

Vertikale Preis- und Gebietsabreden

Eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG

von
Marc Amstutz/Mani Reinert*

Inhalt

I.	Einleitung	70
II.	Grundlagen	73
1.	Zweck des Kartellgesetzes	73
2.	Kartellgesetz und Individualschutz	78
a)	Argumente aus Art. 27 BV und dem Ingress	78
b)	Argumente aus Art. 7 KG	80
c)	Argumente aus Art. 4 Abs. 2 KG	81
3.	Integrationspolitische Dimension des Kartellgesetzes?	82
III.	Reichweite des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG	85
1.	Allgemeines	85
2.	Vertikale Preisabreden	87
a)	Übersicht	87
b)	Abrede	87
c)	Verschiedene Marktstufen	91
aa)	Grundsatz: Nur vertikale Abreden	91
bb)	Abgrenzung zu horizontalen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	92
cc)	Dual-Distribution	93
d)	Mindest- oder Festpreis	94
3.	Vertikale Gebietsschutzabreden	97
a)	Übersicht	97
b)	Abrede	98
c)	Begriff des „Vertriebsvertrages“	98
aa)	Vertikalabrede	98
bb)	Ausnahme für Lizenzverträge	99
d)	Gebietszuweisung	100
e)	Ausschluss von Verkäufen in zugewiesene Gebiete durch gebietsfremde Händler	101
aa)	Ausschluss von Verkäufen in zugewiesene Gebiete	102
bb)	Gebietsfremde Vertragspartner	103

* Für wertvolle Hinweise und Kritik danken wir Rechtsanwalt lic. iur. Klaus Neff LL.M. herzlich. Herrn lic. iur. André Holzer (Universität Freiburg i.Ue.) sind wir für die sorgfältige Betreuung des Manuskriptes verpflichtet.

f) Einzelne Klauseln	104
IV. Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG	105
1. Allgemeines	105
2. Realien	106
a) Marktmacht	106
b) Preisdifferenzierung	107
c) Empirisches	108
d) Wettbewerbspolitische Folgerungen	110
3. Voraussetzungen der Vermutungswiderlegung	111
a) Allgemeines	111
b) Aussenwettbewerb bei Vertikalabreden	111
c) „Innenwettbewerb“ bei Vertikalabreden	113
V. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG)	115
1. Allgemeines	115
2. Wettbewerbsbeeinträchtigung	115
a) Bisherige Praxis	115
b) Stellungnahme	117
3. Erheblichkeit	118
a) Bisherige Praxis	118
b) Stellungnahme	120
4. Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz	122
a) Allgemeines	122
b) Bisherige Praxis	122
c) Stellungnahme	123
VI. Sanktionierung unzulässiger Vertikalabreden	124

I. Einleitung

Was ist das neue Gesicht des schweizerischen Vertikalbeschränkungsrechts nach der Teilrevision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003? Mit dieser Frage konfrontiert, würde die Schuljurisprudenz anraten, den „Sinn“ des am 1. April 2004 in Kraft tretenden Art. 5 Abs. 4 KG mit Hilfe des herkömmlichen Auslegungskanons zu erschliessen. Obwohl es hier nicht darum geht, dieses methodologische Vorgehen einer Kritik zu unterziehen, sollte dennoch angemerkt werden, dass man sich damit auf eine Rechtsfindungstechnik einlassen würde, deren gedankliche Prämisse von denjenigen der heutigen Praxis des Wirtschaftsrechts abweichen¹.

¹ Vgl. nur ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, Bern/München 1998, 195 f.

Während die klassische Methodentheorie davon ausgeht, dass das Gesetz „entpersönlichter, objektivierter Bestimmungsgrund des Rechts“² ist und die Rechtsanwendungsregeln darauf ausrichtet, dem Richter jegliche Rechtsinnovation zu untersagen und ihn auf die Einhaltung des gesetzgeberischen Willens zu verpflichten³, hat die moderne Wirtschaftsgesetzgebung das Prinzip der richterlichen Gesetzesbindung an den Realitäten des Politischen auflaufen lassen. MESTMÄCKER hat vor längerer Zeit diesen Umstand kurz und bündig in immer noch gültiger Manier beschrieben:

„Ein ordnungsgemässes Gesetzgebungsverfahren gewährleistet als solches [...] nicht die Übereinstimmung der Gesetze mit den Erfordernissen einer freien Gesellschaft oder einer marktwirtschaftlichen Ordnung. Die Gesetzgebung wird ebenso wie die Verwaltung zum Instrument ‚punktueller Interventionen‘ (Walter Eucken). Gegenstand wirtschaftsrechtlicher Regelungen ist deshalb neben der Vorsorge gegen Marktversagen die Vorsorge gegen Politikversagen. Diese doppelte Aufgabe kennzeichnet die Institutionen und die Regeln des modernen Wirtschaftsrechts“⁴.

Dass sich diese „doppelte Aufgabe“ auf methodischer Ebene mit einem Ansatz, der auf der Fiktion eines für Rechtspolitik ausschliesslich zuständigen Gesetzgebers und eines unpolitischen Richters beruht, nicht lösen lässt, ist nicht strittig. Wie diese Aufgabe allerdings bewältigt werden sollte, darüber scheiden sich seit jeher die Geister⁵. Ein Konsens ist nicht in Sicht.

Natürlich könnte man über all das einfach hinwegsehen und so tun, als wäre die Welt der Rechtsmethodik nach wie vor eine heile. Oder man könnte abgeklärterresigniert den Standpunkt einnehmen, die traditionelle Methodenlehre des Rechts sei eben bloss Rhetorik und somit die Form, in der Rechtsentscheide, die von den Anweisungen dieser Lehre „in der Sache“ („materiell“) unberührt blieben, der Öffentlichkeit kommuniziert würden. Solche Wahrnehmungen der Methodentheorie würden erlauben, das geschilderte Problem als Scheinproblem abzutun. Übersehen würde damit allerdings die eigentliche Funktion der juristi-

² HASSO HOFMANN, *Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung*, Berlin 1998, 13.

³ Vgl. etwa NIKLAS LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1993, 289.

⁴ ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Recht in der offenen Gesellschaft: Hamburger Beiträge zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschafts- und Medienrecht*, Baden-Baden 1993, 38.

⁵ Vgl. die immer noch unübertroffene Übersicht bei WALTER R. SCHLUEP, *Was ist Wirtschaftsrecht?*, in: RICCARDO L. JAGMETTI/WALTER R. SCHLUEP (Hrsg.), *Festschrift für Walter Hug zum 70. Geburtstag am 14. April 1968*, Bern 1968, 25 ff.

schen Methodenlehre: Diese ist das wichtigste Instrument, das im Rechtssystem zur Verfügung steht, um zu gewährleisten, *dass die Strukturen des Rechts den Bedürfnissen der Gesellschaft angepasst („adaptiert“) bleiben*. In diesem Sinne könnte man die Rechtsmethodik als „*Thermostat*“ des Rechts bezeichnen: Ihre Regeln müssen, um die ihnen zugeordnete Funktion zu erfüllen, so ausgestaltet sein, dass *über die Zeit* ein „Gleichtakt“ von Recht und Gesellschaft – man könnte auch sagen: ein „abgestimmtes Spiel“ zwischen beiden – sichergestellt ist⁶. Aber was bedeutet das für die Rechtsfindung im Wirtschaftsrecht?

Insbesondere in der „Anlaufphase“ neuer Vorschriften der Wirtschaftsgesetzgebung mahnt die wiedergegebene Feststellung MESTMÄCKERS an, dem „Primat des Gesetzes für die methodische Deutung des Rechts“⁷, der das Grundaxiom der klassischen Rechtsmethodik bildet, mit Skepsis zu begegnen. In welcher Weise man diese „Gesetzeszentriertheit“ relativieren sollte, geht vielleicht immer noch am deutlichsten aus einem Zitat von LASK hervor, wonach „[d]as Gesetz [...] neben dem Gewohnheitsrecht, der richterlichen Gesetzesanwendung und anderen Anhaltspunkten nur eins der *Indizien* [ist], aus denen die Jurisprudenz das dahinter steckende System der zu einer bestimmten Zeit in einer bestimmten Gemeinschaft in Wahrheit ‚geltenden‘ [...] Rechtsnormen [...] gewinnen muss“⁸. In dieser Sicht erscheint das Gesetz als nur eine der vielen Quellen, die das Recht „irritieren“, informieren und in seiner Evolution vorantreiben.

Um diesen Gedanken zu entfalten, kann von einer Beobachtung VEBLENS, die die Wirtschaft betrifft, ausgegangen und eine Parallele zum Recht gezogen werden: Im Hinblick auf den Unternehmer hat dieser Autor festgestellt, dass dessen Verhalten im Wettbewerb „the outcome of his antecedents and his life up to the point at which he stands“ sei; anschliessend präzisiert er, dass dieses Verhalten als „the product [...] of hereditary traits and his past experience, cumulatively wrought out under a given body of traditions, conventionalities, and material circumstances“⁹ angesehen werden müsse. Ähnliches lässt sich für die

⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang die ausführlichere Darstellung dieses Verständnisses von juristischer Methodenlehre bei MARC AMSTUTZ, *Hic sunt leones: Von kollektiver Marktherrschaft und symbolischer Gesetzgebung im Coop/Waro-Entscheid der Wettbewerbskommission, sic! 2003*, 673 ff., 681 ff.

⁷ WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts: In vergleichender Darstellung*, Bd. IV: Dogmatischer Teil, Tübingen 1977, 141.

⁸ EMIL LASK, *Rechtsphilosophie*, in: EUGEN HERRIGEL (Hrsg.), *Emil Lask: Gesammelte Schriften*, Bd. 1, Tübingen 1923, 326.

⁹ THORSTEIN VEBLEN, *Why is Economics not an Evolutionary Science?*, *Q. J. Econ.* 12 (1898), 373.

Rechtsfindung festhalten. Diese wird von zahlreichen Diskursen geprägt, also nicht nur vom gesetzgeberisch-parlamentarischen, sondern auch vom doktrinell-wissenschaftlichen, richterlichen, zeitgenössisch-politischen, ökonomischen, kautelarjurisprudentiellen etc. Obendrein darf nicht vergessen werden, dass all diese untereinander verquickten Diskurse ihrerseits das Produkt historischer Entwicklungen sind. Daraus geht hervor, dass eine (Teil-) Revision der Wirtschaftsgesetzgebung, wie sie vorliegend mit Blick auf den neuen Art. 5 Abs. 4 KG zur Diskussion steht, unmöglich das regulierte Gebiet von Grund auf neu strukturieren kann. Vielmehr greift der Gesetzgeber in solchen Fällen in einen „sozial eingebetteten“ Rechtsdiskurs ein, der somit in seiner ganzen sachlichen und fachlichen Komplexität rekonstruiert werden muss. Auf diese Weise hat sich in der Praxis ein „argumentatives“ System in Platz gesetzt, das gewährleistet, dass ein sehr effektiver Schutzwall gegen die von MESTMÄCKER unterstrichene Gefahr des „Politikversagens“ im Wirtschaftsrecht errichtet wird.

Einer solchen „pluralistischen Quellenlehre“¹⁰ sind die nachfolgenden Überlegungen zu Sinn und Tragweite von Art. 5 Abs. 4 KG verpflichtet. Analysiert wird, inwiefern diese neue Bestimmung Recht und Praxis des schweizerischen Vertikalbeschränkungsrechts in dessen politischen, ökonomischen und juristischen Diskursverschleifungen verändert und fortentwickelt.

II. Grundlagen

1. Zweck des Kartellgesetzes

Der Zweck des Kartellgesetzes ist in der Literatur zwar nicht fundamental umstritten, verharret aber oft in einem unbestimmten Zwielficht. Man stösst in diesem Zusammenhang auf allerlei Umschreibungen, die letztlich (jedenfalls aus der Sicht der *praktischen* Anwendung) unverbindlich bleiben.¹¹ Wenig hilfreich

¹⁰ JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl., Tübingen 1990, 291 m.Nw.

¹¹ Vgl. (im Sinne einer Auswahl) MARINO BALDI, Les fondements de la nouvelle loi sur les cartels, in: WALTER A. STOFFEL (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartell- und Wettbewerbsrecht, Zürich 1996, 4 („En se fixant pour but d’assurer la ‚concurrency efficace‘, la nouvelle loi [sc. LCart 1995] part ainsi d’une conception réaliste de la concurrence, pour laquelle il n’existe pas de modèle intégral“); ROLF H. WEBER, Einleitung, Geltungsbereich und Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2: Kartellrecht, Basel et al. 2000, 32 („Der Zweck des Kartellgesetzes besteht in der *Förderung* des Wettbewerbs; [...]

sind in diesem Zusammenhang auch die heute üblich gewordenen Schilderungen verschiedener wettbewerbstheoretischer Schulen (die es in dieser scharfen Form ohnehin nie gegeben hat), ohne dass dabei deren praktische Bezüge thematisiert und in juristische Argumente übersetzt werden.

Bei der Bestimmung des Zwecks des Kartellgesetzes ist davon auszugehen, dass dieser gemäss Art. 96 Abs. 1 BV – der in Art. 1 KG seinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden hat – nicht in der Bekämpfung von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen schlechterdings, sondern ihrer „volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen“ liegt.¹² Wie TERCIER zutreffend ausführt, zeigt sich an dieser Formulierung, dass „l’article sur les cartels [sc. Art. 96 Abs. 1 BV] *n’est qu’un prolongement et un complément de l’art. 94 Cst.*“.¹³ Aufschlussreich ist das insofern, als nach Art. 94 Abs. 2 BV Bund und Kantone „mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt ... der Bevölkerung“ beitragen sollen. Daraus lässt sich zwanglos ableiten, dass der Zweck des Kartellgesetzes *allein* in der *Maximierung der sozialen Wohlfahrt* besteht. Wenn auch vorliegend nicht in extenso auf den Begriff der Wohlfahrt eingetreten werden kann, so ist dennoch dem Grundsatz nach festzuhalten:

Ökonomen verstehen unter sozialer Wohlfahrt klassischerweise die Summe von Konsumenten- und Herstellerrente. Die neoklassische Schule (der etwa COURNOT, JEVONS und WALRAS zugerechnet werden) hat sich in diesem Zusammenhang primär mit der *statischen Effizienz* auseinander gesetzt.¹⁴ Untersucht wurden die Voraussetzungen der Fähigkeit eines Unternehmens, seine Preise über die Grenzkosten anzuheben, und die Frage, wie verschiedene Faktoren (z.B.

heranzuziehen sind die jeweiligen geeignetsten markt- und wettbewerbstheoretischen Grundmuster, welche dem Ziel der Erhaltung funktionsfähiger Marktprozesse am besten dienen“); JOSEPH DEISS, *Les aspects économiques du nouveau droit de la concurrence*, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Hrsg.), *Commentaire Romand: Droit de la concurrence: Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce*, Genève et al. 2002, 81 Rz 41 („[...] [S]on but [sc. de la LCart] a été élargi et [...] il est maintenant aussi question de promouvoir la compétition. La concurrence est considérée désormais comme un cas normal et la loi vise à la protéger systématiquement contre les restrictions émanant des entreprises, dans l’intérêt d’une économie de marché fondée sur un régime libéral’ (art. 1 [...] LCart)“.

¹² Vgl. statt anderer PIERRE TERCIER, *Introduction générale*, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Hrsg.), *Commentaire Romand: Droit de la concurrence: Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce*, Genève et al. 2002, 12 Rz 56.

¹³ TERCIER (FN 12), 12 Rz 56 (Hervorhebung von den Verfassern).

¹⁴ Vgl. zur neoklassischen Schule z.B. JEAN-JACQUES FRIBOULET, *Histoire de la pensée économique: XVIIIè-XXè siècles*, Bruxelles/Zurich 2004, 79-116.

Arbeit und Kapital) bei gegebenen Produktionsfunktionen zu einem bestimmten Zeitpunkt optimal kombiniert werden können (sog. *allokative Effizienz*)¹⁵. Als optimaler Zustand wurde dabei derjenige der vollkommenen Konkurrenz angesehen, bei dem die Zahl der Anbieter wie auch der Nachfrager gross ist, beide Marktseiten vollständig informiert sind, die Produkte aller Anbieter vollkommen homogen sind, Transaktionskosten, sowie Marktein- und -austrittsschranken nicht existieren und die Hersteller sog. Price-Takers sind, d.h. den Marktpreis (etwa durch eine Erhöhung oder Reduktion des Ausstosses etc.) nicht beeinflussen können bzw. nur in einem Ausmass, das kaum mess- und deshalb vernachlässigbar ist.

Obwohl der Erkenntniswert des neoklassischen Wettbewerbsbegriffs, der den Aspekt der *allokativen Effizienz* ins Zentrum stellt, nicht zu unterschätzen ist, darf nicht übersehen werden, dass dieser Begriff lediglich *eine* Dimension des Wettbewerbs beleuchtet und insofern unvollständig ist.¹⁶ MORGENSTERN hat dem Begriff der allokativen Effizienz zu Recht vorgeworfen, dass er das prägende Moment der Rivalität zwischen Unternehmen durch die Vorstellung von Gleichgewichtszuständen ersetzt.¹⁷ Im Modell der vollkommenen Konkurrenz sind die Anbieter zur wettbewerblichen Tatenlosigkeit verurteilt und betätigen sich als reine Preisanpasser. Es ist das Verdienst von SCHUMPETER, der These zum Durchbruch verholfen zu haben, dass diese Art von Wettbewerb langfristig betrachtet nahezu bedeutungslos ist und die entscheidende Erscheinungsform des Wettbewerbs der Innovations- und Qualitätswettbewerb ist:

„This kind of competition [sc. Innovations- und Qualitätswettbewerb] is as much more effective than the other [sc. Preiswettbewerb] as a bombardment is in comparison with forcing a door, and so much more important that it becomes a matter of comparative indifference whether competition in the ordinary sense [sc. Preiswettbewerb] functions more or less promptly.”¹⁸

¹⁵ Vgl. dazu statt anderer GEORGE J. STIGLER, *The Organization of Industry*, Chicago/London 1968, 5-22.

