁰. Andererseits wirkt die Zwangsjacke bei sämtlichen Konkurrenten, hält also auch diese davon ab, die entsprechenden prokompetitiven Schritte vorzunehmen. Die Zwangsjacke nimmt somit den Charakter eines «Zwangskartells» an, von dem – wie bei jedem Kartell – in erster Linie Unternehmen mit unterlegener Effizienz profitieren können. So ist es keineswegs erstaunlich, dass sich sehr oft Branchenverbände unter dem Deckmantel «Schaffung von mehr Rechtssicherheit» für rechtliche Einschränkungen bei den Vertikalabreden einsetzen. Etwas überspitzt könnte man sagen, dass es Verbänden gelingen kann, ein Branchenkartell auf die Ebene der Regulierung zu transponieren.

5. Zusammenfassung

Vertikalabreden sind wichtige Wettbewerbsparameter komplementärer Akteure im Interbrand-Wettbewerb. Sie bezwecken in erster Linie gegenseitige Effizienz der Beteiligten und stellen überdies für die federführenden Unternehmungen eine im Zuge der Informatisierung und Netzbildung von Wirtschaft und Gesellschaft eine immer wichtigere organi-

satorische Option zwischen Hierarchie und Markt dar. In diesem Sinn sind Vertikalabreden einerseits ein Reflex auf den Interbrand-Wettbewerb und verstärken diesen andererseits noch. Sind an solchen Abreden indessen Unternehmen mit signifikanter Marktmacht beteiligt, dann besteht eine Gefahr, dass sie auf Dauer eine einschränkende Wirkung auf den Interbrand-Wettbewerb entfalten können.

Diese sogenannte kompetitive Ambivalenz vertikaler Abreden bringt die grosse Gefahr kontraproduktiver wettbewerbsbehördlicher Interventionen mit sich. Interventionen sowie entsprechende interventionistische Verlautbarungen können sich wie eine Zwangsjacke auf die Akteure legen, die deren Anreize zu prokompetitiven Vertikalabreden eindämmt. Dies gereicht aber nicht unbedingt zum Schaden der Akteure in der Zwangsjacke, da sie letztere fast wie ein Kartell vor unberechenbarem Wettbewerb schützen kann.

²⁸ Der Wettbewerb wird deshalb auch in der Weise geführt, dass Substituenten bei Wettbewerbsbehörden Interventionen zu ihren Gunsten zu erwirken versuchen oder gar mit zivilrechtlichen Klagen vorgehen. Im «Regulatory Game» riskieren die Behörden zum Spielball von Partikularinteressen zu werden. Denn die Wahrscheinlichkeit von Klagen durch Konkurrenten dürfte ja gerade dann am grössten sein, wenn die Abreden prokompetitiv wirken.

²⁹ Wir gehen darauf unter Ziff. III unten an verschiedenen Stellen noch konkreter ein.

³⁰ Ein Obsiegen eines Unternehmens vor Bundesverwaltungsgericht oder Bundesgericht hätte via präjudizielle Wirkung über weite Bereiche den Charakter eines öffentlichen Gutes. Entsprechend liegt hier eine typische Situation der Collective-Action-Problematik vor, in welcher jedes Unternehmen als Free-Rider von den Anstrengungen Dritter profitieren möchte, aber aus rein rationalen Überlegungen kein Unternehmen bereit ist, ein Präjudiz zu erwirken.

III. Zur Regulierung vertikaler Abreden

1. Ein alter Streit

Im Zuge der Erarbeitung der hiervor skizzierten ökonomischen Erkennt-

nisse, die in der Wissenschaft keineswegs gleichförmig verlief, wurde auch stets die Frage debattiert, ob überhaupt, und wenn ja, auf welche Weise, Vertikalabreden durch das Kartellrecht sinnvoll reguliert werden sollen. Hier besteht sozusagen ein alter Streit. Während Vertreter der Chicago School bereits in den 70er-Jahren Per-se-Legalität von Vertikalabreden verlangten³¹, wurde diese Forderung in den für die Kartellrechtsentwicklung massgeblichen Jurisdiktionen bislang nie vollständig erfüllt³². Im Sinne eines Trends bzw. immer stärker propagierten «*more economic approach*» ist aber heute erkennbar, dass sich in der Wettbewerbspolitik eine ökonomische Betrachtungsweise und damit eine permissivere Haltung bei den Vertikalabreden nicht nur in den USA, sondern auch in der EU durchsetzen³³.

2. Regulierungstheoretischer Hintergrund: «rules vs. standards»

Kartellrecht hat Strafrechtscharakter und darf oder kann dementsprechend grundsätzlich nicht allein auf der Basis von *weichen Standards*³⁴ und damit auf Einzelfallbeurteilungen beruhen. Die hier vertretene Meinung anerkennt, dass im Kartellrecht – gerade vor dem Hintergrund der direkten Sanktionen³⁵ – Rechtssicherheit gewährleistet werden muss. Zwischen den Postulaten der Einzelfallgerechtigkeit und der Rechtssicherheit muss ein vernünftiger Kompromiss gefunden werden. Geschieht die Rechtsanwendung aber zu schematisch, schwergewichtig auf der Basis von starren Regeln (*rules*³⁶), führt dies zu unnötigen und gleichzeitig schädlichen Interventionen in den funktionierenden Wettbewerb. In der Regulierungstheorie wird dieses Problem im Rahmen der Debatte «rules vs. standards» erörtert³⁷. Während Rules, d. h. prä-

zise Vorschriften im Sinne einer rigiden Ex-ante-Verknüpfung von klar bestimmbareren Tatbestandsmerkmalen mit entsprechenden Rechtsfolgen, ein Höchstmass an Rechtssicherheit bieten, aber im Einzelfall zu *Typ-1-Fehlern* (Untersagung von effizientem Verhalten) oder *Typ-2-Fehlern* (Zulassung von wettbewerbsbeschränkendem Verhalten) führen, muss bei der Anwendung von weichen Standards, welche ex post eine sorgfältige Abwägung der pro- und anti-kompetitiven Effekte im Lichte des Gesetzeszwecks zulassen, die Einzelfallgerechtigkeit mit dem Preis reduzierter Rechtssicherheit und höherer Rechtsanwendungskosten erkauft werden. Rechtspolitisch kann daraus der Schluss gezogen werden, dass das Wettbewerbsrecht mit einem gut austarierten System von Rules und Standards operieren sollte³⁸. An dieser Stelle soll in Erinnerung gerufen werden, dass es sich aufgrund der ökonomischen Theorie zu Vertikalabreden aufdrängt, mittels *safe harbours*, d. h. starren Rules, festzulegen, unterhalb welchen Marktanteilschwellen jegliche Vertikalabreden per se *zulässig* sind; und dass die Zulässigkeit der überschwelligen Fälle grundsätzlich anhand eines Rule-of-reason-Ansatzes, d. h. einem Effizienztest im Sinne eines weichen Standards, beurteilt werden sollte.

3. Überblick über die Rechtslage EU und USA

Nachfolgend wird in geraffter Form aufgezeigt, auf welche Weise die USA und die EU die hier interessierende Regulierung vertikaler Abreden angegangen sind. Danach werden die aktuellen Entwicklungen im Schweizer Wettbewerbsrecht und der damit verbundene Zwangsjackeneffekt im Lichte der ökonomischen Erkenntnisse und der internationalen Entwicklungen kritisch gewürdigt.

³¹ BORK (Fn. 23), 297; R. POSNER, *The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per se Legality*, University of Chicago Law Review 1981, 23.

³² Dagegen richteten sich in den USA insbesondere die Vertreter der sog. New Harvard School, welche von Per-se-Verboten bis zu einem eher strengen Rule-of-Reason-Ansatz unterschiedliche Konzepte propagierten; vgl. dazu statt vieler M. HOCH CLASSEN, *Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht*, Zürich 2003, 79 ff.

³³ Vgl. für die USA etwa Antitrust Modernization Commission, *Final Report and Recommendations*, April 2007, und für die EU statt vieler D. SCHMIDTCHEN, *Der «more economic approach» in der Wettbewerbspolitik*, WuW 2006, 6–16.

³⁴ Ein solche Wettbewerbsordnung könnte in materiell-rechtlicher Hinsicht auf einen einzigen Gesetzesartikel beschränkt werden: «Alle Verhaltensweisen sind legal, es sei denn der wirksame Wettbewerb ist erheblich beeinträchtigt.»

³⁵ Art. 49a KG.

³⁶ Beispielsweise auf der Basis von Per-se-Verboten und per se-Legalerklärungen von gewissen Abredetypen.

³⁷ Vgl. hierzu die grundlegende Diskussion der regulierungstechnischen Unterschiede zwischen Rules und Standards bei L. KAPLOW, *Rules vs. Standards: An Economic Analysis*, Duke Law Journal 1992, 557 ff.; für eine Anwendung der Debatte auf kartellrechtliche Fragen vgl. D. CRANE, *Rules Versus Standards in Antitrust Adjudication*, *bepress Legal Series, Working Paper 997*, <http://law.bepress.com/expresso/eps/997>.

³⁸ Nach einer ökonomischen Betrachtung ist ein Standard dann einzusetzen, wenn die Kosten der Rechtsanwendung für die Behörde und die Unternehmen tiefer sind als die Kosten von möglichen Typ-1- und Typ-2-Fehlern einer Rule. Rules sind hingegen dann angebracht, wenn die Kosten der Rechtsanwendung höher sind als jene der Schematisierung. Auf eine Regulierung ist hingegen ganz zu verzichten, wenn sowohl die Rechtsanwendungskosten eines Standards als auch die Kosten für Typ-1- und Typ-2-Fehler höher sind als der Nutzen einer Regulierung; vgl. zum Ganzen G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge 2007, 17 f.

a) USA

In den USA gilt bei Vertikalabreden grundsätzlich die sog. *rule of reason*, anhand welcher sämtliche Abredetypen im Sinne eines Standards im Einzelfall hinsichtlich der pro- und antikompetitiven Wirkungen beurteilt werden³⁹. Von dieser Einzelfallbeurteilung ausgenommen waren allerdings im Sinne eines rigiden Per-se-Verbots seit dem nun fast 100-jährigen Entscheid «*Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons CO*»⁴⁰ Abreden über die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen (*resale price maintenance*, nachfolgend: RPM). Mit dem neuen, bahnbrechenden Entscheid «*Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*»⁴¹ zeichnet sich nun eine Abkehr von der von Ökonomen seit Jahrzehnten kritisierten generellen Pönalisierung dieser spezifischen vertikalen Preisbindung ab. RPM-Abreden sollen künftig ebenfalls einer Rule-of-reason-Überprüfung unterzogen werden, bevor die Unrechtmässigkeit festgestellt werden darf. Begründet wird diese Praxisänderung explizit mit dem bemerkenswerten Argument, dass die ökonomische Literatur ein Per-se-Verbot nicht mehr rechtfertigt⁴². Das Gericht erteilt den unteren Instanzen zudem Anweisungen, wie die Rule of Reason bei RPM-Abreden sinnvoll umzusetzen sei. Dabei schlägt das Gericht vor, dass anhand von Marktanteilschranken (*safe harbours*) und Vermutungen definiert werden sollte, wann Abreden zulässig sind und wann nicht. Damit ist auch gesagt, dass RPM-Abreden wie alle anderen Vertikalabreden in den USA künftig immer dann zulässig sind, wenn genügend Aussen- bzw. Interbrand-Wettbewerb herrscht. Daraus folgt, dass das US-Kartellrecht kaum mehr rigide Per-se-Verbote kennt und dass gerade bei Vertikalabreden ein ökonomisch fundierter Ansatz zugrunde gelegt wird, nach welchem die nega-

tiven und positiven Effekte im Einzelfall abzuwägen sind. Zusätzlich arbeitet das amerikanische Case Law mit der Safe-Harbour-Technik, welche den Unternehmen bei Unterschreiten von Marktanteilschranken eine Per-se-Legalität und damit Rechtssicherheit zusichert. Unseres Erachtens ist in diesem Vorgehen eine sinnvolle Mischung von Rules (*safe harbours*) und Standards (*rule of reason*) zu sehen, welche in Einklang mit den ökonomischen Erkenntnissen steht.