¹⁶ Vgl. ULRICH WITT, *Coordination of Individual Economic Activities as an Evolving Process of Self-Organisation*, *Economie appliquée* XXXVII (1985), 569-595.

¹⁷ OSKAR MORGENSTERN, *Thirteen Critical Points in Contemporary Economic Theory*, *J. Economic Literature* 10 (1972), 1163-1189.

¹⁸ JOSEPH A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 3. Aufl., New York 1950, 84 f.; gegen die Tendenz, Preiswettbewerb als Haupt- wenn nicht gar einzige Form des Wettbewerbs zu betrachten vgl. auch die lesenswerte Abhandlung von WILLIAM J. BAUMOL, *The Free-Market Innovation Machine – Analyzing the Growth Miracle of Capitalism*,

Auf empirischer Ebene wurde die SCHUMPETERSche These im Jahre 1957 durch eine bahnbrechende Studie von SOLOW bestätigt.¹⁹ SOLOW wies für die Zeit von 1909 bis 1949 am Beispiel des US-amerikanischen nichtlandwirtschaftlichen Sektors nach, dass nur 12.5% (später korrigiert auf 19%) der Outputsteigerung pro Arbeitsstunde auf den vermehrten Einsatz von Kapital zurückzuführen sei. Das restliche Wachstum schrieb SOLOW einem residualen Faktor zu, den er als „technischen Wandel“ bezeichnete. Bei diesem Faktor handelte es sich – wie auch SOLOW vermutete –²⁰ vorrangig um Verbesserungen der Produktionsmethoden und -ausrüstung sowie um gesteigerte Fähigkeiten des Faktors Arbeit.²¹ Dies zeigt, dass der Fokus der ökonomischen Analyse primär auf die *dynamische* Effizienz (und nicht auf allokativen Effizienz) zu richten ist.²²

Es sei an dieser Stelle nicht verschwiegen, dass die Modellierung der dynamischen Effizienz anspruchsvoll ist. Dies vor allem, weil das herkömmliche analytische (an der statischen Effizienz ausgerichtete) Instrumentarium, das von der neoklassischen Ökonomie zur Verfügung gestellt wird, hier wenig Hilfe bietet.²³ Erst in den 1970er und 1980er Jahren haben die innovationsökonomischen Arbeiten von NELSON/WINTER,²⁴ DOSI²⁵ und anderen zur Entwicklung analytischer Instrumente beigetragen, mit denen sich die dynamische Effizienz modellieren lässt.²⁶ Seither hat sich die sog. *Evolutorische Ökonomik* etabliert.²⁷

Princeton/Oxford 2002 (insbesondere 1-16, 153); LAWRENCE ABBOTT, *Quality and Competition, An Essay in Economic Theory*, New York 1955, 95-123.

¹⁹ ROBERT M. SOLOW, *Technical Change and the Aggregate Production Function*, *Rev. Econ. Statist.* 39 (1957), 312-320.

²⁰ SOLOW (FN 19), 312 und 316 f.

²¹ Vgl. SOLOW (FN 19), 312 und 316 f.; FREDERIC MICHAEL SCHERER, *New Perspectives on Economic Growth and Technological Innovation*, Washington D.C. 1999, 24.

²² Vgl. SCHERER (FN 21), 24.

²³ Vgl. statt anderer ULRICH WITT, *The Evolving Economy: Essays on Evolutionary Approach to Economics*, Cheltenham/Northampton 2003, 3-6.

²⁴ Vgl. in erster Linie RICHARD R. NELSON/SIDNEY G. WINTER, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge/London 1982; vgl. ferner auch die Übersicht bei RICHARD R. NELSON, *Recent Evolutionary Theorizing about Economic Change*, *J. Economic Literature* 33 (1995), 48-90.

²⁵ Vgl. insbesondere GIOVANNI DOSI, *Technical Change and Industrial Transformation: The Theory and an Application to the Semiconductor Industry*, London et al. 1984.

²⁶ Vgl. statt anderer ESBEN SLOTH ANDERSEN, *Evolutionary Economics: Post-Schumpeterian Contributions*, London/New York 1994.

²⁷ Die Beiträge, die eine Übersicht über die Evolutorische Ökonomik geben, sind nicht mehr überschaubar; cf. z.B. CARSTEN HERRMANN-PILLATH, *Grundriss der Evolutionsökonomik*, München 2002; informativ ist auch der Reader von WITT (FN 23); aus dogmenhistorischer

Auch wenn in diesem Rahmen manches auf einer abstrakt-theoretischen Ebene bleibt,²⁸ darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass in jüngerer Zeit verschiedene wissenschaftliche Publikationen²⁹ und behördliche Entscheidungen³⁰ gezeigt haben, dass der evolutorische Ansatz laufend Fortschritte macht.³¹ Entsprechend wird bei der Anwendung des Kartellgesetzes eine Analyse nach Gesichtspunkten der dynamischen Effizienz im Vordergrund stehen müssen.³² Gerade die nachstehenden Ausführungen zu Art. 5 Abs. 4 KG zeigen, dass solche Gesichtspunkte von durchaus praktischer Tragweite sein können.³³

Abschliessend lässt sich festhalten, dass bei der kartellgesetzlichen Beurteilung von Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen darauf abgestellt werden muss, welche Auswirkungen diese auf die soziale Wohlfahrt haben. Wird diese vermindert, so ist die Verhaltensweise zu untersagen; andernfalls, d.h. bei Wohl-

Sicht GEOFFREY M. HODGSON, *Economics and Evolution: Bringing Life Back into Economics*, Ann Arbor 1993.

²⁸ WOLFGANG KERBER, *Evolutorische Wettbewerbskonzeptionen*, in: MATHIAS ERLEI/MARCO LEHMANN-WAFFENSCHMIDT (Hrsg.), *Curriculum Evolutorische Ökonomik: Lehrkonzepte zur Evolutorischen Ökonomik*, Marburg 2002, 182.

²⁹ Vgl. z.B. WOLFGANG KERBER, *Evolutionäre Marktprozesse und Nachfragemacht: Das Nachfragemachtproblem im Rahmen einer evolutionären Spielraumanalyse und Kritik seiner bisherigen wettbewerbspolitischen Behandlung*, Baden-Baden 1989; DERS./OLIVER BUDZINSKI, *Wettbewerbspolitik: Zum Problem wachsender Unternehmenskonzentration auf globalisierten Märkten*, in: LAMBERT T. KOCH (Hrsg.), *Wirtschaftspolitik im Wandel*, München/Wien 2001, 245-272; JÜRGEN RÖPKE, *Externes Unternehmenswachstum im ökonomischen Evolutionsprozess*, *Ordo* 41 (1990), 151-172; MARC AMSTUTZ, *Kollektive Marktbeherrschung im europäischen Wettbewerbsrecht: Eine evolutorische Perspektive*, Tübingen 1999; DERS. (FN 6), 679 ff.; BORIS ETTER, *The Assessment of Mergers in the EC under the Concept of Collective Dominance: An Analysis of the Recent Decisions and Judgements – by an Economic Approach*, *Law & Econ. Rev.* 23 (2000), 122 f.

³⁰ Vgl. in erster Linie RPW 2003/3, 559 ff., *Coop/Waro*; RPW 2002/1, 77 ff., *Benzinmarkt Schweiz (Zeitraum 1993-2000)*; RPW 2002/1, 97 ff., *Mobilfunkmarkt*; EuG, 6.6.2002, Rs. T-342/99, Slg. 2002-II 2585 ff.

³¹ Als umfassendste Studie über die Möglichkeiten einer evolutorischen Wirtschaftspolitik vgl. WERNER EBERT, *Wirtschaftspolitik aus evolutorischer Perspektive: Ein konzeptioneller Beitrag unter Berücksichtigung kommunaler Aufgabenwahrnehmung*, Hamburg 1998.

³² So auch KERBER (FN 28), 174: „Ob die neoklassische oder evolutorische Perspektive stärker im Vordergrund steht, hängt dabei von dem jeweiligen ökonomischen Problem ab“.

³³ Vgl. unten, IV.2.b).

fahrtssteigerung oder bei wohlfahrtsökonomischer Neutralität, muss die Verhaltensweise für zulässig erklärt werden.³⁴

2. Kartellgesetz und Individualschutz

a) *Argumente aus Art. 27 BV und dem Ingress*

Gegen die hier vertretene Auffassung liesse sich einwenden, dass der Zweck des Kartellgesetzes auch auf einen *Individualschutz* abziele.³⁵ Diese These wird zuweilen mit dem Argument untermauert, dass der revidierte Text des Ingresses nunmehr auch Art. 27 Abs. 1 BV erwähnt. Hieraus wird von einem Teil der Lehre gefolgert, dass die Handlungsfreiheit des Einzelnen neu zum Schutzgut des Kartellgesetzes erhoben worden sei.³⁶ Von praktischer Bedeutung wäre diese These unter anderem im Zusammenhang mit Fällen der Nichtbelieferung von Händlern, sei es bei der Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung oder bei Gebietsschutzabreden. Das Argument ginge dahin, dass dem Händler gegenüber dem Hersteller aufgrund von Art. 27 Abs. 1 BV ein Anspruch auf Belieferung zustehe. Eine derartige Interpretation ist indessen abzulehnen:

Einmal ist daran zu erinnern, dass der geänderte Ingress *ohne weitere Diskussion* (d.h. unreflektiert) im Parlament gutgeheissen wurde. Der Text des Ingresses war gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf von der WAK des Nationalrates geändert worden und wurde vor den Räten nicht weiter erörtert. Offensichtlich stand das Parlament unter dem *unrichtigen* Eindruck, dass es bloss um eine Anpassung des Ingresses an die Enumeration der neuen Bundesverfassung ging. In Anbetracht dieses Umstandes ginge es zu weit, aus dem Ingress einen gesetzgeberischen Entscheid zugunsten der These eines wettbewerblichen Individualschutzes abzuleiten.

Überhaupt wäre mit dem Hinweis auf Art. 27 BV für die Auslegung des Kartellgesetzes nichts gewonnen, da *alle* Unternehmen durch die Wirtschaftsfrei-

³⁴ Gl. M. wohl ROGER GRONER, Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen: quo vadis?, recht 20 (2002), 65 f.; DERS., Verweigerung von Geschäftsbeziehungen unter Schweizer und US Wettbewerbsrecht, SZW 73 (2001), 265-281, 267; JULIA XOUDIS, Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence, Zürich et al. 2002, 103 f.

³⁵ So ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2: Kartellrecht, Basel et al. 2000, 137-229, 151 f.; RETO JACOBS/JOHANNES A. BÜRGI, Auswirkungen der Kartellgesetzrevision auf Verträge, SJZ 100 (2004), 149-157, 150 f.

³⁶ JACOBS/BÜRGI (FN 35), 149-157, 151.

heit geschützt sind. Bleibt man beim Beispiel des nicht belieferten Händlers, zeigt sich, dass nicht nur dieser, sondern auch der Hersteller in den Genuss der Wirtschaftsfreiheit kommt, die namentlich seine Vertragsfreiheit³⁷ und seine Freiheit, den Vertrieb seiner Produkte nach eigenem Belieben zu gestalten, umfasst. Beachtet man, dass Wirtschaftsfreiheit „Freiheit für und gegen den Wettbewerb“³⁸ ist, dass also „Freiheit [...] nicht nur Voraussetzung des Wettbewerbs (*positive Wettbewerbsfreiheit!*) [ist], sondern auch Möglichkeit zur rechtsgeschäftlichen Verhinderungen oder Beseitigung wettbewerblichen Handelns (*negative Wettbewerbsfreiheit!*)“³⁹ wird leicht erkennbar, dass mit dem Markt immer auch *Freiheitskollisionen* einhergehen. Wollte man sich den Schutz der Handlungsfreiheit auf die wettbewerbspolitischen Fahnen schreiben, müsste zunächst entschieden werden, *welche* dieser kollidierenden Freiheiten im Einzelfall als *höherwertig* zu betrachten wäre. Der Rückgriff auf das Freiheitsrecht des einzelnen bietet keine Hilfe bei der Beantwortung dieser Frage. Es müsste damit auf übergeordnete Kriterien zurückgegriffen werden. Solche stehen freilich – dies eine alte Erkenntnis der Privatrechtstheorie – nicht zur Verfügung (was unter anderem auch einer der Gründe für eine Kartellgesetzgebung ist⁴⁰).

³⁷ Vgl. RENÉ RHINOW, Art. 31 f. BV, in: JEAN-FRANÇOIS AUBERT/KURT EICHENBERGER/JÖRG PAUL MÜLLER/RENÉ A. RHINOW/DIETRICH SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel et al. 1988, Art. 31 Rz 84, Art. 31^{bis} Rz 187; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht: Die neue Bundesverfassung, 5. Aufl., Zürich 2001, N 630; BGE 113 Ia 126, 139 E. 8.c); RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel und Frankfurt a. M. 1998, 427 Rz 10.

³⁸ WALTER R. SCHLUEP, Wettbewerbsfreiheit – staatliche Wirtschaftspolitik: Gegensatz oder Ergänzung?, ZSR 110 (1991) I, 57, 65 f.

³⁹ SCHLUEP (FN 38), 52; 60-65; vgl. auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (FN 37), 427 f. Rz 10; FRITZ GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, 40; GIOVANNI BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse, Zürich 2001, 782 Rz 8 FN 26; RENÉ A. RHINOW/ANDRÁS A. GUROVITS, Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung direkter Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD), RPW 2001/3, 597 Rz 5; unklar, aber wohl a.M. YVO HANGARTNER, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, in: FURRER JÜRIG/GEHRIG BRUNO (Hrsg.), Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik: Festschrift für Franz Jaeger, Chur/Zürich 2001, 337-352; YVO HANGARTNER, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, recht 20 (2002), 53-62; ZÄCH (FN 44), 380; DERS. (FN 35), 145.

⁴⁰ Vgl. WALTER R. SCHLUEP, in: LEO SCHÜRMAN/WALTER R. SCHLUEP (Hrsg.), Handkommentar zum Kartellgesetz und zum Preisüberwachungsgesetz, Zürich 1988, 305-309.

Aus denselben Überlegungen geht auch der Hinweis auf Art. 35 Abs. 2 und 3 BV fehl.⁴¹

Ein weiteres Defizit des hier abgelehnten Ansatzes besteht schliesslich darin, dass er der Aufgabe der Wirtschaftsverfassung in der Marktgesellschaft widerspricht: Die Wirtschaftsverfassung hat als „Bauplan“ die Aufgabe, die Vielfalt von Normen einzuschränken, die sich als mögliche institutionelle Umwelten von ökonomischen Aktivitäten zur Selektion anbieten. Das bedeutet namentlich, dass die Wirtschaftsverfassung inhaltlich keine wettbewerbspolitisch gehaltvolle Anleitungen enthält, sondern lediglich die „äusseren“ Schranken einer den Markt ermöglichenden Politik definiert.⁴² Dementsprechend können dem Kartellgesetz auch keine konkreten Inhalte mit Hilfe der Verfassung zugeschrieben werden. Denn solche Inhalte enthält diese als Bauplan gerade nicht.⁴³

b) Argumente aus Art. 7 KG

Das Kartellgesetz enthält sodann (mit Ausnahme des Ingresses) keine Hinweise auf eine persönlichkeitschutzorientierte Zielsetzung.⁴⁴ Dessen ungeachtet leitet

⁴¹ So aber HANGARTNER (FN 44), 322.

⁴² Eingehend MARC AMSTUTZ, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden 2001, 27 f.; DERS. (FN 44), 1479 f.; in eine ähnliche Richtung auch GYGI (FN 39), 46 („Man sollte sich davor hüten, die gesamte Rechts- und Wirtschaftsordnung aus den Grundrechten allein ableiten und aus ihnen herausaugen zu wollen.“); RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (FN 37), 79 Rz 75.

⁴³ A.M. HANGARTNER (FN 44), 323-325, der indessen dieses Problem nicht erörtert.

⁴⁴ In der Lehre herrscht die Meinung vor, dass mit der Kartellgesetzrevision von 1995 der persönlichkeitsrechtliche Schutzzweck der Novellen von 1962 und 1986 eliminiert worden ist; vgl. WALTER R. SCHLUEP, *Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts*, AJP 5 (1996), 805-808; MARC AMSTUTZ, *Der Begriff der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5f KG: Anwendbarkeit des Kartellrechts auf einseitige vertragliche Konkurrenzverbote?*, AJP 7 (1999), 1478; CHRISTIAN J. MEIER-SCHATZ, *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen*, Art. 5-8, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, 21-70, 19 f.; CHRISTOPH G. LANG, *Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz*, Bern 2000, 18 f., 35; FRANZ HOFFET, *Art. 5 KG*, in: ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/Franz Hoffet/Patrik Ducrey (Hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, Art. 5 Rz 66; MARINO BALDI, *Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes*, in: ROGER ZÄCH (Hrsg.), *Das neue schweizerische Kartellgesetz*, Zürich 1996, 3-19, 3 und 4 f.; MARCEL DIETRICH/MARKUS SAURER, *Ist eine Marke ein Markt? Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen*, *sic!* 2001, 597-600; MARIEL HOCH CLASSEN, *Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht*, Zürich 2003, 201 f.; anders ROGER ZÄCH, *Sind die wettbewerbsrechtlichen Spiesse der KMU im Vergleich zu Grossunternehmen gleich lang?*, in: JÜRGE FURRER/BRUNO GEHRIG (Hrsg.), *Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik: Festschrift für Franz Jaeger*, Chur/Zürich 2001, 373-384, 380;

ein Teil der Lehre einen Individualschutz aus Art. 7 Abs. 1 KG (der von der Behinderung von Unternehmen und der Benachteiligung der Marktgegenseite spricht) ab.⁴⁵ Dem ist entgegen zu halten, dass die Behinderung bzw. Benachteiligung von anderen Marktteilnehmern nicht per se unzulässig ist, sondern nur, wenn sie missbräuchlich ist.⁴⁶ Auch Art. 12 KG kann nicht gegen die hier vertretene Auffassung angeführt werden.⁴⁷ Denn Ansprüche, die sich auf diese Bestimmung stützen, setzen eine „unzulässige Wettbewerbsbeschränkung“ (und nicht nur eine Behinderung im Wettbewerb) voraus.⁴⁸

c) *Argumente aus Art. 4 Abs. 2 KG*

folgendes

Auch aus der neuen Fassung von Art. 4 Abs. 2 KG kann nichts im Hinblick auf eine individualschutzorientierte Zielsetzung des Kartellgesetzes abgeleitet werden.⁴⁹ Auch wenn hierauf nicht in extenso eingetreten werden kann, sei kurz angemerkt:

Der Bundesrat hatte die Änderung von Art. 4 Abs. 2 KG in seiner Botschaft bekanntlich mit dem (im Wortlaut der geänderten Fassung nicht zum Ausdruck kommenden) Bestreben begründet, dass bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen sei, sondern auch (zumal auf Seiten der KMU bestehende) Abhängigkeitsverhältnisse berücksichtigt werden müssten.⁵⁰

Im National- aber auch im Ständerat gab es dann verschiedene Vorstösse, mit denen just dieses Anliegen explizit in Art. 4 Abs. 2 KG kodifiziert werden sollte.⁵¹ National- und Ständerat verwarfen letztlich alle diese Anträge. Stellvertre-

ZÄCH (FN 35), 145, 151 f.; YVO HANGARTNER, *Selektive Vertriebssysteme als Problem des Wettbewerbsrecht*, sic! 2002, 324; OLIVIER SCHALLER, *Les ententes à l'importation en droit de la concurrence*, Freiburg 2002, 263 f. Rz 719-720; unklar BGE 129 II 18, 24 E. 5.2.1, *Buchpreisbindung*.

⁴⁵ ZÄCH (FN 44), 380 FN 31.

⁴⁶ Im Ergebnis gl.M. GRONER (FN 34), 66.

⁴⁷ ZÄCH (FN 44), 380 FN 31.

⁴⁸ Gl.M. DIETRICH/SAURER (FN 44), 599.

⁴⁹ FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, *Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung*, *Anwaltsrevue* 2004, 129-133, 129 FN 4; a.M. JACOBS/BÜRGI (FN 35), 151.

⁵⁰ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 2045.

⁵¹ Vgl. die Voten von Ständerat E. David, AB S 2003 328 2. Spalte; Ständerat Th. Maissen, AB S 2003 328 1. Spalte sowie Nationalrätin H. Fässler, AB N 2003 832 1. und 2. Spalte.

^{er} Mit anderen Worten ist für das bundesrätliche Bestreben einer Ausweitung des Marktbeherrschungsbegriffes im Parlament eine Absage.
MARC AMSTUTZ/MANI REINERT

tend für die letztlich im Parlament obsiegende Auffassung kann die Argumentation von Nationalrat Johann Schneider angeführt werden, der davor warnte, dass bei einer Kodifizierung der in der Botschaft des Bundesrates zum Ausdruck kommenden Auffassung Unternehmen einfacher und ohne dass dies der wirtschaftlichen Realität entspreche, als marktbeherrschend erklärt werden könnten. Derselbe Parlamentarier verwies auch darauf, dass die beantragte Ausdehnung des Marktbeherrschungsbegriffes nicht KMU-freundlich sei, da auch KMU als Nischenanbieter durchaus marktbeherrschend sein könnten, weil sie oft weltweit die einzigen Zulieferer seien.⁵²

3. Integrationspolitische Dimension des Kartellgesetzes?

Gegen die hier vertretene Sicht, das Kartellgesetz bezwecke die Steigerung der sozialen Wohlfahrt, könnte ferner eingewendet werden, sie sei insoweit zu eng, als das Kartellgesetz neben der wettbewerbspolitischen auch eine integrationspolitische Zielsetzung verfolge.⁵³ Gerade im Zusammenhang mit vertikalen Abreden wird dieses Argument in mehr oder minder ausgeprägter Form immer wieder geltend gemacht. Auf diese Weise wird versucht, die strenge Praxis der Europäischen Kommission gegenüber dem Verbot passiver Parallelimporte ins schweizerische Recht zu übernehmen. In dieser Form ist das integrationspolitische Argument abzulehnen.⁵⁴ Um das darzulegen, muss zunächst auf das Verhältnis von Wettbewerbs- und Integrationspolitik eingegangen werden.

⁵² Votum von Nationalrat J. N. Schneider, AB N 2003 831 1. Spalte.

⁵³ Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, 169 f. Rz 295 mit Verweis auf Art. 23 Abs. 1 FHA und Art. 15 EFTAV (dagegen: XOUDIS [FN 34], 100-102). Die Frage, inwiefern sich aus Art. 23 Abs. 1 FHA und Art. 15 EFTAV eine integrationspolitische Dimension des Kartellgesetzes ergibt, soll hier nicht ex professo abgehandelt werden. Hingewiesen sei indessen darauf, dass der Frage, wird das Ziel der Integrationspolitik nicht im Sinne der von der Europäischen Kommission betriebenen Politik verstanden, wohl wenig praktische Bedeutung zukommt. Denn dann dürften sich kaum je Wertungskonflikte zwischen dem Ziel der Wohlfahrtsmaximierung und demjenigen der Integrationspolitik ergeben.

⁵⁴ In diesem Sinne SIMON HIRSBRUNNER, Neue Wettbewerbspolitik der Europäischen Union gegenüber Vertriebsvereinbarungen: wie reagiert die Wettbewerbskommission?, AJP 9 (2000), 275; DERS., Neue EU-Regeln für Vertriebsvereinbarungen, vor einem unkritischen Nachvollzug der Schweiz?, NZZ vom 7. März 2000, Nr. 56, 23; PETER GLOOR/MATTHIAS STAEHELIN, Vertikale Vereinbarungen im schweizerischen Kartellrecht und die „rule of reason“, in: PETER FORSTMOSER et. al. (Hrsg.), Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, 312; CARL BAUDENBACHER, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, AJP 5 (1996), 833; a.M. wohl ULRICH IMMENGA, Die Marke im Wettbewerb – Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 2002, 376.

Die Verwirklichung des Europäischen Binnenmarktes ist bekanntlich vom Bestreben geleitet, den zwischenstaatlichen Handel gleichermassen von hoheitlichen und privaten Hindernissen zu befreien. Vor diesem Hintergrund mag es auf der Hand liegen, Gebietsabsprachen besonderes kritisch zu betrachten, da sie dem Gedanken eines einheitlichen Marktes vordergründig diametral zuwiderlaufen. In den Worten der Europäischen Kommission soll „den Unternehmen nicht erlaubt sein, neue Schranken zwischen Mitgliedstaaten zu errichten, wo staatliche Barrieren erfolgreich abgebaut worden sind“⁵⁵. Ist nun – so ist zu fragen – diese integrationspolitische Perspektive etwas, das qualitativ von einem wohlfahrtsökonomischen Verständnis des Kartellgesetzes verschieden ist? Steht sie mit diesem gar in Konflikt? Das Beispiel des absoluten Gebietsschutzes zeigt, dass dem nicht so ist: Ein solcher kann nämlich notwendig sein, um z.B. einen Händler zur Übernahme von Investitionen zu bewegen, die erforderlich sind, um Güter neu in einen Markt einzuführen oder einen geringen Marktanteil zu steigern. In diesem Fall fällt das wohlfahrtsökonomische Urteil über den absoluten Gebietsschutz positiv aus.⁵⁶ Dasselbe gilt aber auch für die Beurteilung des Sachverhalts aus integrationspolitischer Warte, da absoluter Gebietsschutz den internationalen Warenaustausch und die gegenseitige Marktintegration in solchen Fällen in grösserem Umfange erst möglich macht.⁵⁷ Im übrigen können mit absolutem Gebietsschutz verbundene internationale Preisdifferenzierungen global/international betrachtet auch wohlfahrtsfördernd sein.⁵⁸

Warum gehen dann Lehre und Praxis oft (und, wie gezeigt, zu Unrecht) davon aus, dass beide Perspektiven zu unterscheiden seien? Der Grund dürfte letztlich darin liegen, dass die Europäische Kommission durch ihre harte Haltung gegenüber absolutem Gebietsschutz das Vertragsziel der Binnenmarktintegration

⁵⁵ ABl 2000 C 291/3 Rz 7, Leitlinien für vertikale Beschränkungen.

⁵⁶ Vgl. hierzu MANI REINERT, *Ökonomische Grundlagen zur kartellrechtlichen Beurteilung von Alleinvertriebsverträgen*, Zürich 2004, 110-115.

⁵⁷ G.I.M. SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts Application and Measurement*, London et al. 2002, 5 f. ¶1.09; REIN WESSELING, *The Modernisation of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland 2000, 98; vgl. auch OECD, *Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements*, Paris 1994, 189; a.M. ROGER ZÄCH, *Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht*: Anton Heini zum 65. Geburtstag, SJZ 91 (1995), 308.

⁵⁸ DAVID A.MALUEG/MARIUS SCHWARTZ, *Parallel imports, demand dispersion, and international price discrimination*, J. Int. Econ. 37 (1994), 167-195; BENOÎT DURAND/ANDRÈS F. GALARZA/KIRTIKUMAR MEHTA, *The Interface between competition policy and international trade liberalisation. Looking into the Future: Applying a new virtual ant-trust standard*, World Competition 27 (2004), 10 f.

für die eben geschilderten Überlegungen „unempfänglich“ gemacht hat.⁵⁹ Sie tendiert dazu, ihr Augenmerk lediglich auf die im Rahmen des Intra-brand-Wettbewerbs verhinderten Parallelimporte zu richten und darob zu vergessen, dass durch Gebietsschutz die über offizielle Vertriebskanäle fließenden Warenströme vergrößert werden. Nicht geprüft wird mit anderen Worten, ob die Verhinderung von Parallelimporten gesamthaft gesehen (und vor allem auch längerfristig) der Steigerung des Warenverkehrs zwischen zwei nationalen Märkten (und damit der gegenseitigen Marktintegration) dient. Das Augenmerk wird vielmehr isoliert auf die Warenströme im Rahmen von Parallelimporten gerichtet. Ein eindrückliches Beispiel dafür ist die *Distillers*-Entscheidung, mit der die Europäische Kommission das von Distillers praktizierte Dual-Pricing verbot, obwohl sie damit die angestrebte gegenseitige Marktintegration (zumindest vorübergehend) gerade verhinderte.⁶⁰ Ein weiteres Beispiel dürfte die VW-Entscheidung darstellen, wo die Europäische Kommission den Umstand, dass die Verhinderung von Parallelimporten VW die Entscheidung darüber ersparte, den italienischen Markt infolge der massiven Kursverluste der Lira nicht mehr zu beliefern, nicht berücksichtigte.⁶¹ Pointiert formuliert ist an die Stelle des Ziels der Binnenmarktintegration das eiserne Gebot der Zulässigkeit von Parallelimporten getreten. Die Betonung des Binnenmarktgedankens hat damit im Rahmen des Art. 81 EG eine Eigendynamik gewonnen, die auch gemessen an den Zielen des EG-Vertrages problematisch ist.⁶²

⁵⁹ Vgl. auch SIMON BISHOP/DEREK RIDYARD, E. C. Vertical Restraints Guidelines: Effects Based or Per Se Policy?, ECLR. 23 (2002), 35 f., die diesbezüglich von der „Commission schizophrenia“ sprechen und die Kritik des GA Roemer im Fall Grundig-Consten/ Kommission (verb. Rs. 56 und 58/64, Slg. 1966, 431 f., 441f., Schlussanträge des GA Roemer), welcher der EuGH indessen nicht gefolgt ist.

⁶⁰ ABl 1978 L 50/16 ff., *The Distillers Company Limited – Verkaufs- und Preisbedingungen*.

⁶¹ ABl 1998 L 124/60 ff., VW.

⁶² Vgl. auch Schlussanträge des GA Warner, Rs. 30/78, Slg. 1980, 2288 f., *Distillers Company/ Kommission*; EuG, 26.10.2000, Rs. T-41/96, Slg. 2000-II Rz 181, *Bayer AG/Kommission*.

III. Reichweite des Vermutungstatbestandes von Art. 5 Abs. 4 KG

1. Allgemeines

Auf eine einfache Formel gebracht besagt Art. 5 Abs. 4 KG, dass vertikale Abreden über Mindest- oder Festpreise und über die Errichtung eines absoluten Gebietsschutzes vermutungsweise wirksamen Wettbewerb beseitigen.

Art. 5 Abs. 4 KG war im bundesrätlichen Entwurf noch nicht enthalten. Diese Bestimmung wurde erst während der parlamentarischen Beratungen eingeführt. Um ihren Wortlaut wurde intensiv gerungen. Der Nationalrat schlug eine Fassung vor, die (wohl ungewollt) die grosse Mehrheit der Alleinvertriebsverträge und selektiven Vertriebssysteme dem Vermutungstatbestand unterstellt hätte.⁶³ Die Mehrheit der WAK des Ständerates schränkte den Vermutungstatbestand dann (im Sinne der heute geltenden Fassung) ein, während die Minderheit dieser Kommission den Vermutungstatbestand gegenüber der Fassung des Nationalrates noch einmal ausweiten wollte.⁶⁴ Die von der Mehrheit der WAK des Ständerates beantragte, nunmehr Gesetz gewordene, Fassung ist sprachlich wohl nicht restlos geglückt. Die Rechtsfindung im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG muss deshalb auf verschiedenen Ebenen stattfinden, d.h. sowohl auf der Ebene der Fragestellungen, die Vertikalabreden *allgemein* aufwerfen, als auch auf der Ebene der Probleme, die *spezifisch* mit den zwei von der Bestimmung anvisierten Abreden (Preis- und Gebietsabreden) einhergehen. Vorliegend soll aber zunächst auf zwei Punkte eingegangen werden, die für die Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG von allgemeingültiger Tragweite sind. Dem schliessen sich Überlegungen an, die besonders auf die Preis- bzw. Gebietsabreden zugeschnitten sind.

⁶³ Art. 5 Abs. 4 KG in der vom Nationalrat am 26. September 2002 beschlossenen Fassung lautete:

„Diese Vermutung gilt auch für Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die direkte Festsetzung von Preisen sowie für Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Vorbehalten bleiben exklusive und selektive Vertriebssysteme, sofern sie keine Marktabschottung bewirken“.

⁶⁴ Der Antrag der Minderheit der WAK für den neuen Art. 5 Abs. 4 KG lautete:

„Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die direkte oder indirekte Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern, welche eine Marktabschottung zum Gegenstand haben“.

Für das Verständnis von Art. 5 Abs. 4 KG ist zunächst allgemein bedeutsam, dass – wie die parlamentarischen Voten zeigen – keine Regelung geschaffen werden sollte, die Verhaltensweisen, welche nach dem *Recht der EG* (d.h. Art. 4 Bst. a und b VO [EG] Nr. 2790/1999) zulässig sind, unter den Vermutungstatbestand stellt.⁶⁵ Daraus folgt namentlich, dass Art. 5 Abs. 4 KG *zu extensiv* formuliert ist: Nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG wären neben Preis- und Gebietsschutzabreden zulasten der Händler auch solche *zulasten des Herstellers/Lieferanten* erfasst. Dies stünde indessen im Widerspruch zu Art. 4 Bst. a und b VO (EG) Nr. 2790/1999, der nur Preis- und Gebietsschutzabreden zulasten der Händler anvisiert.⁶⁶ Ein solches weites Verständnis von Art. 5 Abs. 4 KG ist abzulehnen. Art. 5 Abs. 4 KG ist damit auf Preis- und Gebietsschutzabreden zulasten von *Händlern* zu beschränken.⁶⁷

Ebenfalls aus genereller Sicht stellt sich sodann die Frage, ob im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG nachzuweisen ist, dass eine *Wettbewerbsabrede* besteht, d.h. (1) eine Abrede, (2) die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG verlangt lediglich das Vorliegen einer Abrede. Allerdings ist das Bestehen einer Wettbewerbsabrede nach Art. 2 Abs. 1 KG *Geltungsvoraussetzung* des Kartellgesetzes. Deshalb muss das Vorliegen einer solchen nachgewiesen werden, bevor untersucht wird, ob eine Verhaltensweise unter Art. 5 Abs. 4 KG zu subsumieren ist. Dem entspricht die bisherige Praxis, die in Fällen von Art. 5 Abs. 3 KG ebenfalls das Bestehen einer Wettbewerbsabrede prüft.⁶⁸

⁶⁵ Vgl. die Voten von Ständerat H. Hofmann, AB S 2003 318 2. Spalte; Ständerätin H. Leumann-Würsch, AB S 2003 320 1. Spalte; Ständerätin C. Beerli, AB S 2003 321 2. Spalte; Ständerat F. Schiesser, AB S 2003 329 2. Spalte und 330 1. Spalte. Im Sinne einer Klammerbemerkung sei darauf hingewiesen, dass die VO (EG) Nr. 2790/1999 nach deren Art. 3 nur Verhaltensweisen freistellt, bei denen der Lieferant, bzw. im Falle von Alleinbelieferungspflichten im Sinne von Art. 1 Bst. c VO (EG) Nr. 2790/1999 der Käufer, nicht mehr als 30% Marktanteil hat. Eine derartige Differenzierung fehlt im schweizerischen Recht.