b) EU

Die Regulierung von Vertikalabreden mit kartellrechtlichen Instrumenten war in der EU lange Zeit umstritten. Kartellrechtsbehörden, Gerichte, Rechtswissenschaftlerinnen und letztlich auch der Gesetzgeber tun sich in der EU immer noch schwer damit, die ökonomischen Erkenntnisse zu den Vertikalabreden sinnvoll umzusetzen. In den Entscheiden der europäischen Gerichte gibt es zwar Beispiele für eine ökonomisch fundierte Rechtsprechung⁴³, es können vor allem aber auch seit jeher Ansätze für eine sehr formalistische Rechtsanwendung gefunden werden, wonach RPM-Abreden und insbesondere Gebietsabschottungen entlang der Landesgrenzen der Mitgliedstaaten Per-se-verboden werden – und zwar selbst dann, wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit effizient bzw. prokompetitiv sind⁴⁴. Der in der EU während Jahren entwickelte Ansatz, welcher Abreden nicht nach ihren Effekten, sondern nach der Form beurteilte, führte zweifelsohne gerade zu dem Zwangsjackeneffekt, welcher Gegenstand dieses Aufsatzes bildet. Diese Technik gipfelte in den Gruppenfreistellungsverordnungen, welche weisse, d.h. erlaubte Klauseln, und schwarze, d.h. verbotene Klauseln aufführten. Da die Liste der schwarzen Klauseln sehr extensiv war, strukturierten die Unternehmen

und deren auf Compliance getrimmte Rechtsberater die Vertriebsverträge nicht mehr anhand der betriebswirtschaftlichen Bedürfnisse; es wurden vielmehr einfach die weissen Klauseln übernommen und die schwarzen Klauseln um jeden Preis vermieden. Es ist naheliegend, dass bei einem derart formalistischen Regulierungsansatz zwar Rechtssicherheit herrscht, dafür aber kaum verkraftbare Typ-1- und Typ-2-Fehler in Kauf genommen werden müssen⁴⁵. Während die schwarzen Klauseln die Koordinations- bzw. Organisationsmöglichkeiten der Akteure

³⁹ Für eine Übersicht der amerikanischen Rechtsprechung zu Vertikalabreden vgl. die Darstellung bei HOCH CLASSEN (Fn. 32), 117 ff.

⁴⁰ *Dr. Miles Medical Co. v John D. Park & Sons CO* 220 US 373 (1911).

⁴¹ 127 S. Ct. 2705 (2007).

⁴² Per-se-Verbote sollen gemäss dem sog. Business Electronics-Test, *Business Elecs. Corp. v. Sharp Elecs. Corp.*, 485 U.S. 717 (1988), nur bei jenen Arten von Verhaltensweisen zur Anwendung kommen, welche immer oder zumindest fast immer zu Wettbewerbs- oder Absatzbeschränkungen führen (*Leegin*, 127 S. Ct. 2713 [2007]).

⁴³ *Stergios Delimitis v. Henninger Bräu AG*, Slg 1991 I-935, als Beispiel für eine richtige Sicht für die ökonomische Betrachtung einer Bezugspflicht.

⁴⁴ *Consten Grundig* Slg 1966 299. Diese Zurückhaltung gegenüber der Zulassung von Gebietsabschottungen durch Vertikalabreden hat aber weniger mit genuin wettbewerbsrechtlich motivierten Überlegungen zu tun, sondern lässt sich vielmehr dadurch erklären, dass Kommission und Gerichte verhindern wollen, dass die mühsam abgebauten zwischenstaatlichen Handelshemmnisse nicht durch private Absprachen wieder aufgebaut werden. Dies ist eine Besonderheit, welche gemäss R. WHISH, *Competition Law*, Fifth Edition, London/Edinburgh 2003, 590, in anderen Jurisdiktionen nicht anzutreffen ist. Wie noch zu zeigen sein wird, ist die heutige Schweizer Praxis zu den Vertikalabreden aber gerade durch diese restriktiven Entscheide (unnötigerweise) beeinflusst worden.

⁴⁵ Vgl. hierzu die Kritik bei B. HAWK, *System Failure: vertical Restraints and EC Competition Law*, *Common Market Law Review* 1995, 973 ff.

reduzieren (also die eigentliche regulatorische Zwangsjacke darstellen), drohen die weissen Klauseln das Verhalten ganzer Branchen gleichzuschalten (und sich also wie ein staatliches Zwangskartell auszuwirken).

Die Gruppenfreistellungsverordnung aus dem Jahre 1999 (nachfolgend: Vertikal-GVO)⁴⁶ sollte hier Abhilfe schaffen, indem sie die weissen Klauseln abschaffte und anhand von Marktanteilsschranken verstärkt auf die Marktmacht der an der Abrede beteiligten Unternehmen abstellte. Damit sollen vertikale Abreden grundsätzlich als unbedenklich eingestuft und freigestellt werden, wenn der Marktanteil der Beteiligten unter 30% liegt; bis zu dieser Schwelle gehen die Behörden von wirksamem Interbrand-Wettbewerb aus. Die Marktmachtbetrachtung gilt nach der Vertikal-GVO indes nicht für RPM-Abreden und strikte Gebietsaufteilungen, die als «Kernbeschränkungen» auch bei geringen Marktanteilen weiterhin *nicht automatisch* freigestellt sind.

Von grosser Bedeutung ist der Umstand, dass die Vertikal-GVO ein konzeptionell anderes Instrument darstellt als die Vertikalbekanntmachung des Schweizer Rechts⁴⁷. Mit Letzterer erläutert die Weko im Sinne einer Praxisfestlegung, welche Abreden sie als gerechtfertigt oder zulässig ansieht und welche nicht. Die Vertikal-GVO stellt demgegen-

über gewisse Abreden generell frei und sagt lediglich, was zulässig ist. Der Umkehrschluss lässt sich daraus aber nicht ziehen: Vertikalabreden, welche Kernbeschränkungen enthalten oder von Unternehmen abgeschlossen wurden, welche überschwellige Marktanteile halten, sind *nicht per se unzulässig, sondern einfach nicht freigestellt* und müssen anhand einer individuellen Untersuchung beurteilt werden, wobei die Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Europäischen Kommission (nachfolgend: Leitlinien)⁴⁸ hierfür eine Praxisfestlegung enthalten⁴⁹. In den Leitlinien wird explizit festgehalten, dass *keine* Vermutung der Rechtswidrigkeit nicht freigestellter Vereinbarungen besteht, und dass die Beweislast bei der Ermittlung eines Verstosses gegen Artikel 81 Abs. 1 EGV bei der Kommission liegt: Werden spürbare wettbewerbswidrige Wirkungen nachgewiesen, so können die Unternehmen immer noch Belege für die von ihnen behaupteten Effizienzgewinne im Sinne von Art. 81 Abs. 3 EGV vorbringen⁵⁰. Die Leitlinien führen aber aus, dass bei Vorliegen einer Kernbeschränkung eine individuelle Freistellung unwahrscheinlich ist⁵¹. Ein Per-se-Verbot von RPM-Abreden liegt damit aber nicht vor. So wurde bereits im Entscheid «*Binon & Cie v. SA Agence et Messageries de la Presse*»⁵² angetönt, dass RPM-Abreden unter gewissen Umständen gerechtfertigt sein können.

4. Das Kartellgesetz 1995

Der schweizerische Gesetzgeber hat beim Erlass des Kartellgesetzes 1995 explizit auf die Fixierung eines wettbewerbstheoretischen Grundmodells verzichtet. Gerichte und Behörden wurden vielmehr beauftragt, sich bei der Rechtsanwendung von den jeweils aktuellen Erkenntnissen der Wettbewerbstheorie leiten zu lassen⁵³. Damit ist selbstredend gesagt, dass die Wettbewerbskommission den heutigen Konsens unter Ökonomen und die aktuellen Entwicklungen in Richtung eines *more economic approach* in den USA und der EU nicht nur berücksichtigen darf, sondern eigentlich dazu verpflichtet ist. Bemerkenswert ist, dass die Botschaft zum KG 1995 ihrerseits bereits einen modernen Ansatz bei der Behandlung von Vertikalabreden forderte. Sie führte nämlich aus, dass die meisten Formen von Vertikalabreden gerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkungen seien, da sie in der Regel dazu beitragen würden, die Vertriebs- und Transaktionskosten zu senken; Vertikalabreden sollen nur dann kritisch beurteilt werden, wenn an ihnen ein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt sei⁵⁴.

Weiter wird in Artikel 1 des KG 1995 und der dazugehörigen Botschaft klargestellt, dass mit dem Gesetz die Funktion Wettbewerb und nicht der einzelne Wettbewerber geschützt werden soll. Nicht konkurrenzfähige Unternehmen können sich damit nicht auf das Kartellgesetz berufen, um sich gegen die Verdrängung aus dem Markt durch effizientere Unternehmen zu schützen. Die Unzulässigkeit einer Abrede liegt nämlich bei konsequenter Berücksichtigung des Zweckartikels des KG 1995⁵⁵ und der Erläuterungen in der Botschaft nur dann vor, wenn die zu beurteilende Abrede zu schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb als Funktion und damit auf die

⁴⁶ Verordnung EG Nr. 2790/1999 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

⁴⁷ Zu den Vertikalbekanntmachungen der Weko vgl. III.5 und III.6 hiernach.

⁴⁸ ABl C291/1 vom 13. Oktober 2000.

⁴⁹ Statt vieler vgl. WHISH (Fn. 44), 641.

⁵⁰ Leitlinien (Fn. 48), Rn. 62.

⁵¹ Leitlinien (Fn. 48), Rn. 46.

⁵² *Binon & Cie v. SA Agence*, Slg 1985 2015, Rn. 46; vgl. dazu MONTI (Fn. 38), 368 f.

⁵³ Botschaft KG1995, BBl 1995 I 511 (Rz. 143.3); M. RUFFNER, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellrechtsrevision, in: Zäch/Zweifel (Hg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsrevision, St. Gallen 1995, 155 f.; HOCH CLASSEN (Fn. 32), 47.

⁵⁴ Botschaft KG1995, BBl 1995 I 517 f. (Rz. 144.1 am Schluss).

⁵⁵ Welcher notabene durch die Kartellrechtsrevision 2003 nicht verändert worden ist.

Volkswirtschaft führt⁵⁶. Aus diesem Grund wurde bei Inkrafttreten des KG 1995 auch von einem eigentlichen *Paradigmenwechsel* gesprochen⁵⁷.

5. Praxis unter KG 1995 und Bekanntmachung vom 18. Februar 2002

Vor Inkrafttreten der Bekanntmachung 2002⁵⁸ war die Praxis der Weko moderat. So wurde in einer der ersten abgeschlossenen Untersuchungen klargestellt, dass sogar vertikale Festpreisabreden für sich alleine betrachtet nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren seien⁵⁹. Im Fall «Volkswagen» wurde die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ausgeschlossen, weil genügend Interbrand-Wettbewerb herrschte⁶⁰. Mit der Bekanntmachung 2002 änderte die Weko aber ihre Praxis. Ziff. 3 der Bekanntmachung 2002 enthielt nämlich eine Liste von «Kernbeschränkungen», welche in der Interpretation der Weko grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen gelten, auch wenn im konkreten Fall wirksamer Interbrand-Wettbewerb besteht⁶¹. Dies bedeutete, dass sechs Abredetypen⁶² unabhängig der Marktanteile der Beteiligten und unabhängig der konkreten Verhältnisse in den betroffenen Märkten zu erheblichen Beschränkungen des wirksamen Wettbewerbs erklärt wurden⁶³. Im Fall «Citroën» bewies die Weko, dass sie bereit war, die Bekanntmachung rigoros umzusetzen, indem sie im entsprechenden Entscheid sozusagen tautologisch auf die Aussagen in der Bekanntmachung referenzierte⁶⁴.