⁶⁶ Statt aller: MICHAEL BAUER/GEORG-KLAUS DE BRONETT, Die EU-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 2001, 65 Rz 99 und 67 Rz 102; eine Ausnahme bildet Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 2790/1999, der allerdings vom Parlament bewusst nicht übernommen wurde.

⁶⁷ Votum von Ständerat F. Schiesser, AB S 2003 329 2. Spalte; Votum von R. Büttiker, AB S 2003 330 2. Spalte; vgl. im übrigen unten, III.2.d) und III.3.f).

⁶⁸ BGE 129 II 18, 23 f. E. 4, Buchpreisbindung; siehe hierzu ausführlicher auch hinten, V.2.a).

2. Vertikale Preisabreden

a) Übersicht

Einleitend kann festgehalten werden, dass der Tatbestand der vertikalen Preisabrede nebst dem Vorliegen einer *Abrede* (nachstehend, Ziff. III.2.b) auch das Vorliegen zweier zusätzlicher Merkmale verlangt: Erforderlich ist, dass die beteiligten Unternehmen *verschiedenen Marktstufen* angehören (nachstehend, Ziff. III.2.c) und sich gegenständlich über *Mindest- oder Festpreise* einigen (nachstehend, Ziff. III.2.d).

b) *Abrede*

Das Erfordernis der *Abrede* spielt vor allem bei *Preisempfehlungen* eine Rolle. Grundsätzlich stellen einseitige Preisempfehlungen des Herstellers eine unilaterale Verhaltensweise dar, die das Tatbestandsmerkmal der *Abrede* nicht erfüllen.⁶⁹ Auch aus dem Umstand, dass ein Vertriebsvertrag die Möglichkeit von unverbindlichen Preisempfehlungen seitens des Herstellers vorsieht, kann nicht das Vorliegen einer *Abrede* abgeleitet werden. Dies gilt nach dem *Volkswagen II-Urteil* des EuG auch dann, wenn der Hersteller die Händler zur Einhaltung dieser Preise anhält, solange die Händler nicht ausdrücklich oder stillschweigend dieser Aufforderung nachkommen.⁷⁰

Bislang gibt es keine klare Praxis der Wettbewerbskommission zur Frage, unter welchen Voraussetzungen vertikale Preisempfehlungen zu *Abreden* führen. Immerhin vertritt die Wettbewerbskommission im Zusammenhang mit horizontalen Preisempfehlungen die Auffassung, dass Preisempfehlungen dann Wettbewerbsabreden darstellen, wenn sie weitgehend bzw. weitestgehend befolgt werden.⁷¹ Folgt man dem *SUMRA-Entscheid*, so stellt eine Befolgung von

⁶⁹ Vgl. für das Recht der EG: JÖRG-MARTIN SCHULTZE/STEPHANIE PAUTKE/DOMINIQUE S. WAGENER, Die Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen: Praxis-kommentar, Heidelberg 2001, Art. 4 lit. a Rz 417; EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Rz 30-68, Volkswagen/Kommission.

⁷⁰ EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Rz 39-46, Volkswagen/Kommission.

⁷¹ Vgl. RPW 1998/2, 192 Rz 18, SVIT-Honorarrichtlinien; RPW 2002/1, 68 Rz 22 i.V.m. 65 Rz 15, Interprofession du Gruyère; RPW 1998/2, 360, Kommentar des Sekretariates zur Bekanntmachung „Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von *Abreden* über die Verwendung von *Kalkulationshilfen*“; RPW 1999/4, 555, Jahresbericht 1999 der Wettbewerbskommission; RPW 2001/3, 515 f. Rz 23, *SUMRA/Distribution de montres*; der guten Ordnung halber ist festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission in ihren bisherigen Ver-

Preisempfehlungen durch 75,4% der Händler eine solche weitgehende Befolgung dar⁷², wobei die Wettbewerbskommission nicht klar festhält, ob dann sämtliche Unternehmen oder nur die Unternehmen, die der Preisempfehlung folgen, als an der Abrede Beteiligte gelten.⁷³

Die Auffassung der Wettbewerbskommission, wonach Preisempfehlungen bei weitgehender Befolgung eine Wettbewerbsabrede darstellten, kann bei vertikalen Verhältnissen *nicht* übernommen werden. Einmal geht es zu weit, bei unverbindlichen Preisempfehlungen das Vorliegen einer Abrede – mithin einer Willensübereinstimmung zwischen Hersteller und Händler im Hinblick auf die zu verfolgende Preispolitik – alleine aus dem Umstand abzuleiten, dass die Händler die unverbindlich empfohlenen Preise anwenden. Denn eine solche Sichtweise würde übersehen, dass die Entscheidung der einzelnen Händler, den empfohlenen Preis zu praktizieren, durchaus auch auf einer autonomen Entscheidung beruhen kann. Würde bei einer mehrheitlichen Befolgung der empfohlenen Preise auf eine Abrede geschlossen, so würde die Beweislast ungerechtfertigt umgekehrt: Händler und Hersteller hätten zu beweisen, dass das Verhalten der Händler nicht auf einer gegenseitigen Willensübereinstimmung beruhe. Dies liefe – im Widerspruch zu allgemeinen Grundsätzen des Beweisrechts – auf einen Beweis unbestimmter Negative hinaus. Zu bedenken ist weiter, dass die bisherige Praxis der Wettbewerbskommission zu horizontalen Preisempfehlungen regelmässig Empfehlungen betraf, die im Rahmen eines Verbandes ausgesprochen wurde, in welchem die betreffenden Wettbewerber zusammengeschlossen waren. Hier mag es angehen, das Bestehen einer Abrede bei einer überwiegenden Befolgung der Preisempfehlungen anzunehmen. Ein derartiger Konnex fehlt indessen bei klassischen vertikalen Preisempfehlungen.

Ferner hätte die Übernahme der Praxis der Wettbewerbskommission im Hinblick auf horizontale Preisempfehlungen die Folge, dass ein Hersteller, der Preisempfehlungen ausspricht, unter den Vermutungstatbestand fiele und damit

lautbarungen analytisch nicht deutlich zwischen dem Tatbestandsmerkmal der Abrede und jenem der Wettbewerbsbeschränkung unterschieden hat.

Aus dem Rahmen fällt im vorliegenden Zusammenhang der Schlussbericht im Fall „Tracteurs“, in dem die Ausstellung einer Preisliste durch den Hersteller ohne weitere Begründung als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert wurde (RPW 2002/4, 561 f. i.V.m. 563 f. Rz 25 f., Tracteurs).

⁷² RPW 2001/3, 515 f. Rz 23, SUMRA/Distribution de montres; vgl. auch RPW 2003/2, 280 Rz 36 und 281 Rz 38, Fahrschule Graubünden (wobei hierin auch die Mitglieder eingerechnet wurden, die den ehemals empfohlenen Preis um +/- 5% überschritten).

⁷³ Richtiger Auffassung hat letzteres zu gelten; so wohl auch RPW 2003/2, 280 Rz 36 und 281 Rz 38, Fahrschule Graubünden.

dem Bussenrisiko gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ausgesetzt wäre, wenn sich die überwiegende Zahl der Händler (wohlbemerkt: unabhängig voneinander) entschiede, die empfohlenen Preise tatsächlich zu befolgen. Das ist deshalb stossend, weil die Vermutungs- und potentielle Bussenfolge zulasten des Herstellers nicht von dessen *eigenem* Verhalten, sondern demjenigen der *Händler* abhinge. Dasselbe gilt im Hinblick auf die einzelnen Händler, bei welchen die Zulässigkeit des Verhaltens ebenfalls davon abhängig gemacht würde, wie sich die *übrigen* Händler verhielten. Ganz abgesehen davon ist es konzeptionell auch nicht einleuchtend, weshalb von einer vertikalen Abrede erst dann ausgegangen werden soll, wenn es unter der Mehrheit der Händler zu einem preislichen Parallelverhalten kommt (d.h. die Mehrheit der Händler die empfohlenen Preise befolgt).

Praktisch hätte eine Übernahme der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission zu Preisempfehlungen in vertikalen Verhältnissen zur Folge, dass dem Hersteller die Möglichkeit genommen würde, beim Endverbraucher mit einer Preisvorstellung zu werben. Denn jede Werbung, mit welcher der Hersteller Endverkaufspreise nennen würde, wäre potentiell vom Bussgeld des Art. 49a Abs. 1 KG bedroht, da eine solche Werbung von den Händlern als Preisempfehlung verstanden und befolgt werden könnte. Hinzu kommt, dass die Praxis der Wettbewerbskommission wenig Voraussesbarkeit bietet, da im einzelnen nicht klar ist, wann von einer „weitgehenden“ Befolgung gesprochen werden muss. Wettbewerbstheoretisch ist darauf hinzuweisen, dass Preisempfehlungen durchaus positive Folgen haben können: Sie verleihen der Werbung des Herstellers zuweilen grössere Schlagkraft, indem sie dem Endverbraucher einen besseren Vergleich mit konkurrierenden Produkten erlauben. Ausserdem ermöglichen Preisempfehlungen dem Konsumenten, die vom Händler tatsächlich verlangten Preise besser zu beurteilen.⁷⁴

Lehrreich ist in diesem Zusammenhang ein Blick in das *US-amerikanische Recht*. Auf eine verkürzte Formel gebracht, begründen Preisempfehlungen kein „agreement“⁷⁵ im Sinne von §1 Sherman Act, auch wenn die meisten oder gar

⁷⁴ PHILIP E. AREEDA, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Bd. VIII, Boston et al. 1989, 269 f. ¶ 1623c.

⁷⁵ Der Ausdruck „agreement“ wird vorliegend (im Anschluss an den üblichen US-amerikanischen Gebrauch, vgl. etwa PHILIP E. AREEDA/HERBERT HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Bd. 6, 2. Aufl., New York/Gaithersburg 2003, Bd. VI, 1 ¶ 1400a), als Sammelbegriff für die Formulierung „contract, combination [...] or conspiracy“ in §1 Sherman Act verwendet.

alle Händler sich (allerdings: unabhängig voneinander) entscheiden, die betreffenden Preise anzuwenden,⁷⁶ und zwar auch dann nicht, wenn der Hersteller Preisempfehlungen in der Erwartung ausspricht, dass die Händler sie befolgen werden.⁷⁷ Probleme entstehen erst dann, wenn der Hersteller über das bloße Aussprechen von Preisempfehlungen hinaus die Preispolitik der Händler zu beeinflussen versucht. Hier lautet die von den unteren Gerichten entwickelte Grundregel, dass Zwang („coercion“) problematisch ist, während es zulässig ist, dass der Hersteller die Mittel der „exposition, persuasion and argument“⁷⁸ verwendet, um Händler zur Befolgung der von ihm favorisierten Preispolitik anzuhalten.⁷⁹ Die Praxis des Supreme Courts geht teilweise noch weiter: So verletzt ein Hersteller, der einseitig eine Preispolitik ankündigt und sich weigert, Händler, die diese Preispolitik nicht befolgen, zu beliefern, nach der *Colgate*-Doktrin das Verbot des §1 Sherman Acts *nicht*.⁸⁰

Auch die Europäische Kommission hat in Einzelfreistellungen das Schwergewicht weniger auf die Frage gelegt, ob die Händler die empfohlenen Preise tatsächlich anwenden, sondern auf diejenige, ob die Händler tatsächlich die Freiheit haben, die Preise selbst festzusetzen⁸¹. In dieselbe Richtung scheint Art. 4 Bst. a i.f. VO (EG) 2790/1999 zu weisen, wenn auch einzelne Stellen in den Leitlinien isoliert gelesen anders gedeutet werden könnten.⁸²

⁷⁶ „[If dealers] independently decide to observe specified resale prices“: *Unites States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29, 44 (1960); AREEDA (FN 74), 269 ¶ 1623c.

⁷⁷ THEODORE L. BANKS, *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice*, Bd. 1, 2. Aufl., New York/Gaithersburg 2003, 2-101 ¶ 2.06.

⁷⁸ *Gray v. Shell Oil.*, 469 F.2d 742, 748 (9th Cir. 1972); *Yentsch v. Texaco, Inc.* 630 F.2d 46, 53 (2d Cir. 1980).

⁷⁹ Für Einzelheiten dieser Praxis vgl. im übrigen BANKS (FN 77), 2-101 bis 2-140; ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* (Fifth), 2002, 138-141; ABA Section of Antitrust, *2002 Annual Review of Antitrust Law Developments*, 2003, 40; AREEDA (FN 74), 269-272 ¶ 1623c.

⁸⁰ *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919); *Klein v. American Luggage Works, Inc.*, 323 F.2d 787 (3d Cir. 1963).

⁸¹ Vgl. ABl 1987 L 8/53 Rz 30 und Rz 51, Yves Rocher; ABl 1987 L 13/41 Rz 11 und Rz 26, Pronuptia; ABl 1989 L 35/35 Rz 18 und Rz 29, Charles Jourdan; ABl 1987 L 222/14 Rz 8, Computerland; wo die Freiheit der Händler, die Preise selbst festsetzen zu können, betont wird; SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (FN 69), Art. 4 lit. a Rz 420.

⁸² So ABl 2000 C 291/44 Rz 226, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, die u.E. aber im Zusammenhang mit ABl 2000 C 291/44 Rz 227, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, gelesen werden sollte; vgl. auch VALENTINE KORAH/DENIS O’SULLIVAN, *Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Oxford/Portland 2002, 175.

Noch weiter geht das EuG im bereits erwähnten Urteil *Volkswagen II*. VW hatte nicht nur Preisempfehlungen ausgesprochen, sondern darüber hinaus die Händler zur Einhaltung dieser Preise angehalten. Die Europäische Kommission erkannte unter anderem deshalb auf das Bestehen einer Vereinbarung, weil die betreffenden Aufforderungen von VW die Beeinflussung der Händler bei der Durchführung des Händlervertrages bezweckten, was offenkundig sei. Das EuG hob die Entscheidung mit der Begründung auf, dass die Europäische Kommission in casu die tatsächliche Zustimmung der Händler zu diesen Aufforderungen nach Kenntnisnahme hätte nachweisen müssen.⁸³

In Anbetracht des Ausgeführten und insbesondere im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EuG kann es nach hier vertretener Ansicht nicht darauf ankommen, ob Preisempfehlungen weitgehend befolgt werden oder nicht. Mit anderen Worten darf der bloße Umstand, dass Preisempfehlungen von den Händlern befolgt werden, für sich alleine nicht für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise und damit einer Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG genügen.⁸⁴ Damit Preisempfehlungen zu Abreden führen, ist zweierlei zu verlangen: Erstens dürfen die Händler in ihrer Preisgestaltung nicht frei sein.⁸⁵ Zweitens darf im Falle einer tatsächlichen Befolgung von Preisempfehlungen durch die Händler nur dann eine Abrede zwischen Hersteller und Händler angenommen werden, wenn zusätzliche Elemente hinzutreten. Solche würden z.B. vorliegen, wenn der Hersteller (sei dies nun aus eigenem Antrieb oder auf Druck anderer Händler) einen Zwang auf die Händler ausübt, die empfohlenen Preise einzuhalten (z.B. mittels Kontrollen oder Sanktionen) *und* die Händler diesem Ansinnen nachkommen.⁸⁶

c) *Verschiedene Marktstufen*

aa) *Grundsatz: Nur vertikale Abreden*

Das Tatbestandsmerkmal „*Unternehmen verschiedener Marktstufen*“ stellt klar, dass Art. 5 Abs. 4 KG nur vertikale Abreden erfasst.

⁸³ EuG, 3.12.2003, Rs. T-208/01, Rz 39-46, Volkswagen/Kommission.

⁸⁴ Vgl. für das Recht der EG: SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (FN 69), Art. 4 lit. a Rz 417.

⁸⁵ In eine wohl ähnliche Richtung mit freilich anderer Systematik: RPW 2002/4, 565 Rz 33-36, Tracteurs, in dem aufgrund einer entsprechenden Freiheit, die Preise nach eigenem Gutdünken festzusetzen, Erheblichkeit verneint wurde.

⁸⁶ Ähnlich für das Recht der EG: SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (FN 69), Art. 4 lit. a Rz 420; EuG, 3.12.2003, T-208/01, Rz 30-68, Volkswagen/Kommission.

bb) Abgrenzung zu horizontalen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

Allerdings wird damit nichts zum genaueren Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 5 Abs. 3 KG gesagt, namentlich zur Frage, unter welchen Voraussetzungen *mehrere nebeneinander bestehende vertikale* Abreden eine *horizontale* Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellen. Dieses schwierige Problem kann hier nicht ex professo abgehandelt werden. Immerhin soviel:

Über das Bestehen einer *horizontalen Abrede auf Stufe der Händler* im Falle vertikaler Abreden hatte das Bundesgericht im *Buchpreisbindung*-Urteil zu befinden. In diesem stand die Zulässigkeit des in der Bücherbranche praktizierten Sammelrevers zur Diskussion. Das Bundesgericht leitete eine horizontale Abrede auf Händlerebene unter anderem aus dem Umstand ab, dass der Sammelrevers dazu führe, dass auf Händlerebene den von den Verlegern festgesetzten Preisen ausnahmslos gefolgt werde und dieses Gleichverhalten nicht auf exogene Marktfaktoren zurückzuführen sei.⁸⁷ Der in diesem Urteil gewählte Ansatz ist methodisch unhaltbar. Er übersieht, dass vertikale Abreden *begriffsnotwendig* eine Beschränkung des Wettbewerbs auf Händlerstufe zur Folge haben. Die bundesgerichtliche Auffassung vermengt das Tatbestandsmerkmal der Abrede mit demjenigen der Wettbewerbsbeschränkung. Eben deshalb darf richtiger Ansicht nach beim Nebeneinander von vertikalen Abreden eine horizontale Abrede auf Händlerebene nur dann angenommen werden, wenn zum Parallelverhalten auf Händlerebene, das mit dem Nebeneinander vertikaler Abreden notwendigerweise einhergeht, *zusätzliche Elemente einer Verhaltenskoordination zwischen den Händlern* treten.⁸⁸

Was das Bestehen einer *horizontalen Abrede auf Herstellerebene* anbelangt, so liegt eine solche nur dann vor, wenn mehrere Hersteller übereinkommen, bestimmte vertikale Abreden zu verwenden. Nicht hinreichend ist der alleinige Umstand, dass mehrere Hersteller gleichartige vertikale Abreden anwenden, und zwar auch dann, wenn die Hersteller dies im Bewusstsein tun, dass die übrigen Hersteller sich identisch verhalten.⁸⁹

⁸⁷ BGE 129 II 18, 31, E. 6.5.4, Buchpreisbindung.

⁸⁸ Ausführlich hierzu MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, „Buchpreisbindung II“ – Bundesgericht vom 14. August 2002: Anmerkung, sic! 2003, 56-61, 56-58.

⁸⁹ Vgl. auch RPW 2003/2, 252 f. Rz 63, Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson & Johnson.

cc) *Dual-Distribution*

Ebenfalls unklar ist ferner, ob Art. 5 Abs. 4 KG auf den zweigleisigen Vertrieb (*Dual-Distribution*) anwendbar ist, also auf den Fall, in dem der Hersteller selbst auch auf Händlerstufe tätig ist. Vordergründig könnte in solchen Konstellationen Art. 5 Abs. 3 KG einschlägig sein, da ja Hersteller und Händler auf der Stufe des Handels aktuelle oder zumindest potentielle Konkurrenten sind. Auch hier hilft wieder ein Blick über die Grenzen weiter:

Das Recht der EG erklärt in Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 1 VO (EG) Nr. 2790/1999 Vereinbarungen, unabhängig vom Umstand, ob die beteiligten Unternehmen aktuelle Wettbewerber sind oder nicht, für vertikal im Sinne der VO (EG) Nr. 2790/1999, sofern die an der Abrede beteiligten Unternehmen *zwecks Durchführung der betreffenden Abrede* auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind. Der Umstand alleine, dass der Hersteller, der Abreden mit Händlern trifft, seinerseits auf der Handelsstufe tätig ist, ändert mithin nichts daran, dass die zwischen Hersteller und Händler geschlossenen Abreden als *vertikal* im Sinne der VO (EG) Nr. 2790/1999 zu qualifizieren sind.⁹⁰

Dem entspricht *cum grano salis* die Rechtsprechung in den USA. Die Frage ist insofern von Bedeutung, als nach US-amerikanischem Recht manche horizontale Absprachen (wie etwa horizontale Gebietsabsprachen⁹¹) der Per se Rule unterliegen, während vertikale nichtpreisliche Absprachen nach der Rule of Reason zu beurteilen sind.⁹² Nachdem einige untere Gerichte vor 1980 den zweigleisigen Vertrieb als horizontale Absprache charakterisiert und deshalb unter der Per se Rule beurteilt hatten,⁹³ geht heute die überwiegende Tendenz dahin, beim Vorliegen eines zweigleisigen Vertrieb für sich alleine auf vertikale

⁹⁰ Am deutlichsten wohl WINFRIED VEELKEN, Gruppenfreistellungsverordnungen, in: ULRICH IMMENGA/ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER (Hrsg.), EG-Wettbewerbsrecht: Kommentar, München 1997 (2. Ergänzungslieferung, September 2000, GFVO), 30 Rz 64.

⁹¹ Vgl. etwa *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596, 608 (1972); *Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 57 FN 27 (1977).

⁹² *Continental T.V., Inc., et. al. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 57-59 (1977).

⁹³ *Z.B. Pitchford v. PEPI, Inc.* 531 F.2d 92, 101, 103 f. (3d Cir. 1975), *cert. denied*, 426 U.S. 935 (1976); *Hobart Bros. Co. Co. v. Malcolm T. Gilliland, Inc.* 471 F.2d 894, 899 (5th Cir. 1973), *cert. denied*, 412 U.S. 923 (1973); *Fontana Aviation, Inc. v. Beech Aircraft Corp.* 432 F.2d 1080, 1081 f., 1084 f. (7th Cir. 1970), *cert. denied*, 401 U.S. 923 (1971); *United States v. CIBA Geigy Corp.*, 508 F. Supp. 1118, 1146 f. (DNJ. 1976); *SKF Indus.*, 94 F.T.C. 6, 98 f. (1979).

„agreements“ zu erkennen (und solche Absprachen entsprechend unter der Rule of Reason zu beurteilen).⁹⁴

Aufgrund des Vorstehenden sind Fälle des zweigleisigen Vertriebs grundsätzlich unter Art. 5 Abs. 4 KG und nicht Art. 5 Abs. 3 KG zu beurteilen. Massgebend hierfür ist, dass die Abreden bei solchen Vertriebsnetzen zwischen Hersteller und Händler vom Hersteller in seiner Eigenschaft als Upstream-Unternehmen gegenüber dem Downstream-Unternehmen (also dem Händler) abgeschlossen werden. In den Worten von Art. 5 Abs. 4 KG liegt beim zweigleisigen Vertrieb funktional somit eine Abrede zwischen „Unternehmen verschiedener Marktstufen“ vor.

d) *Mindest- oder Festpreis*

In terminologischer Hinsicht ist vorab festzuhalten, dass *Mindestpreise* dann vorliegen, wenn der Händler einen bestimmten Preis nicht unterschreiten darf, während von *Festpreisen* in jenen Fällen zu sprechen ist, in denen der Händler keinen anderen als den festgelegten Preis (also weder einen höheren noch einen niedrigeren) anwenden darf.

Diese Terminologie weicht von derjenigen in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ab, in dem von der „direkten oder indirekten Festsetzung von Preisen“ die Rede ist. Das Fehlen des Zusatzes „direkt oder indirekt“ legt deshalb die Frage nahe, ob Abreden über die indirekte Preisfestsetzung wie z.B. Abreden über Handels- und spannen, Rahmenpreise, Rabatten, Skonti, Boni oder Wechselkurse unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Das ist schon deshalb zu verneinen, weil der im Stöckli abgelehnte Minderheitsantrag der WAK des

39,
↑ und

sie
HAB
darstellen
können,

⁹⁴ Z.B. *Electronics Communications Corp. v. Toshiba American Consumer Products, Inc.*, 129 F.3d 240, 243 (2d Cir. 1997); *Smalley & Co. v. Emerson & Cuming, Inc.*, 13 F.3d 366, 368 (10th Cir. 1993); *Illinois Corporate Travel, Inc. v. American Airlines, Inc.* 889 F.2d 751, 753 (7th Cir. 1989), *cert. denied*, 495 U.S. 919 (1990); *International Logistic Group, Ltd. v. Chrysler Corp.*, 884 F.2d 904, 906 f. (6th Cir. 1989), *cert. denied*, 494 U.S. 1066 (1990); *Ryko Manufacturing Co. v. Eden Services*, 823 F.2d 1215, 1230 f. (8th Cir. 1987), *cert. denied*, 484 U.S. 1026 (1988); *Midwestern Waffles, Inc. v. Waffle House, Inc.* 734 F.2d 705, 711 (11th Cir. 1984); *Davis-Watkins Co. v. Service Merchandise*, 686 F.2d 1190, 1201 f. (6th Cir. 1982), *cert. denied*, 466 U.S. 931 (1984); *Krehl v. Baskin-Robbins Ice Cream Co.*, 664 F.2d 1348, 1355-1357 (9th Cir. 1982); *Copy-Data Sys., Inc. v. Toshiba America, Inc.*, 663 F.2d 405, 408 f. (2d Cir. 1981); *Abadir & Co. v. First Mississippi Corp.*, 651 F.2d 422, 425 (5th Cir. 1981); *Red Diamond Supply, Inc. v. Liquid Carbonic Corp.*, 637 F.2d 1001, 1004 f. (5th Cir. 1981), *cert. denied*, 454 U.S. 827 (1981); vgl. aber auch schon *H & B Equipment Company, Inc. v. International Harvester Company*, 577 F.2d 239 (5th Cir. 1978) sowie die weiteren Hinweise in ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments (Fifth)*, 2002, 160 FN 895.

Ständerates zu Art. 5 Abs. 4 KG im Gegensatz zur heute geltenden Fassung von „Abreden [...] über die direkte oder indirekte Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen“ sprach.⁹⁵

Höchstpreisabreden fallen nach dem Gesagten grundsätzlich nicht unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.⁹⁶ Das ist ökonomisch wohl begründet: Höchstpreisabreden sind ein probates Mittel, um das wohlfahrtsschädliche Potential von Marktmacht auf Händlerebene zu begrenzen, die Endverkaufspreise zu senken und damit den Output zu steigern.⁹⁷ In der industrieökonomischen Literatur steht der Fall im Vordergrund, in dem sowohl Hersteller als auch Händler über ein Monopol verfügen und gestützt darauf den Monopolzuschlag über den Grenzkosten verlangen (sog. Double-Marginalization).⁹⁸ Die Double-Marginalization läuft den Interessen aller Beteiligten (Hersteller, Händler, Endverbraucher) zuwider: Sowohl Hersteller als auch Händler verlangen je den sich für ihre Stufe ergebenden Monopolpreis. Summiert ergibt sich damit ein höherer Preis (und entsprechend geringerer Absatz bzw. Gewinn), als wenn Hersteller und Händler zusammen ein vertikal integriertes Unternehmen bilden und den entsprechenden Monopolpreis verlangten. Würde nun sowohl der Hersteller vom Händler als auch der Händler von den Endverbrauchern je einen (geringeren) Preis verlangen, der summiert dem Preis eines vertikal integrierten Monopolisten entspräche, würden nicht nur die Endverbraucher weniger zahlen, sondern auch Hersteller und Händler mehr absetzen und so ihren Gewinn vergrössern können. Die einfachste Lösung des Double-Marginalization-Problems besteht darin, dass der Hersteller mit dem Wiederverkäufer einen Höchstendverkaufspreis vereinbart und ihm im Gegenzug einen tieferen Grosshandelspreis gewährt.⁹⁹

⁹⁵ Zum genauen Wortlaut vgl. FN 64.

⁹⁶ Vgl. das Votum von Ständerat R. Büttiker, AB S 2003 330 2. Spalte; CHRISTIAN KAUFMANN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Zürich 2003, 142 FN 615.

⁹⁷ AREEDA (FN 74), 395 ¶ 1636a.

⁹⁸ Grundlegend: JOSEPH J. SPENGLER, Vertical Integration and Antitrust Policy, J. Polit. Economy 58 (1950), 347-352; ein (allerdings damals vom Supreme Court als solches nicht erkanntes) Beispiel ist der dem Fall *Albrecht v. Herald Co.* (390 U.S. 145 [1968]) zugrundeliegende Sachverhalt.

⁹⁹ Zu den positiven Wirkungen von Höchstpreisabreden vgl. im übrigen: AREEDA (FN 74), 395 f. ¶ 1636a; FRANK EASTERBROOK, Maximum Price Fixing, U. Chi. L. Rev. 48 (1980), 886-910, 887-900; ROGER D. BLAIR/JOHN E. LOPATKA, *Albrecht Overruled – At Last*, Antitrust L.J. 66 (1998), 537-566, 543-546.

Ähnlich wie bei Preisempfehlungen ist allerdings fraglich, was zu gelten hat, wenn die vereinbarten Höchstpreise tatsächlich von allen oder den meisten Händlern verlangt werden. Der Unterschied zu den Preisempfehlungen, die einseitige Verhaltensweisen und deshalb grundsätzlich keine Abrede darstellen, liegt darin, dass bei Höchstpreisabreden das Tatbestandsmerkmal der Abrede per definitionem erfüllt ist, weshalb sich die Frage nach der Reichweite des Begriffs „Festpreise“ stellt. Hier wäre die Argumentation an sich nicht abwegig, dass Höchstpreisabreden, bei denen die verabredeten Maximalpreise tatsächlich weitgehend angewendet werden, als Abreden über Festpreise zu betrachten seien,¹⁰⁰ da sich diese (zumindest indirekt) wie Festpreise auswirkten. Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen indessen folgende Gründe gegen eine weite Interpretation des Begriffes „Festpreise“:

Einmal wäre (wie bei den Preisempfehlungen) unbefriedigend, dass weder der Hersteller noch die einzelnen Händler alleine einen unmittelbaren Einfluss darauf hätten, wann die Höchstpreisabrede unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fiel. Eine Unterstellung unter diese Bestimmung wäre insbesondere deshalb stossend, weil Höchstpreisabreden grundsätzlich positiv zu beurteilen sind. Eng damit verbunden ist der Umstand, dass eine derartige Interpretation zu einer kaum erträglichen Rechtsunsicherheit führen würde, da nicht klar ist, ab welchem Grad der tatsächlichen Befolgung Höchstpreisabreden unter Art. 5 Abs. 4 KG subsumiert werden müssten.

Nur in Fällen von Double-Marginalization-Problemen, bei denen sowohl der Hersteller wie auch der Händler über ein Monopol verfügen, dürfte diese Unsicherheit vernachlässigbar sein, da dann der vereinbarte Höchstpreis häufig wohl der tatsächlich angewandte sein dürfte. Allerdings ist dann das Eingreifen der Vermutungsfolge umso weniger gerechtfertigt, da Höchstpreisabreden in diesen Fällen in aller Regel wohlfahrtssteigernd sind.

Ausserdem ist hervorzuheben, dass Art. 5 Abs. 4 KG im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 3 KG nicht von der „direkten oder indirekten Festsetzung von Preisen“ spricht, was es nahelegt, den Fall von Abreden über Höchstpreise, die tatsächlich von allen oder der überwiegenden Anzahl der Händler angewendet werden, nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG zu subsumieren. Natürlich könnte dagegen vorgebracht werden, dass es auf diese Weise ein Leichtes sei, den Vermutungstatbestand zu umgehen, indem in Verträgen Festpreise einfach als Höchstpreise eti-

¹⁰⁰ Vgl. den Fall von horizontalen rechtlich verbindlichen Rahmentarifen im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 KG RPW 1997/4, 486 Rz 27, Privattarif der Ärztegesellschaft des Kantons Bern.

kettiert werden. Dieser Einwand schlägt indessen nicht durch. Denn will der Hersteller auf diese Weise den Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG umgehen, dann muss er den Händlern klar machen, dass die angewandten Höchstpreise in Tat und Wahrheit eben Festpreise seien. Dieses Unterfangen dürfte aber regelmässig entsprechende Beweisspuren „zurücklassen“. Rechtsvergleichend ist darauf hinzuweisen, dass die beschriebene Umgehungsgefahr den US-amerikanischen Supreme Court im Urteil *State Oil Co. v. Kahn* nicht davon abgehalten hat, Höchstpreisabreden in Abkehr der *Albrecht*-Praxis der Rule of Reason zu unterstellen.¹⁰¹

Aus all den vorgenannten Gründen sollten Höchstpreisabreden nach der hier vertretenen Auffassung nicht dem Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG unterstellt werden, auch wenn alle Händler oder deren überwiegende Zahl tatsächlich die Höchstpreise anwenden. Für allfällige (allerdings nicht sehr wahrscheinliche) schädliche Auswirkungen¹⁰² von vertikalen Höchstpreisabreden reicht eine Anwendung von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG vollauf.¹⁰³

Wie bereits erwähnt werden Beschränkungen der *Preissetzungsfreiheit des Herstellers* entgegen dessen Wortlaut nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst.¹⁰⁴ Nicht unter den Vermutungstatbestand fallen deshalb – wie bei der VO (EG) 2790/1999 –¹⁰⁵ z.B. Meistbegünstigungsklauseln.

3. Vertikale Gebietsschutzabreden

a) Übersicht

Die dogmatische Struktur des Tatbestandes der Gebietschutzabreden ist weniger schlüssig als diejenige des Tatbestandes der Preisabreden. Richtiger Auffassung nach verlangt dieser Tatbestand nebst dem Vorliegen einer (*Wettbewerbs-*) *Abrede* (nachstehend, Ziff. III.3.b), dass diese in einem *Vertriebsver-*

¹⁰¹ State Oil Co. v. Kahn et al., 522 U.S. 3, 17 (1997).

¹⁰² Vgl. hierzu BLAIR/LOPATKA (FN 99), 537-566, 546-549; EASTERBROOK (FN 99), 886-910, 900-908; sowie (wohl zu weitgehend) WARREN S. GRIMES, Making Sense of State Oil Co. v. Kahn: Vertical Maximum Price Fixing Under a Rule of Reason, Antitrust L.J. 66 (1998), 567-611, 578-599.

¹⁰³ Sollte der hier vertretenen Auslegung des Begriffes „Festpreise“ nicht gefolgt werden, so ist zumindest zu verlangen, dass nur im Hinblick auf die Händler, die tatsächlich den Höchstpreis anwenden, die Existenz einer Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG angenommen wird.

¹⁰⁴ Oben, III.1.