Mit dem Erlass der Bekanntmachung 2002 kam der Zwangsjackeneffekt beim Vertrieb von Waren und Dienstleistungen in der schweizerischen Wettbewerbspolitik zum ersten Mal richtig zum Tragen. Anwältinnen, Anwälte, Unterneh-

mensjuristinnen und -juristen sorgten dafür, dass sämtliche Kernbeschränkungen aus den Vertriebsverträgen eliminiert wurden und dass mit komplizierten Ersatzkonstruktionen ähnliche, aber suboptimale Ergebnisse erzielt werden konnten. Offensichtliche Verstösse gegen die Bekanntmachung mussten Unternehmen mit einer guten Corporate Compliance um jeden Preis vermeiden. Der Zwangsjackeneffekt der Bekanntmachung 2002 manifestierte sich überdies darin, dass die in Ziff. 5 Abs. 3 der Bekanntmachung 2002 aufgezählten zulässigen Abreden oft unreflektiert in Vertriebsverträge überführt wurden, obgleich diese in der konkreten Situation ökonomisch gar nicht passend waren.

6. KG Revision 2003 und Bekanntmachung 2007

Nach einem Teil der Lehre hat die Einfügung des Verweises auf Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) im Ingress des Kartellgesetzes dazu geführt, dass neu der Individualschutz zum Gesetzeszweck und damit zum materiellen Kriterium bei der Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen erhoben wurde⁶⁵. Gestützt auf den Ge-

sichtspunkt des Individualschutzes wird dann gefolgert, dass nicht nur Interbrand-, sondern auch Intra-brand-Wettbewerb vom Kartellgesetz geschützt werden müsse, was sich letztlich in der Einführung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei vertikalen Abreden über Mindest- oder Festpreise und bei absolutem Gebietsschutz in dem durch die Räte eingefügten Art. 5 Abs. 4 KG niedergeschlagen habe⁶⁶. Würde man Interbrand-Wettbewerb als Kriterium bei der Beurteilung der Frage, ob die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG umgestossen werden könne, als Argument zulassen, könnte man ja fast

⁵⁷ Grundlegend W. SCHLUEP, Entwicklungslinien der schweizerischen Wettbewerbspolitik, AJP 1996, 807 ff.

⁵⁸ RPW 2002, 404 ff.

⁵⁹ RPW 1997, 341 «Sammelrevers Musiknoten».

⁶⁰ RPW 2000, 196 ff. Rn. 49, «Volkswagen». Hinsichtlich des Verbots des Passivverkaufs, welches in concreto nicht bewiesen werden konnte, wurde aber bereits hier angetönt, dass die Weko diese Abrede als erhebliche Beeinträchtigung erachten würde.

⁶¹ Dies lässt sich aus der Formulierung von Ziff. 3 der Bekanntmachung 2002 schliessen, so auch HOCH CLASSEN (Fn. 32), 317.

⁶² (i) Fest- oder Mindestpreise, (ii) Beschränkung des Absatzgebiets, (iii) Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher bei selektiven Vertriebssystemen (iv) Beschränkung von Querlieferungen in selektiven Vertriebssystemen, (v) Beschränkungen beim Verkauf von Ersatzteilen (vi) Wettbewerbsverbote über fünf Jahre nach Beendigung des Vertriebsvertrags.

⁶³ Der sog. Safe Harbour in Ziff. 4 der Bekanntmachung, wonach Vertikalabreden nicht als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs betrachtet werden, wenn die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf keinem der relevanten Märkte einen Anteil von 10% erreichen, gilt nicht für die Kernbeschränkungen gemäss Ziff. 3.

⁶⁴ RPW 2002, «Système de distribution Citroën», 461 f. Rn. 25.

⁶⁵ R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 237.

⁶⁶ ZÄCH (Fn. 65), Rn. 238.

nie gestützt auf diese Bestimmung eine Abrede untersagen, wird weiter argumentiert⁶⁷. Wie andere Autoren bereits hinreichend dargelegt haben, vermag diese Auffassung allerdings nicht zu überzeugen. Wäre dies beabsichtigt gewesen, wäre es mit der Revision 2003 bereits wieder zu einem Paradigmenwechsel gekommen, was aufgrund der Gesetzesmaterialien gerade nicht gewollt war⁶⁸.

Bei vertikalen Abreden die Unzulässigkeit gewisser Abredetypen unter Androhung von Sanktionen zu vermuten, darf vor dem Hintergrund der aktuellen industrieökonomischen Erkenntnislage (siehe vorne II.2) und im Lichte der internationalen Entwicklung (siehe vorne III.3) sicherlich nicht als gesetzgeberische Meisterleistung bezeichnet werden. Bereits aus der Vermutungsfolge resultiert ein unerwünschter Zwangsjackeneffekt: Die Unternehmen dürften im Rahmen ihrer Bestrebun-

gen für ein einwandfreies Legal Risk Management nämlich dazu neigen, von vornherein auf harte Gebietsaufteilungen und Preisbindungen zweiter Hand zu verzichten, selbst wenn solche Abreden im konkreten Einzelfall die Effizienz des Vertriebssystems steigern und einen funktionierenden Interbrand-Wettbewerb noch intensivieren würden.

Eine Streichung der Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 4 KG wird von den Autoren des vorliegenden Aufsatzes aber *nicht* gefordert. Mit einer korrekten Umsetzung der Gesetzesänderung und einer entsprechenden Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Kartellgesetzes kann durchaus eine ökonomisch fundierte und rechtssichere Regulierung vertikaler Abreden realisiert werden. Der neue Abs. 4 von Art. 5 KG sieht nämlich einzig vor, dass vertikale Abreden über Mindest- oder Festpreise (RPM) sowie absolute Gebietsabsprachen den wirksamen Wettbewerb vermutungsweise beseitigen. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis von Innen- oder Aussenwettbewerb erbracht werden⁶⁹. Wirksamer Interbrand-Wettbewerb ist nichts anderes als Aussenwettbewerb und muss daher für die Widerlegung der Vermutung genügen⁷⁰.