¹⁰⁵ BAUER DE BRONETT (FN 66), 65 f. Rz 99.

trag enthalten ist (nachstehend, Ziff. III.3.c) und die *Zuweisung von Gebieten* zum Gegenstand hat (nachstehend, Ziff. III.3.d). Allerdings ist nicht jede Gebietszuweisung erfasst. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs greift nur im Fall, da *passive Verkäufe von gebietsfremden Vertragspartnern ausgeschlossen* werden (nachstehend, Ziff. III.3.e) und f).

b) *Abrede*

Das Erfordernis der *Abrede* bereitet im Rahmen von Gebietsschutzabreden grundsätzlich keine Schwierigkeiten. Zu Streitigkeiten Anlass gegeben haben in der EG indessen sog. „einseitige Massnahmen“, wie etwa Liefersperren des Herstellers gegenüber Händlern, die Parallelexporte vornehmen. Mit dem EuGH ist zu fordern, dass einseitige Beschränkungen von Lieferungen auf den Heimmarktbedarf (oder ähnlich), wie sie etwa im Adalat-Fall zur Diskussion standen, grundsätzlich keine *Abrede* darstellen.¹⁰⁶ Dasselbe muss für einseitige Handlungen wie Kündigungsandrohungen und Liefersperren des Herstellers gelten. Lediglich wenn sich die Parteien im Nachgang zu solchen Drohungen und Sperren darauf verständigen, dass der Händler z.B. passive Parallelimporte in fremde Gebiete unterlässt, darf das Vorliegen einer *Abrede* bejaht werden.¹⁰⁷

c) *Begriff des „Vertriebsvertrages“*

aa) *Vertikalabrede*

Anders als im Rahmen von Mindestpreisbindungen hält Art. 5 Abs. 4 im Hinblick auf Gebietsschutzabreden nicht fest, dass es um Abreden zwischen *Unternehmen verschiedener Marktstufen* geht. Statt dessen wird verlangt, dass es sich um Abreden in *Vertriebsverträgen* handeln muss. Hierzu ist zweierlei festzuhalten:

Einmal muss eine vertikale *Abrede* über die *Zuweisung von Gebieten* vorliegen. Dies geht unter anderem auch aus den Gesetzesmaterialien hervor, die durchwegs davon ausgehen, dass nur vertikale Abreden von Art. 5 Abs. 4 KG

¹⁰⁶ EuGH, 6. 1. 2004, verb. Rs. C-2/01 P und C-3/01 P, Rz 64-147, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure und Kommission / Bayer; EuG, 26. 10. 2000, Rs. T-41/96, Rz 78-157 Bayer AG/Kommission.

¹⁰⁷ SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (FN 69), Art. 4 lit. c Rz 459.

erfasst werden.¹⁰⁸ Zur genauen Tragweite dieses Begriffs kann auf frühere Ausführungen verwiesen werden.¹⁰⁹

Was die Qualifikation des zweigleisigen Vertriebs anbelangt, so ist hier noch deutlicher als im Rahmen von Preisbindungen, dass diese Vertriebsform unter Art. 5 Abs. 4 KG und nicht unter Art. 5 Abs. 3 KG zu subsumieren ist.

bb) Ausnahme für Lizenzverträge

Die gewählte Formel, wonach Gebietsschutzabreden in einem Vertriebsvertrag enthalten sein müssen, wirft sodann die Frage auf, ob die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG unanwendbar bleibt, wenn solche Abreden bloss die Form einer abgestimmten Verhaltensweise haben. Ein triftiger (juristischer oder ökonomischer) Grund für eine solche Interpretation ist freilich nicht ersichtlich.¹¹⁰ Ein Blick in die Protokolle der WAK des Ständerates zeigt denn auch, dass es bei der Wahl des Begriffes „*Vertriebsvertrag*“ nicht darum ging, spezielle Hürden im Hinblick auf die Form der Abrede zu schaffen. Vielmehr sollte mit diesem Begriff die Zuweisung von Gebieten im Rahmen von *Lizenzabreden* aus dem Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen werden, da solche Abreden häufig dazu beitragen, hohe Investitionen im Bereiche der Forschung und Entwicklung zu amortisieren.¹¹¹

Damit stellt sich die Frage nach der Tragweite der Ausnahme. Im Lichte des Umstandes, dass sich die WAK des Ständerates und ihr folgend die Bundesversammlung in vielen Punkten an die VO (EG) Nr. 2790/1999 angelehnt hat, liegt es nahe, auf Art. 2 Abs. 3 VO (EG) Nr. 2790/1999 zurückzugreifen. Danach werden Vereinbarungen, die Bestimmungen enthalten, welche die Übertragung von geistigen Eigentumsrechten auf den Käufer oder die Nutzung solcher Rech-

¹⁰⁸ Dies legen die Voten der Ständeräte nahe, die alle von Vertikalabreden sprechen: „Vermutungstatbestand bei den so genannten vertikalen Abreden“ (Ständerat F. Schiesser, AB S 2003 329 1. Spalte zu Art. 5 Abs. 4 KG); „Regelung über Vertikalabreden“ (Ständerat E. David, AB S 2003 330 1. Spalte); „Mit der von der Kommission vorgeschlagenen Fassung werden zwei Gruppen von Vertikalabreden erfasst: einerseits vertikale Preisbindungen, andererseits Abreden über Vertriebsgebiete“ (Ständerat R. Büttiker, AB S 2003 330 2. Spalte).

¹⁰⁹ Oben, III.2.c).

¹¹⁰ Ohnehin dürfte diese Auslegungsvariante auch von geringer praktischer Bedeutung sein, da die meisten vertikalen Verhältnisse wenn nicht durch einen schriftlichen, so doch durch einen mündlichen Vertrag geregelt sind, ein Vertriebsvertrag mit anderen Worten gestützt auf eine abgestimmte Verhaltensweise kaum denkbar ist.

¹¹¹ In eine ähnliche Richtung geht das Votum von Ständerat R. Büttiker, AB S 2003 330 f. 2. Spalte, wonach Technologie- und Lizenzverträge zulässig seien.

te durch den Käufer betreffen, nur dann von Art. 2 Abs. 1 VO (EG) Nr. 2790/1999 erfasst, wenn diese Bestimmungen nicht Hauptgegenstand der Vereinbarung sind und sich unmittelbar auf die Nutzung, den Verkauf oder den Weiterverkauf von Waren oder Dienstleistungen durch den Käufer oder seine Kunden beziehen. Dies vorausgesetzt werden Abreden über die Zuweisung von Gebieten zumal im Rahmen von Vereinbarungen, in denen zur Hauptsache die Lizenzierung von Patenten, Urheberrechten, Markenrechten etc. oder Know-how geregelt wird, nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst und dies selbst dann nicht, wenn in den betreffenden Verträgen der Vertrieb der (vom Lizenzgeber oder -nehmer) hergestellten Vertragswaren geregelt wird.

Zugunsten dieser Auffassung lässt sich in ökonomischer Hinsicht anführen, dass solche Abreden regelmässig notwendig sind, um die für Forschung und Entwicklung erforderlichen hohen Investitionen zu amortisieren, weshalb sich die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG nicht rechtfertigt. Zu bedenken ist sodann, dass auch das Recht der EG absoluten Gebietsschutz im Bereich von Technologietransfervereinbarungen weniger streng behandelt.¹¹²

d) *Gebietszuweisung*

Als dritte Voraussetzung verlangt Art. 5 Abs. 4 KG, dass Händlern *Gebiete zugewiesen* werden. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu unterstreichen, dass der Vermutungstatbestand bewusst (und anders als im Recht der EG) nur die Aufteilung von Märkten nach Gebieten und nicht auch nach Geschäftspartnern erfasst.¹¹³ Weiter ist hervorzuheben, dass der Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG (im Unterschied zu Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und dem Chapeau von Art. 4 VO [EG] Nr. 2790/1999) Formen der indirekten Zuteilung von Gebieten nicht erfasst. Aus diesen zwei Einschränkungen folgt, dass das hier fragliche Tatbestandsmerkmal primär „klassische“ Gebietsschutzabreden anvisiert (z.B. Alleinvertriebssysteme, in denen der Hersteller seinen Händlern absoluten Gebietsschutz gewährt).

Keine Gebietszuweisung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG liegt vor, wenn verabredet ist, dass der Händler sein Geschäft in einer vom Hersteller zugewiesenen Niederlassung betreibt. Auch sog. Standortklauseln („location clauses“), welche

¹¹² Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Art. 1 Abs. 2, Abs. 3 Unterabs. 2 und Abs. 4 Unterabs. 2 VO (EWG) Nr. 240/96 und Art. 4 Abs. 2 Bst. b Nr. i) und ii) der VO (EG) Nr. 772/2004.

¹¹³ Vgl. Votum von Ständerat R. Büttiker, AB S 2003 330 2. Spalte.

es den Mitgliedern eines Vertriebssystems verbieten, Geschäfte von nicht zugelassenen Niederlassungen aus zu betreiben, werden von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst, da mit Standortklauseln kein Gebiet im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zugewiesen wird.¹¹⁴

Neben diesen klaren Fällen gibt es aber auch Klauseln, die schwieriger einzuordnen sind:

(1) Das gilt einmal für die Zuweisung sog. *Verantwortlichkeitsgebiete* („areas of prime responsibility“ oder „areas of primary responsibility“). Solche Abreden verpflichten den Händler, seine Verkaufsanstrengungen *hauptsächlich* auf ein bestimmtes Gebiet zu richten. Gegen ihre Subsumtion unter Art. 5 Abs. 4 KG spricht, dass der Sinn der Zuweisung nicht darin besteht, dem Händler Gebietsschutz einzuräumen sondern ihn zur effektiven Bearbeitung des betreffenden Gebiets anzuhalten.

(2) Ebenfalls fraglich ist, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen *mehreren Händlern* dasselbe Vertragsgebiet zugeteilt wird. Da Art. 5 Abs. 4 KG nicht von der „Zuweisung von Gebieten an einen Händler“ spricht, ist die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf solche Fälle zu bejahen.

(3) Fraglich ist schliesslich, was im Falle einer *weltweiten Alleinbelieferungspflicht* zu gelten hat, d.h. wenn der Hersteller/Lieferant einem Händler exklusiv ein Vertragsgebiet zuweist, das die gesamte Welt umfasst. Nach der hier vertretenen Auffassung fallen weltweite Alleinbelieferungspflichten nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG, weil es – wie dies Art. 5 Abs. 4 KG verlangt – an der Zuweisung von Gebieten fehlt.

e) *Ausschluss von Verkäufen in zugewiesene Gebiete durch gebietsfremde Händler*

Als weitere Voraussetzungen für die Erfüllung des Vermutungstatbestandes fordert Art. 5 Abs. 4 KG, dass die Zuweisung von Gebieten „*Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertragspartner*“ *ausschliesst*.

Diese Tatbestandsvoraussetzung zerfällt in zwei Elemente: Einerseits müssen *Verkäufe* in die zugewiesenen Gebiete *ausgeschlossen* werden (nachfolgend, Ziff. III.3.e)aa); andererseits müssen diese Verkäufe von *gebietsfremden Vertriebspartnern* stammen (nachfolgend, Ziff. III.3.e)bb).

¹¹⁴ Auch im Recht der EG sind solche Standortklauseln freigestellt (Art. 4 Bst. c VO [EG] Nr. 2790/1999; vgl. statt aller SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (FN 69), Art. 4 lit. c Rz 621.

aa) *Ausschluss von Verkäufen in zugewiesene Gebiete*

Das erste dieser beiden Merkmale (der Ausschluss von Verkäufen) ist dann erfüllt, wenn *passive Verkäufe* seitens gebietsfremder Vertriebspartner in zugewiesene Gebiete untersagt sind.¹¹⁵ Sind indessen passive Verkäufe zulässig, aktive Verkäufe aber nicht, so sind Verkäufe in die zugewiesenen Gebiete nicht i.S.v. Art. 5 Abs. 4 KG ausgeschlossen. Anders gewendet: Das Verbot *aktiver* Verkäufe fällt nicht unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.

Irrelevant ist, ob *tatsächlich* Parallelimporte stattfinden. Die blosser Möglichkeit von passiven Verkäufen seitens anderer Vertriebspartner genügt, um die betreffende Abrede dem Vermutungstatbestand zu entziehen. Somit darf keine Abrede zwischen Händlern und Herstellern bestehen, die zur Unterlassung passiver Verkäufe anhält. Die in bewusster Anlehnung an die Rechtslage in der EG¹¹⁶ im Ständerat vorgetragene Voten¹¹⁷ lassen keinen anderen Schluss zu. Dass Paral-

¹¹⁵ KAUFMANN (FN 96), 142.

¹¹⁶ Vgl. etwa Art. 4 Bst. b 1. Spiegelstrich VO (EG) Nr. 2790/1999.

¹¹⁷ Vgl. das Votum von Ständerat F. Schiesser, dem Präsidenten der WAK des Ständerats (AB S 2003 329 f.):

„Worum geht es konkret? Es geht darum, ob der Begriff der Marktabschottung, wie er im Nationalrat hineingekommen ist und von der Minderheit der Kommission übernommen wird, verwendet oder ob der Begriff des absoluten Gebietsschutzes umschrieben werden soll.

Um ein System absoluten Gebietsschutzes aufzuziehen [...] genügt [es], dass er [der Hersteller] seinen Händlerverträgen folgende Klauseln beifügen kann:

1. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nur sie und keine anderen Händler in diesem Gebiet zu beliefern.

2. Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, nicht direkt an Endabnehmer zu liefern.

3. Dies ist entscheidend: Der Hersteller verspricht seinen Händlern in den einzelnen Vertragsgebieten, dafür zu sorgen, dass seine Händler in den anderen Vertragsgebieten keine Lieferungen in das fragliche Vertragsgebiet ausführen.

Ein solches System – wenn es eingehalten wird – ist wasserdicht. Der Wettbewerb innerhalb der Marke X ist ausgeschaltet.

Gemäss der Rechtsprechung der Europäischen Union – und wir haben uns immer auch an der Europäischen Union orientiert – liegt ein solcher absoluter Gebietsschutz nicht vor, wenn passive Verkäufe in andere Vertragsgebiete erlaubt sind. Das bedeutet, dass ein Hersteller die oben genannten Klauseln 1 und 2 in seine Vertriebsverträge aufnehmen darf, nicht aber die Klausel 3. Wenn Kunden aus anderen Vertragsgebieten an einen vertraglich gebundenen Händler gelangen, so muss es diesem erlaubt sein, in das andere Vertragsgebiet zu verkaufen und zu liefern, und es darf ihm durch den Hersteller nicht untersagt werden. Genau dies wird mit der von der Mehrheit vorgeschlagenen Formulierung möglich sein. ~~Damit werden inskünftig Schweizer – Private und Händler – im Ausland Waren einkaufen können, sowohl für den Privatgebrauch als auch für den Weitervertrieb.~~

[...]

H A
H A
H [...]

leimporte tatsächlich stattfinden, haben die Beteiligten demnach nicht darzutun. Eine andere Lösung wäre wettbewerbspolitisch inkonsistent, weil dann die Unterstellung von Vertriebssystemen unter Art. 5 Abs. 4 KG vom Verhalten der Beteiligten losgelöst würde.

bb) Gebietsfremde Vertragspartner

Das zweite dieser beiden Merkmale verlangt, dass Verkäufe „*gebietsfremder Vertriebspartner*“ ausgeschlossen sein müssen.

Unter den Begriff „*gebietsfremde Vertriebspartner*“ fallen *nur Händler* und nicht auch Hersteller/Lieferanten. Dies entspricht Art. 4 Bst. b VO (EG) Nr. 2790/1999, der nur händler-, nicht aber herstellerseitige Weiterveräußerungsbeschränkungen als Kernbeschränkungen qualifiziert.¹¹⁸

Nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst werden damit z.B. folgende Abreden, da es an einer Einschränkung der Weiterverkaufsfreiheit des Händlers fehlt: die Verpflichtung des Herstellers/Lieferanten, im zugewiesenen Gebiet (1) ausser dem oder den bezeichneten Händlern keine weiteren Händler zu beliefern; (2) ausser dem oder den bezeichneten Händlern keine weiteren Händler einzusetzen; (3) keine Endverbraucher zu beliefern¹¹⁹.

Eine *weltweite Alleinbelieferungspflicht* wird sodann von Art. 5 Abs. 4 KG ebenfalls nicht erfasst. Denn abgesehen davon, dass es, wie erwähnt, bei einer weltweiten Alleinbelieferungspflicht an einer Zuweisung von Gebieten fehlt, gibt es in solchen Konstellationen per definitionem keinen gebietsfremden Händler, dessen Lieferungen beschränkt werden könnten.

Sollte dieser Begriff [sc. derjenige der Marktabschottung] in Artikel 5 Absatz 4 verwendet werden, so wäre in der Tat nicht klar, ob damit nur der Ausschluss des passiven Wettbewerbes untersagt wird oder auch der Ausschluss des aktiven Wettbewerbes. [...] Mit dem Einbezug des aktiven Wettbewerbes unter die Norm [sc. Art. 5 Abs. 4] wäre die schweizerische Regelung schärfer als jene der Europäischen Union. Das wollte die Mehrheit [der WAK] nicht.“ (Hervorhebungen von den Verfassern).

¹¹⁸ Dies geht auch unmissverständlich aus dem einleitenden Votum von Fritz Schiesser, des Präsidenten der WAK des Ständerats hervor, in welchem dieser (in Übereinstimmung mit der Rechtslage in der EG) festhält, dass die Verpflichtung des Herstellers/Lieferanten, (1) im zugewiesenen Gebiet nur den betreffenden Händler und (2) keine Endverbraucher im zugewiesenen Gebiet zu beliefern, nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst ist (Votum von Ständerat F. Schiesser, AB S 2003. 329 2. Spalte); vgl. auch das Votum von R. Büttiker, AB S 2003. 330 2. Spalte, der in diesem Zusammenhang nur vom „Händler“ spricht.

¹¹⁹ Votum von Ständerat F. Schiesser, AB S 2003. 329 2. Spalte.

Schwieriger ist die Einordnung von *Querlieferungsverboten*. Hier könnte streng nach dem Wortlaut argumentiert werde, dass solche Verbote, welche zur Folge haben, dass schweizerische Händler sich bei ausländischen Händlern nicht eindecken können, unter Art. 5 Abs. 4 KG fielen. Das ist indessen abzulehnen. Zumindest was *Alleinbezugspflichten* (d.h. die Pflicht des Händlers, seinen Bedarf ausschliesslich beim Hersteller/Lieferanten zu decken) anbelangt, ist daran zu erinnern, dass solche Pflichten nach der VO (EG) Nr. 2790/1999 freigestellt sind.¹²⁰ Aus diesem Grund ist eine Unterstellung unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG abzulehnen, da ansonsten eine im Vergleich zur VO (EG) Nr. 2790/1999 schärfere Rechtslage geschaffen würde. Das Gesagte gilt auch für selektive Vertriebssysteme. Der Umstand, dass Alleinbezugspflichten in selektiven Vertriebssystemen nach Art. 4 Bst. d VO (EG) Nr. 2790/1999 unzulässig sind, ändert an diesem Schluss nichts, da der Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 KG im Gegensatz zur Rechtslage in der EG darauf verzichtet hat, selektive Vertriebssysteme einem strengeren Regime zu unterwerfen.¹²¹

Fraglich ist, ob *sonstige Querlieferungsverbote* (wie etwa *Rücklieferungsverbote*), die passive Verkäufe an schweizerische Händler verbieten, unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Das ist dann zu bejahen, wenn den Händlern des Vertriebssystems ein bestimmtes Gebiet zugewiesen worden ist. Pro memoria ist festzuhalten, dass bei selektiven Vertriebssystemen das Verbot systemfremde Händler zu beliefern, von vornherein nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt, da solche Verbote nicht an die Gebietszugehörigkeit anknüpfen, sondern an die Systemzugehörigkeit.

Zusammenfassend fällt somit lediglich ein *Verbot passiver Verkäufe* zulasten *gebietsfremder Händler* unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG.

f) Einzelne Klauseln

Der besseren Übersichtlichkeit seien nachfolgend beispielhaft Abreden angeführt, die vom Tatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst sind. Bei folgenden Sachverhalten fehlt es am Merkmal der „Zuweisung von Gebieten“:

¹²⁰ SCHULTZE/PAUTKE/WAGENER (FN 69), Art. 4 lit. b Rz 449.

¹²¹ Klausel III. 1 Abs. 2 des im Fall *Système de distribution Citroën* untersuchten Vertrages (RPW 2002/3, 460 Rz 19) ist damit von Art. 5 Abs. 4 KG nicht erfasst.

- (1) Selektive Vertriebssysteme mit qualitativen und/oder quantitativen Auswahlkriterien;
- (2) Standortklauseln;
- (3) die Vereinbarung von Verantwortlichkeitsgebieten;
- (4) weltweite Alleinbelieferungspflichten.

Sodann werden zumal folgende Abreden nicht von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst, weil es an einer Einschränkung der Weiterverkaufsfreiheit des Händlers fehlt:

- (1) die Verpflichtung des Herstellers/Lieferanten, im zugewiesenen Gebiet ausser dem oder den bezeichneten Händlern keine weiteren Händler zu beliefern;
- (2) die Verpflichtung des Herstellers/Lieferanten, im zugewiesenen Gebiet ausser dem oder den bezeichneten Händlern keine weiteren Händler zu bestellen;
- (3) die Verpflichtung des Herstellers/Lieferanten, in den zugewiesenen Gebieten keine Endverbraucher zu beliefern;
- (4) die Pflicht eines Händlers, seinen Bedarf ausschliesslich beim Hersteller/Importeur zu decken (Alleinbezugspflichten).

IV. Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG

1. Allgemeines

Mit der Feststellung, dass eine Abrede von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst wird, ist noch kein Urteil über deren Zulässigkeit nach Art. 5 KG gefällt. Vielmehr kann die Vermutung beseitigt werden. Bevor davon im einzelnen die Rede ist, soll kurz auf die *Realien* eingegangen werden.

2. Realien

a) *Marktmacht*

Auszugehen ist vom Umstand, dass in der Industrieökonomik die herrschende Meinung dahin geht, dass vertikale Abreden (wie etwa vertikale Mindestpreis- und Gebietsschutzabreden) nur dann überhaupt wohlfahrtsschädigend sein können (aber nicht müssen), wenn die an ihnen beteiligten Unternehmen marktmächtig sind¹²² (bzw. kein hinreichender Interbrand-Wettbewerb herrscht¹²³). Weshalb, hat POSNER als Richter in einer Urteilsbegründung prägnant dargelegt:

„A firm that has no market power is unlikely to adopt policies that disserve its consumers; it cannot afford to. And if it blunders and does adopt such a policy, market retribution will be swift. Thus its mistakes do not seriously threaten consumer welfare, which is the objective that we are told should guide us in interpreting the Sherman Act.“¹²⁴

Das bedeutet umgekehrt, dass eine generelle – d.h. von der Marktstellung der beteiligten Unternehmen unabhängige – „Ächtung“ von vertikalen Mindestpreis- und Gebietsschutzabreden ökonomisch nicht begründbar ist.¹²⁵

¹²² Vgl. PAUL W. DOBSON/MICHAEL WATERSON, Vertical Restraints and Competition Policy, OFT177, Office of Fair Trading, Research Paper 12, London 1996, 57; PATRICK REY/FRANCISCO CABALLERO-SANZ, The Policy Implications of the Economic Analysis of Vertical Restraints, Economic Papers, No. 119, November 1996 (erstellt für die GD II der Europäischen Kommission), Luxembourg 1996, 41 und 42; BISHOP/WALKER (FN 57), 77 ¶4.04; BISHOP/RIDYARD (FN 59), 35; DAMIEN NEVEN/PENELOPE PAPANDROPOULOS/PAUL SEABRIGHT, Trawling for Minnows: European Competition Policy and Agreements Between Firms, London 1998, 33; BARRY E. HAWK, System Failure: Vertical Restraints an EC Competition Law, C.M.L.Rev. 32 (1995), 975; FRANK H. EASTERBROOK, Is There a Ratchet in Antitrust Law?, Tex. L. Rev. 60 (1982), 708; MARKUS RUFFNER, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht: Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Zürich 1990, 256 f.; FRANZ HOFFET, Die Auslegung von Schlüsselbegriffen des KG im Lichte des Europäischen Wettbewerbsrechts, in: CARL BAUDENBACHER (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: Achtes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2001, Basel 2002, 201-222, 221.

¹²³ Vgl. hierzu die Nachweise in: REINERT (FN 56), 153 FN 523 und 524.

¹²⁴ Valley Liquors v. Renfield Importers, 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982).

¹²⁵ A.M. ZÄCH (FN 44), 376 f.; im Grundsatz dagegen kongruent mit der hier vertretenen Ansicht: PETER ZWEIFEL/ROGER ZÄCH, Vertical Restraints: The Case of Multinationals, Antitrust Bull. 48 (2003), 271-298, 273, wo von einem marktmächtigen Hersteller ausgegangen wird.

In der *politischen Diskussion* wird jedoch – unter Anführung anekdotischer Beweise¹²⁶ – häufig geltend gemacht, dass zumal Gebietsschutzabreden in der Schweiz von international tätigen Herstellern zum Zwecke der Preisdiskriminierung missbraucht würden, um in der Schweiz höhere Preise als im Ausland zu verlangen.¹²⁷ Diese These mag zwar intuitiv einleuchten. Die ökonomische Theorie zeigt indessen, dass die wohlfahrtsökonomische Beurteilung von Preisdifferenzierungen komplexer ist. *In nuce*:

b) *Preisdifferenzierung*

In *grundsätzlicher* Hinsicht ist einmal festzuhalten, dass Preisdifferenzierungen dritten Grades¹²⁸ (um welche es im vorliegenden Zusammenhang geht) weder per se wohlfahrtssteigernd noch per se wohlfahrtsschädlich sind. Vielmehr kommt es hier auf die Umstände des Einzelfalls an:¹²⁹ Zu denken ist etwa an Fälle, in denen mit Gebietsschutzabreden, die zu Preisdiskriminierungen dritten Grades führen, dem Vertrieb eines Produktes entgegenstehende Hindernisse (wie z.B. Free-Riding-Probleme) behoben werden, was Wohlfahrtssteigerungen zur Folge hat. Man wird in diesem Zusammenhang beachten, dass Phänomene wie das Free-Riding-Problem gerade im internationalen Kontext eine grosse Bedeutung haben können,¹³⁰ etwa wenn die Vermarktungsgegebenheiten je nach nationalem Markt variieren, oder Free-Riding-Probleme im Gefolge von Wechselkursschwankungen entstehen.¹³¹ Weiter (und dies ist zumal unter dem Aspekt der dynamischen Effizienz bedeutsam) können Preisdifferenzierungen dann wohlfahrtsfördernd sein, wenn sie es Unternehmen erlauben, Fixkosten (wie z.B. Kosten für F&E) schneller zu amortisieren, da diesfalls das Investitionsrisiko gesenkt und der Anreiz zu Innovationen (die den Hauptmotor des

¹²⁶ Vgl. etwa das Votum von Nationalrat R. Strahm, AB N 2002 1438 1. Spalte.

¹²⁷ ZÄCH (FN 57), 303 und 304; DERS., Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter nach Massgabe des Kartellgesetzes: Rechtslage gemäss Kodak-Urteil und Revisionsvorschläge, sic! 2000, 276.

¹²⁸ Gemeinhin wird zwischen Preisdifferenzierung ersten, zweiten und dritten Grades unterschieden. Bei der Preisdifferenzierung dritten Grades haben die verschiedenen Abnehmergruppen unterschiedliche kontinuierliche Nachfragefunktionen (vgl. hierzu etwa FREDERIC MICHAEL SCHERER/DAVID ROSS, *Industrial market structure and economic performance*, 3. Aufl., Boston et al. 1990, 490).

¹²⁹ Vgl. hierzu die Nachweise in: REINERT (FN 56), 164 FN 575.

¹³⁰ MALUEG/SCHWARTZ (FN 58), 193; vgl. auch LEXECON, *The Economics of Gray-Market Imports*, Washington D.C. 1985, 3-9.

¹³¹ Vgl. hierzu die Nachweise in: REINERT (FN 56), 170.

Wirtschaftswachstums darstellen)¹³² erhöht wird.¹³³ Dies ist insbesondere in Branchen bedeutsam, die durch wiederkehrende hohe „sunk costs“ und verhältnismässig geringe Grenzkosten gekennzeichnet sind. Beispiele hierfür sind die Bereiche Software, digitale Unterhaltung, Pharma und Biotechnologie.¹³⁴ Vertikale Mindestpreis- und Gebietsschutzabreden – dies sei nur nebenbei bemerkt – können schliesslich erforderlich sein, um Investitionsschutz-Probleme¹³⁵ auf Händlerstufe zu lösen, Transaktionskosten-Probleme¹³⁶ zu beseitigen, Händlern die notwendigen Anreize für die Vermarktung von Produkten zu geben¹³⁷ oder die Opportunitätskosten¹³⁸ der Verbraucher zu senken.

Bei Preisdifferenzierungen, die nicht durch das Bestreben, Vertriebshindernisse (wie das Free-Riding) zu beheben, motiviert sind, gelten folgende Faustregeln: Haben Preisdifferenzierungen dritten Grades eine Verminderung des Outputs zur Folge, sind sie wohlfahrtsmindernd. Outputsteigerungen sind demgegenüber eine notwendige (aber nicht hinreichende) Voraussetzung dafür, dass Preisdifferenzierungen dritten Grades wohlfahrtssteigernd positiv zu beurteilen sind. Damit outputsteigernde Preisdifferenzierungen dritten Grades die soziale Wohlfahrt vermehren, muss die Outputsteigerung ein Ausmass erreichen, das die allokativen Verluste, die durch die Preisdifferenzierung entstehen, wettmacht.¹³⁹

c) *Empirisches*

Was das *empirische* Material anbelangt, so gibt es bislang keinen Beleg für die These, wonach Gebietsschutzabreden von international tätigen Konzernen systematisch benutzt werden, um in der Schweiz höhere Preise zu verlangen. Dasselbe gilt für die These, dass allfällige Gebietsabreden höhere Preise zur Folge

¹³² Grundlegend: SOLOW (FN 19), 312-320, insbesondere 316 f.; EDWARD F. DENISON, Trends in American Economic Growth: 1929-1982, Washington D.C. 1985, 28-30.

¹³³ Vgl. JERRY HAUSMANN/JEFFREY MACKIE-MASON, Price Discrimination & Patent Policy, RAND Econ. J. 19 (1988), 263 f., und BAUMOL (FN 18), 167-171, 162 f.

¹³⁴ Vgl. WILLIAM J. BAUMOL/DANIEL G. SWANSON, The New Economy and Ubiquitous *Competitive* Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power, Antitrust L.J. 70 (2003), 661-685, 661 f.

¹³⁵ REINERT (FN 56), 110-115.

¹³⁶ REINERT (FN 56), 132-140.

¹³⁷ REINERT (FN 56), 124-128.

¹³⁸ REINERT (FN 56), 128-130.

¹³⁹ Vgl. hierzu im einzelnen REINERT (FN 56), 164-167.

hätten, ohne dass sich diese z.B. durch höhere Faktorkosten oder dergleichen erklären liessen. Dies trifft einmal für die diesbezüglich häufig zitierte Studie der BAK Konjunkturforschung Basel AG (BAK-Studie) zu, aber auch für eine vom *seco* in Auftrag gegebene Untersuchung. Im Gegenteil weisen die bis anhin gemachten Preisstudien in die Richtung, dass für die Preisunterschiede vor allem auch staatliche Regulierungen ursächlich sind.¹⁴⁰ Ein Beispiel hierfür sind landwirtschaftliche Produkte, bei denen tendenziell die höchsten Preisunterschiede zum Ausland bestehen¹⁴¹ und bei denen in erster Linie hoheitliche Interventionen preissteigernd wirken.¹⁴²

In dieselbe Richtung weisen auch bislang die Abklärungen des Sekretariates der Wettbewerbskommission zum Problem der Vertikalabreden. Bis anhin wurden ca. 120 Fälle untersucht. Davon konnten 76 Fälle ohne Folgen abgeschlossen werden, während bei 40 Fällen die Ermittlungen noch nicht genügend weit fortgeschritten sind. Von den genannten 76 Fällen wurden 29% abgeschlossen, da das Kartellgesetz nicht anwendbar war, 8% der Fälle wurden einvernehmlich geregelt, und bei 63% der Fälle zeigte sich, dass keine wettbewerbsrechtlichen Probleme bestanden.¹⁴³ Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang auch die Ergebnisse der drei Vorabklärungen *Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen*¹⁴⁴, *Preis differenzierung bei Deodorants*¹⁴⁵ und *Preis differenzierung bei Schokoriegeln*¹⁴⁶. Bei allen diesen drei Produkten ergaben die Untersuchungen des Sekretariates, dass entweder keine Preisdifferenzen bestehen¹⁴⁷ oder diese zumindest zum Teil auf spezielle schweizerische Sonderfaktoren (wie Zölle und höhere

¹⁴⁰ Vgl. hierzu im einzelnen REINERT (FN 56), 171-173.

¹⁴¹ MARTIN EICHLER/MICHAEL GRASS/CHRISTOPH KOELLREUTER/THOMAS KÜBLER, Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU, Bern 2003, 110 f.

¹⁴² ROLF ITEN/MARTIN PETER/ANNA VETTORI/SARAH MENEGALE, Hohe Preise in der Schweiz: Ursache und Wirkung, Bern 2003, 130 und 145 f.

¹⁴³ RPW 2004/1, 31, Jahresbericht 2003 der Wettbewerbskommission.

¹⁴⁴ RPW 2003/4, 732-741, Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen.

¹⁴⁵ RPW 2004/1, 85-93, Preis differenzierung bei Deodorants.

¹⁴⁶ RPW 2004/1, 93-101, Preis differenzierung bei Schokoriegeln.

¹⁴⁷ RPW 2003/4, 739 f. Rz 27 b), Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen; RPW 2004/1, 88 Rz 12 b), 88 Rz 13 e), 89 Rz 14 b), Preis differenzierung bei Deodorants; RPW 2004/1, 95 Rz 10, 96 Rz 13, Preis differenzierung bei Schokoriegeln.

Faktorkosten) zurückzuführen sind¹⁴⁸ und dass Parallelimporte bei diesen Produkten möglich sind¹⁴⁹, d.h. kein absoluter Gebietsschutz besteht.

Abgesehen davon ist im Hinblick auf den häufigen Vorwurf der „Hochpreisinsel Schweiz“ festzuhalten, dass nach Erhebungen des Sekretariates der Wettbewerbskommission nur 27% des schweizerischen Warenkorbes potentiell vom Thema „Vertikalabreden“ betroffen sind. Bei den übrigen 73% des Warenkorbes handelt es sich um Güter, bei denen Parallelimporte nicht möglich sind, wie etwa Energie- und Wasserversorgung, Telekommunikation, Baugewerbe, Gastgewerbe, Verkehr, Erziehungsdienstleistungen und Gesundheitsdienstleistungen. Gerade hier existieren (unter anderem aufgrund staatlicher Regulierungen [insbesondere in den Bereichen Energie und Telekommunikation]) zum Teil hohe Preisunterschiede zum Ausland.¹⁵⁰

Mit all dem soll nicht bestritten werden, dass es Fälle gibt, in denen mittels Gebietsschutzabreden in der Schweiz tatsächlich höhere Preise verlangt werden, und diese höheren Preise nicht durch zusätzliche Leistungen oder durch höhere schweizerische Faktorkosten begründet sind. Nicht gerechtfertigt ist allerdings (zumindest aufgrund des bis anhin vorliegenden Materials) die Aussage, dass vertikale Gebietsschutzabreden systematisch zur Abschöpfung von Monopolrenten in der Schweiz missbraucht würden und sich deshalb ein allgemein scharfes Vorgehen gegen derartige Abreden aufdränge.

d) Wettbewerbspolitische Folgerungen

Im Hinblick auf die praktische Wettbewerbspolitik sind in Anbetracht der vorherigen Ausführungen – in Übereinstimmung mit dem, was die Industrieökonomik lehrt – vertikale Mindestpreis- und Gebietsschutzabreden nur dann überhaupt zu untersuchen, wenn eines der an ihnen beteiligten Unternehmen über Marktmacht verfügt bzw. der Interbrand-Wettbewerb schwach ist. Sollte im Einzelfall Marktmacht vorliegen, so ist insbesondere zu prüfen, ob die betreffenden Abrede die oben erwähnten positiven Auswirkungen hat. Diese Grundsätze sollten im Zentrum der Frage nach der Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG (wie auch der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG) ste-

¹⁴⁸ RPW 2004/1, 96 Rz 11 a), Preisdifferenzierung bei Schokoriegeln; RPW 2004/1, 92 Rz 25, Preisdifferenzierung bei Deodorants.