Wie dies im «*Leegin*»-Entscheid (siehe vorne III.3.a) angeregt wurde, ginge es bei der Umsetzung nur darum, den Gesetzesadressaten durch Faustregeln und Marktanteilschranken aufzuzeigen, wann trotz Vermutung keine Gefahr einer Sanktionierung besteht. Ein ideales Instrument dazu wären die Verordnungen und Bekanntmachungen gemäss Art. 6 KG gewesen, in welchen die Voraussetzungen umschrieben werden können, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt gelten. Am 2. Juli 2007 hat die Weko zwar eine neue Verti-

kalbekanntmachung⁷¹ (nachfolgend Vertikalbekanntmachung 2007) erlassen, sie hat damit den befürchteten Zwangsjackeneffekt aber keineswegs gelindert, sondern in einer im Lichte von Ökonomie und internationalen Entwicklungen völlig anachronistischen Härte ad absurdum geführt: Gemäss Ziff. 10 Abs. 2 der Bekanntmachung kann die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG «[...] nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken widerlegt werden.» Nimmt die Weko ihre eigene Bekanntmachung ernst, bedeutet dies, dass beispielsweise ein neu in den Markt eintretender Sportschuhproduzent mit einem kaum von null Prozent abweichenden Marktanteil einem Händler, welcher in einer bestimmten Region für die neue Marke Werbeanstrengungen unternehmen soll, keinen Mindestpreis vorschreiben darf.

Auf der Website der Weko sind eine Pressemitteilung zur neuen Bekanntmachung «Vertikalbekanntmachung in Kürze»⁷² sowie eine Rede des Präsidenten⁷³ aufgeschaltet, welche die Aussagen der Bekanntmachung sozusagen relativieren. So wird in der Pressemitteilung ausgeführt, dass der neue Bekanntmachungstext im Zusammenhang mit der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG klarstelle, dass dem Vorliegen von Interbrand-Wettbewerb eine grosse Bedeutung beigemessen werde. Im publizierten Referat des Präsidenten der Weko wird ausgeführt, dass Preis- und Gebietsabsprachen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG durch Interbrand-Wettbewerb und Effizienzgründe gerechtfertigt werden könnten. Was gilt nun? Würde mit dem Erlass der neuen Bekanntmachung die Zwangsjacke doch nicht so eng geschnürt wie befürchtet?

Unseres Erachtens vermögen die soeben beschriebenen Verlautbarungen den Zwangsjackeneffekt der neuen Bekanntmachung 2007 nicht

⁶⁷ Y. HANGARTNER, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden, sic! 2005, 610.

⁶⁸ Grundlegend AMSTUTZ/REINERT (Fn. 56), 70 ff., insbes. 78 ff.; Vgl. zur Frage des Paradigmenwechsels insbes. auch F. HOFFET, Die schweizerische Kartellrechtsrevision von 2003 – ein zweiter Paradigmenwechsel?, in: Brinker/Scheuing/Stockmann (Hg.), Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag, München 2006, 191 ff.

⁶⁹ BGE 129 II 35. So auch ZÄCH (Fn. 65), Rn. 476.

⁷⁰ So etwa auch HOFFET (Fn. 68), 201; a.M. ZÄCH (Fn. 65), Rn. 476, 491 ff., welcher wirksamen Interbrand-Wettbewerb nur bei horizontalen Abreden zur Widerlegung der Vermutung zulassen will.

⁷¹ RPW 2007, 675 ff.

⁷² Abrufbar unter www.weko.admin.ch/news/00016/index.html?lang=de.

⁷³ Vortrag von W. STOFFEL zum Thema «Vertikalabsprachen und Marktabschottung», gehalten an der Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtstagung vom 22. Januar 2008 in Zürich, sowie an der Geneva Conference «Economic Experts in Competition Law» vom 1. Februar 2008 Abrufbar unter www.weko.admin.ch/publikationen/00276/VertBek_Redetxt_3.pdf?lang=de.

zu entschärfen, da diese für sich genommen eine klare Sprache spricht: Erstens wird festgehalten, dass der blosser Nachweis von Interbrandwettbewerb nicht genügt für die Widerlegung der Vermutung (Ziff. 10 Abs. 2) und, zweitens, wird in Ziff. 6 der einleitenden Bemerkungen der Bekanntmachung 2007 festgehalten, dass die Weko bei den von Art. 5 Abs. 4 KG erfassten Tatbeständen davon ausgeht, dass die wettbewerbschädlichen Wirkungen die effizienzsteigernden Wirkungen überwiegen. Dies kann nur bedeuten, dass die in Art. 5 Abs. 4 KG erfassten Abredearten praktisch in jedem Fall *per se* verboten sein sollen.

Die Regelung in der Bekanntmachung führt damit zu folgenden unerwünschten Asymmetrien:

- Vertikale Preis- oder Gebietsabsprachen unterliegen einem strengeren Regime als die in aller Regel viel schädlicheren (und kaum je nützlichen) horizontalen Preis- oder Gebietsabsprachen. Bei Vertikalabreden ist die Widerlegung der Vermutung durch Aussen- und damit durch Interbrand-Wettbewerb unbestrittenermassen zulässig⁷⁴, dies soll aber bei den weit weniger bedenklichen Vertikalabreden nicht möglich sein.
- Unternehmen, welche nicht über eine eigene Vertriebsorganisation verfügen und damit auf Verträge mit externen Vertriebspartnern angewiesen sind, werden gegenüber vertikal integrierten Unternehmen mit konzerninternem Vertrieb in nicht sachgerechter Weise benachteiligt. Im vertikal integrierten Konzern sind Gebietsabschottungen und einheitliche Ladenpreise nämlich ohne Weiteres zulässig, da ein Konzern als ein einheitliches Unternehmen gilt und Verträge zwischen Konzerngesellschaften nach stän-

diger Rechtsprechung und absolut überwiegender Lehre nicht unter den Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne des KG fallen⁷⁵.

- Weiter besteht eine Asymmetrie zwischen den materiellen Beurteilungskriterien bei Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 10 Abs. 2 KG und Art. 5 Abs. 4 KG): Während bei vertikalen Preis- und Gebietsabreden die Beseitigung des Wettbewerbs gemäss der Praxisfestlegung in der Bekanntmachung unabhängig von den Marktanteilen vermutet wird, dürfte die Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 10 Abs. 2 KG bei vertikalen Zusammenschlüssen nur gerade in ausgesprochenen Ausnahmesituationen erfüllt sein, obgleich ein Zusammenschluss zwischen Lieferant und Vertriebspartner unweigerlich dieselben Wirkungen haben dürfte wie eine vertikale Preis- oder Gebietsabsprache⁷⁶;
- Weiter besteht eine Asymmetrie zum Europäischen und amerikanischen Kartellrecht, bei welchem sämtliche Vertikalabreden bei wirksamen Interbrand-Wettbewerb zu rechtfertigen sind⁷⁷.

IV. Folgerungen

Die neue Vertikalbekanntmachung bringt viele Ungereimtheiten mit sich: Die gegenüber Vertikalabreden (und besonders Vertriebsverträgen) unreflektiert harte Wettbewerbspolitik, namentlich die faktische Perse-Unzulässigkeit von Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG lässt sich (i) nicht mit industrieökonomischen Erkenntnissen rechtfertigen, führt (ii) zu einem volkswirtschaftlich schädlichen Zwangsjackeneffekt, lässt (iii) sich nicht mit den inter-

nationalen Entwicklungen in Richtung eines *more economic approach* vereinbaren, führt (iv) zu Wertungswidersprüchen zur Behandlung horizontaler Absprachen und zur Beurteilung vertikaler Zusammenschlüsse und widerspricht (v) einer korrekten Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG.

Eine Bekanntmachung gemäss Art. 6 KG stellt eine blosser Praxisfestlegung der Weko dar. Die Beschwerdeinstanzen sowie die Zivilgerichte sind entsprechend nicht an die neue Vertikalbekanntmachung gebunden. So bleibt immerhin zu hoffen, dass die soeben dargestellten Ungereimtheiten das Bundesverwaltungsgericht oder das Bundesgericht dazu bewegen werden, zumindest jene fatale Aussage in der Bekanntmachung 2007 umzustossen, welche die Widerlegung der Vermutung durch den Nachweis von Interbrand-

⁷⁴ ZÄCH (Fn. 65), Rn. 476; BGE 129 II 35, «Buchpreisbindung».

⁷⁵ Vgl. statt vieler R. VON BÜREN, *Der Konzern*, 2. Aufl., Basel, 2005, 470 ff. Soweit überblickbar sind in der schweizerischen Lehre einzig P. KRAUSKOPF/S. HENCKEL, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG: Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, *sic!* 2006, 740 ff., der Ansicht, dass Wettbewerbsabreden auch zwischen verschiedenen unter einer einheitlichen Leitung stehenden Konzerngesellschaften möglich sind. Vgl. hierzu C. LANG/R. JENNY, Keine Wettbewerbsabreden im Konzern, *sic!* 2007, 299 ff.

⁷⁶ Dass vertikale Unternehmenszusammenschlüsse nur gerade dann problematisch sind, wenn die beteiligten Unternehmen über eine erhebliche Marktmacht verfügen, kommt in den von der EU-Kommission am 28. November 2007 angenommenen Leitlinien zur Bewertung nicht-horizontaler Zusammenschlüsse, abrufbar unter http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/nonhorizontaltguidelines_de.pdf, insbes. Rn. 23, 27, 35, 61 und 99, unmissverständlich zum Ausdruck. Dieselben Grundsätze müssen auch für die Schweiz gelten, die sich im Rahmen der Fusionskontrolle seit jeher an der EU-Praxis orientiert, selbst wenn der materielle Beurteilungsmassstab der EU-Fusionskontrolle kein eigentlicher Marktbereichsherrschaftstest mehr ist.

⁷⁷ Siehe vorne III.3.a.

Wettbewerb nicht zulassen will. Weiter wäre es wünschenswert, wenn sich in der Behörden- und Gerichtspraxis durchsetzen würde, dass Vertikalabreden unter einer gewissen Marktanteilsschwelle im Sinne von Safe-Harbours per se zulässig sind. Bis solche Entscheide ergehen, könnten aber Jahre verstreichen, da kartellrechtliche Verfahren erstens oft eine sehr lange Verfahrensdauer haben, bis ein Entscheid rechtskräftig wird, und zweitens die Weko viele Verfahren auf informellen Weg erledigen wird, sodass gar keine anfechtbaren Verfügungen generiert werden. Bis dahin wird der durch die Bekanntmachung verursachte Zwangsjackeneffekt aber ohne Zweifel bereits starke Wirkung entfaltet haben – die meisten vertikalen Bindungen in der Schweizer Wirtschaft werden zu einem grossen Teil bereits in suboptimaler Weise überarbeitet worden sein.

Zusammenfassung

Seit dem 4. April 2004, dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes, fallen neben den «harten» horizontalen Kartellen auch gewisse vertikale Preis- und Gebietsabreden unter die Vermutungstatbestände, die mit direkten Sanktionen bedroht sind. Schon zuvor, im Jahr 2002, und danach, im Jahr 2007, hat die Wettbewerbskommission in Bekanntmachungen eine grundsätzlich interventionistische Haltung in der wettbewerbsrechtlichen Behandlung von Vertikalabreden signalisiert. In derselben Periode wurden in der EU und in den USA im Zuge einer ökonomisch besseren Fundierung der Wettbewerbspolitik («more economic approach») die wettbewerbsrechtlichen Zügel für Vertikalabreden gelockert. Obwohl das Bundesgericht und die Zivilgerichte nicht an die Bekanntmachung gebunden sind, resultiert daraus ein ernst zu nehmender Zwangsjackeneffekt, welcher Gegen-

stand des vorliegenden Beitrags bildet: Die Unternehmen werden im Rahmen der «regulatory compliance» nämlich dazu verleitet, in ihren Verträgen auf betriebswirtschaftlich optimale und bei richtiger Betrachtung auch kartellrechtlich unbedenkliche, ja sogar prokompetitive Vereinbarungen zu verzichten.

Tatsächlich ist in der Wettbewerbsökonomie heute weitgehend unbestritten, dass in der Regel nur Vertikalabreden im Zusammenhang mit signifikanter Marktmacht volkswirtschaftlich und sozial schädlich sind. Vergegenwärtigt man sich, dass sich die Leistungen der Vertragspartner einer Vertikalabrede in der Wertschöpfung anders als bei Horizontalabreden nicht konkurrenzieren (substituieren), sondern gerade ergänzen (komplementieren), dann wird offenbar, dass diese Komplementäre in erster Linie von gegenseitiger Effizienz profitieren. Steht die betreffende Wertschöpfungskette im so genannten Interbrand-Wettbewerb mit anderen Wertschöpfungsketten, dann können die Endkunden durch solche Abreden grundsätzlich nicht zu Schaden kommen, sondern sie werden über einen noch intensiveren Wettbewerb sogar davon profitieren.

Neben dem ökonomisch nicht gerechtfertigten Anachronismus zu den Entwicklungen im Ausland ergeben sich durch die neue Bekanntmachung auch unerwünschte Asymmetrien. So unterliegen Vertikalabreden de facto einem strengeren Regime als Horizontalabreden, da bei letzteren das Vorhandensein von Aussenwettbewerb stets zur Widerlegung der Vermutung anerkannt worden ist. Eine weitere Asymmetrie droht, indem auf vertikale Verträge unabhängiger Unternehmen unnötig stark Einfluss genommen wird, während die vertikalen Beziehungen in Konzernen mit dem Kartellgesetz nicht angegangen werden können. Dies verschafft den vertikal integrierten Konzernen einen regulatorischen Wettbewerbsvorteil und fördert

mithin vertikale Unternehmenszusammenschlüsse, welche von der Wettbewerbskommission ebenfalls nach einem viel grosszügigeren Massstab beurteilt werden als Vertikalabreden. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass all diese Inkonsistenzen und Gefahren der aktuellen Wettbewerbspolitik ohne weitere Gesetzesrevision beseitigt werden können. Dazu braucht es lediglich ökonomisch und juristisch fundierte Präjudizien und – wenn möglich darauf aufbauend – eine neue Bekanntmachung der Wettbewerbskommission. Bis dahin wird der «Zwangsjackeneffekt» der aktuellen Bekanntmachung aber bereits einen nicht zu unterschätzenden faktischen Einfluss auf die Schweizer Wirtschaft entfaltet haben.

Résumé

Depuis le 4 avril 2004, soit dès l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur les cartels, les présomptions légales qui entraînent des sanctions directes visent également, en plus des cartels horizontaux «durs», certains accords verticaux en matière de prix et d'attribution de territoires. Avant, en 2002, comme après, en 2007, la Commission de la concurrence s'est signalée dans ses communications par une attitude interventionniste de principe dans le traitement des accords verticaux. Durant la même période, les rigueurs du droit des cartels ont été assouplies pour les accords verticaux dans l'UE et aux USA, en application d'une politique de la concurrence qui soit économiquement mieux fondée («more economics approach»). Bien que le Tribunal fédéral et les tribunaux civils ne soient pas liés par les communications, il en résulte l'effet d'une camisole de force qui doit être pris au sérieux. C'est l'objet du présent article. Dans le cadre de leur «regulatory compliance», les entreprises sont en effet amenées à renoncer à des accords optimaux du point de vue de la gestion de l'entreprise, lors même qu'ils seraient inoffensifs, voire pro-

compétitifs en application d'une appréciation correcte du droit des cartels.

Sur le plan économique en effet, il est aujourd'hui largement incontesté que les accords verticaux ne sont généralement nuisibles du point de vue économique et social que s'ils sont en relation avec un pouvoir de marché significatif. Puisque les prestations des parties à un accord vertical, contrairement à ce qui se produit en matière d'accords horizontaux, ne sont pas en concurrence (pas de substitution), mais sont précisément complémentaires, en termes de valeur ajoutée, il est manifeste que ces éléments complémentaires profitent principalement de l'efficacité mutuelle. Puisqu'il existe plusieurs chaînes de valeur ajoutée dans ce que l'on appelle la concurrence intermarques, les consommateurs finaux ne

peuvent en principe pas subir un préjudice, et profiteront même d'une concurrence plus intensive.

Cette nouvelle communication constitue non seulement un anachronisme économiquement injustifié au regard des développements à l'étranger, mais elle provoque aussi des asymétries indésirables. Ainsi les accords verticaux sont de facto soumis à un régime plus strict que les accords horizontaux, puisque pour ces derniers la présomption a toujours pu être réfutée par la preuve de l'existence d'une concurrence externe. L'appréciation inutilement sévère des accords verticaux entre entreprises indépendantes risque de provoquer une autre asymétrie par rapport aux relations verticales dans les groupes de sociétés, que la loi sur les cartels ne peut appréhender. Les groupes de sociétés in-

tégrés verticalement bénéficient ainsi d'un avantage concurrentiel, ce qui encourage les regroupements verticaux d'entreprises que la Commission de la concurrence examine avec des critères plus favorables que les accords verticaux. Le présent article démontre que tous ces risques et incohérences de la politique de la concurrence peuvent être éliminés sans qu'il soit nécessaire de réviser la loi. Des précédents qui soient économiquement et juridiquement bien fondés suffiraient à cet égard, ainsi qu'une nouvelle communication de la Commission de la concurrence – qui se base si possible sur ces précédents. Mais dans l'intervalle, «l'effet de camisole de force» de la communication actuelle aura déjà concrètement influencé l'économie suisse d'une manière qu'il ne faut pas sous-estimer.