¹⁴⁹ RPW 2003/4, 734 Rz 12, Tintenstrahldrucker und Tintenpatronen.

¹⁵⁰ EICHLER/GRASS/KOELLREUTER/KÜBLER (FN 141), 134-137 (Energie- und Wasserversorgung); 154-157 (Telekommunikation).

hen. Abzulehnen ist jedenfalls der im Recht der EG übliche Automatismus, Abreden, die als Kernbeschränkungen zu qualifizieren sind, als in aller Regel unzulässig zu betrachten.¹⁵¹

3. Voraussetzungen der Vermutungswiderlegung

a) Allgemeines

In der Praxis wird im Hinblick auf die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 KG jeweils geprüft, ob trotz der Abrede ein funktionierender Innen- oder Aussenwettbewerb besteht. Bejahendenfalls ist dann die Vermutung widerlegt. Klassischerweise wird zu diesem Zweck zunächst der relevante Markt abgegrenzt. Hernach werden in einem zweiten Schritt die Marktverhältnisse untersucht.¹⁵²

b) Aussenwettbewerb bei Vertikalabreden

Funktionierender *Aussenwettbewerb* liegt gemäss einer vom Bundesgericht im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 KG verwendeten Formel vor, „wenn es Unternehmen gibt, die nicht an der Abrede beteiligt sind und damit so viel Konkurrenz schaffen, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht als beseitigt erscheint“¹⁵³. Im Rahmen von vertikalen Abreden kann Aussenwettbewerb insbesondere von *In-terbrand-Wettbewerb* herrühren, also von Produkten anderer Hersteller. Solcher Wettbewerb rührt zumal von Produkten her, die demselben relevanten Markt zuzuordnen sind. Aber auch Produkte von potentiellen Konkurrenten sind zu berücksichtigen, sofern diese Konkurrenten innerhalb von zwei bis drei Jahren

¹⁵¹ Vgl. ABl 2000 C 291/11 Rz 46, Leitlinien für vertikale Beschränkungen; das System der Kernbeschränkungen wird zu Recht als ökonomisch wenig sinnvoll beurteilt: BISHOP/ WALKER (FN 57), 167 ¶5.51; ROGER VAN DEN BERGH, The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law, in: ANTONIO CUCINOTTA/ROBERTO PARDOLESI/ROGER VAN DEN BERGH (Hrsg.), Post-Chicago Developments in Antitrust Law, Cheltenham/Northampton 2002, 34-59, 37, 40 f.; VALENTINE KORAH, The Future of Vertical Agreements Under E.C. Competition Law, ECLR 19 (1998), 509; ALAN J. RILEY, Vertical Restraints: A Revolution?, ECLR 19 (1998), 491 f.; VINCENT VEROUDEN, Vertical Agreements and Article 81(1) EC: The Evolving Role of Economic Analysis, Antitrust L.J. 71 (2003), 570.

¹⁵² Vgl. zuletzt RPW 2003/2, 283-287 Rz 50-64, Fahrschule Graubünden; BGE 129 II 18, 35, E. 8.1, Buchpreisbindung.

¹⁵³ BGE 129 II 18, 35, E. 8.1, Buchpreisbindung.

in den betreffenden Markt eintreten können.¹⁵⁴ Auf Händlerstufe kann Aussenwettbewerb auch von *Intrabrand-Wettbewerb* herrühren, namentlich von Konkurrenten, die nicht in die Abreden eingebunden sind.

Was die bisherige Fallpraxis zu Art. 5 Abs. 3 KG betrifft, so geht das Bundesgericht davon aus, dass bei 90% Marktanteil wirksamer Aussenwettbewerb ausscheidet.¹⁵⁵ Im Fall *Fahrschule Graubünden* erkannte die Wettbewerbskommission noch bei einer Bindung von 72% des relevanten Marktes auf wirksamen Aussenwettbewerb.¹⁵⁶ Im Fall *Clima Suisse* hielt die Rekurskommission fest, dass bei einem gebundenen Marktanteil von 5-15% in keinem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung vorliege.¹⁵⁷

Inwiefern können diese Schwellenwerte auf Art. 5 Abs. 4 KG übertragen werden? Bedenkt man, dass vertikale Abreden, wie dargelegt,¹⁵⁸ in der Regel nur beim Vorliegen von Marktmacht wohlfahrtsschädliche Wirkungen zeitigen, ist im Sinne einer *ersten Faustregel* anzunehmen, dass wirksamer Wettbewerb in aller Regel nicht beseitigt ist, wenn die Marktanteile der beteiligten Unternehmen die Spanne von 30%-40% unterschreiten (auch wenn solche Marktanteilschwellen mit Vorsicht zuzugreifen sind). Überdies wird man in Rechnung stellen, dass vertikale Abreden (infolge des Fehlens einer horizontalen Marktanteilsaddition) im Prinzip weniger wohlfahrtsschädliches Potential als horizontale Abreden haben. Daraus ist (als *zweite Faustregel*) zu folgern, dass die kritische Marktanteilsschwelle (d.h. die Schwelle, bei der kein wirksamer Aussenwettbewerb mehr vorliegt) im Bereich von Art. 5 Abs. 4 KG mindestens so hoch liegen muss wie bei Art. 5 Abs. 3 KG. Praktisch wird damit die kritische Schwelle *erheblich höher* als 30%-40% sein und – in Anbetracht der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission – noch bei Marktanteilen in der Grössenordnung von 70% wirksamer Aussenwettbewerb dargetan werden

¹⁵⁴ RPW 2000/3, 368 Rz 116a) a.E., Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar.

¹⁵⁵ BGE 129 II 18, 35 E. 8.2, Buchpreisbindung; vgl. auch RPW 2000/3, 359 Rz 92 b, Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar.

¹⁵⁶ RPW 2003/2, 274 Rz 6 i.V.m. 286 f. Rz 62 f., Fahrschule Graubünden; 39 Fahrlehrer eines Verbands folgten in einer Spannbreite von +/-5% einer (aufgehobenen) Verbands-Preisempfehlung; fünf unabhängige Fahrlehrer und zehn dem Verband angeschlossene Fahrlehrer verfolgten eine davon unabhängige Preispolitik.

¹⁵⁷ RPW 1999/3, 515 Erw. 3.1, *Clima Suisse*/Wettbewerbskommission, i.V.m. RPW 1999/4, 614 f. Rz 11, Einstellungsverfügung vom 6. Dezember 1999; vgl. auch WALTER STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: ROLAND VON BÜREN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2: Kartellrecht, Basel et al. 2000, 93, der bei horizontalen Kartellen verlangt, dass diese eine marktbeherrschende Stellung haben.

¹⁵⁸ Oben, IV.2.a).

ordnung von 70% wirksamer Aussenwettbewerb dargetan werden können.¹⁵⁹ Anders gewendet: Wirksamer Aussenwettbewerb kann dargetan werden, wenn funktionierender Interbrand-Wettbewerb besteht.

Hiergegen wird zum Teil vorgebracht, dass die grosse Mehrzahl der Unternehmen über keine Marktmacht verfüge bzw. funktionierendem Interbrand-Wettbewerb ausgesetzt sei. Sollte der neue Vermutungstatbestand überhaupt praktische Bedeutung entfalten, müsse deshalb das Fehlen von Marktmacht bzw. das Bestehen funktionierenden Interbrand-Wettbewerbs unbeachtlich sein. Dieses „Effet-Utile“-Argument ist u.E. abzulehnen. Denn die Widerlegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen als denjenigen, die eben skizziert wurden, liefe letztlich darauf hinaus, horizontale Hard-Core-Kartelle de facto gegenüber vertikalen Abreden zu bevorzugen. Ein solches Vorgehen wäre mit dem Postulat einer ökonomisch in sich konsistenten Wettbewerbspolitik nicht vereinbar.

c) „*Innenwettbewerb*“ bei *Vertikalabreden*

Funktionierender *Innenwettbewerb* besteht nach höchstrichterlicher Praxis zu Art. 5 Abs. 3 KG, (1) wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird,¹⁶⁰ oder (2) wenn trotz der Abrede aufgrund anderer relevanter Wettbewerbsparameter noch ein gewisser Rest- oder Teilwettbewerb besteht.¹⁶¹ Das wohl bekannteste Beispiel für das zweite Szenario ist im *Buchpreisbindung*-Urteil zu finden. Darin wurde die Relevanz nichtpreislicher Wettbewerbsparameter unter Hinweis auf den stattfindenden Qualitätswettbewerb hinsichtlich übersichtlicher Sortimentsanordnung, fachkundiger Beratung und Sortimentsbreite bejaht. Zur Begründung verwies das Bundesgericht unter anderem auf die geringe Preissensibilität der Buchkundschaft und auf den Umstand, dass nach Umfragen 63%-69% der Buchkunden Faktoren wie einer übersichtlichen Bücheranordnung, Sortimentstiefe und fachkundigen Beratung besonderes Gewicht beimessen, während nur 48% der Befragten Wert auf tiefe Preise legten.¹⁶²

¹⁵⁹ RPW 2003/2, 274 Rz 6 i.V.m. 286 f. Rz 62 f., Fahrschule Graubünden; vgl. auch den (Art. 7 KG betreffenden) Fall RPW 2003/2, 245-249 Rz 26-40, Vertrieb Veterinär-Nahtmaterial Johnson&Johnson.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu RPW 1998/2, 195 f. Rz 40-42, SIVT-Honorarrichtlinien.

¹⁶¹ BGE 129 II 18, 35 E. 8.1 und 36 f. E. 8.3.2, Buchpreisbindung.

¹⁶² BGE 129 II 18, 39 f. E. 9.4, Buchpreisbindung.

Anders als beim Kriterium des Aussenwettbewerbes wäre es im Hinblick auf vertikale Abreden *analytisch schief*, wollte man von „Innenwettbewerb“ sprechen. Denn im Unterschied zu horizontalen Abreden stehen die beteiligten Unternehmen bei vertikalen Abreden nicht unmittelbar miteinander im Wettbewerb. Das heisst indessen nicht, dass die mit Blick auf Art. 5 Abs. 3 KG entwickelte Rechtsprechung zum Kriterium des Innenwettbewerbs für die Interpretation von Art. 5 Abs. 4 KG keine Beachtung finden darf. Zumindest zwei im Rahmen dieser Judikatur erarbeitete „Kriterien“ sollten in diesem Zusammenhang beibehalten werden: Erstens die Analyse der Frage, ob eine Abrede in Wirklichkeit befolgt wird oder nicht, und zweitens die Berücksichtigung anderer Wettbewerbsparameter als der gebundenen.

Dieses zweite Kriterium kann insbesondere in Fällen massgebend sein, in denen die betreffende Abrede dazu dient, den Vertrieb störende Begleiterscheinungen (wie z.B. Free-Riding) unter Kontrolle zu bringen.¹⁶³ Namentlich bei Waren, (1) die entweder komplexer oder technischer Natur, (2) bei denen die Produktkenntnis der Verbraucher begrenzt oder (3) Qualitätsvergleiche vor/nach dem Verkauf schwierig vorzunehmen sind (sog. experience bzw. credence products) (4) oder deren Markenimage schwach ist, wird dem (durch vertikale Mindestpreis- oder Gebietsschutzabreden oft gerade angestachelten) Qualitätswettbewerb auf Händlerebene häufig eine ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Diesem Umstand kann freilich ohne weiteres auch im Rahmen des Aussenwettbewerbs, dem Händler ausgesetzt sind, Beachtung geschenkt werden. Abzulehnen ist im übrigen das hiergegen vorgebrachte Argument, dass im Rahmen selektiver Vertriebssysteme kein solcher Qualitätswettbewerb stattfindet.

Nicht gefolgt werden kann schliesslich der Auffassung, wonach die Widerlegung der Vermutung nicht gelingen könne, wenn Preisdifferenzen zum umliegenden Ausland bestünden. Eine derartige Regel lässt sich weder dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 4 KG entnehmen noch findet sie Unterstützung in den Protokollen der parlamentarischen Beratungen.¹⁶⁴

¹⁶³ BGE 129 II 18, 42 E. 9.5.3, Buchpreisbindung.

¹⁶⁴ Dagegen kann auch nicht das Votum von SR Eugen David angeführt werden, wonach im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 KG ein Missbrauch anzunehmen sei, wenn die Preisdifferenz zum Ausland 5% betrage (AB S 2003. 327 2. Spalte). Einmal ist diese Aussage im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 KG gefallen. Weiter ist nicht dargetan, dass dieses Votum dem Willen der Mehrheit des Ständerates entsprach (pro memoria: SR Eugen David gehörte zu jenem Teil

V. Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 KG)

1. Allgemeines

Die Widerlegung der Vermutung bedeutet noch nicht, dass die betreffende Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG zulässig ist. Unzulässig ist eine Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG, wenn eine Abrede eine *Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt* (= Wettbewerbsbeeinträchtigung; nachstehend, Ziff. V.2.), die *erheblich* ist (nachstehend, Ziff. V.3.) und nicht aus *Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt* werden kann (nachstehend, Ziff. V.4.). Im folgenden soll kurz dargelegt werden, welche Grundsätze bei dieser Prüfung zu gelten haben. Der guten Ordnung halber sei angefügt, dass im folgenden nur Abreden zu betrachten sind, die unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG fallen. Die Zulässigkeit anderer Abreden wird vorliegend nicht erörtert.

2. Wettbewerbsbeeinträchtigung

a) Bisherige Praxis

Was vertikale Abreden betrifft, hat die Wettbewerbskommission in den Fällen *Volkswagen–Vertriebssystem*, *Tracteurs* und *Système de distribution Citroën* vertikale Preis- und Gebietsabreden ohne weitere Begründung als Wettbewerbsbeeinträchtigung qualifiziert.¹⁶⁵ Ähnlich ging das Bundesgericht vor, das im *Buchpreisbindungs-Urteil* den Sammelrevers unter Hinweis auf den Umstand, dass er die Preisgestaltungsfreiheit auf Händlerebene beschränke, als Wettbewerbsbeschränkung beurteilte.¹⁶⁶ Noch strenger ist die *Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel* vom 21. Oktober 2002 (Automobilbekanntmachung), in deren Ziff. 11 bestimmte Vereinbarungen ohne weiteres als (erhebliche) Wettbe-

des Ständerates, die mit ihren Anträgen zu Art. 5 Abs. 4 KG in der kleinen Kammer unterlagen).

¹⁶⁵ RPW 2000/2, 207-209 Rz 39-46, Volkswagen–Vertriebssystem; RPW 2002/4, 564 Rz 26 c), Tracteurs; vgl. auch RPW 2002/3, 460 f. Rz 21, Système de distribution Citroën. Im Hinblick auf die Gebietsschutzabrede im Fall Citroën ist darauf hinzuweisen, dass diese vermutlich von Art. 2 Abs. 1 KG gar nicht erfasst wurde, da sie nur Verkäufe ins Ausland verbot. Ein Verbot von Parallelimporten ins Ausland wirkt sich nur dann in der Schweiz aus, wenn Reimporte in die Schweiz wahrscheinlich sind. Dies wurde indessen von der Wettbewerbskommission nicht dargetan.

¹⁶⁶ BGE 129 II 18, 24 E. 5.1, Buchpreisbindung.

werbsbeschränkungen erklärt werden. Abermals strenger ist schliesslich *die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden* vom 18. Februar 2002 (Vertikalabreden-Bekanntmachung). Deren Ziff. 1 scheint (zumindest implizit) die Auffassung zugrunde zu liegen, dass *jede* vertikale Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bewirke oder bezwecke. Diese Gleichsetzung widerspricht indessen klar Art. 4 Abs. 1 KG, der *neben* einer Abrede auch das Bewirken oder Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung verlangt.¹⁶⁷

Rechtsvergleichend wird man in diesem Zusammenhang berücksichtigen müssen, dass der EuGH bei der Anwendung von Art. 81 Abs. 1 EG immer wieder die wettbewerbsintensivierenden und wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Vereinbarung in ihrem wirtschaftlichen Zusammenhang untersucht hat¹⁶⁸ (auch wenn die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich nicht gänzlich konsistent ist)¹⁶⁹.

Das Abwägen der wettbewerbsintensivierenden und wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen einer Abrede ist auch der Wettbewerbskommission grundsätzlich nicht fremd. Diese hat bei der Beurteilung horizontaler Abreden (u.a. horizontaler Preisabreden!)¹⁷⁰ im Lichte von Art. 4 Abs. 1 KG verschiedentlich (zumindest implizit) eine derartige Abwägung vorgenommen,¹⁷¹ und bei Überwiegen der wettbewerbsintensivierenden Auswirkungen auf das Nichtbestehen einer Wettbewerbsabrede erkannt.

¹⁶⁷ G.L.M. HOCH CLASSEN (FN 44), 313 f.

¹⁶⁸ EuGH, 19. 4. 1988, Rs. 27/87, Slg. 1988, 1938 f. Rz 8-11, Erauw-Jacquery/La Hesbignonne; EuGH, 30. 6. 1966, Rs. 56/65, Slg. 1966, 304, Société Technique Minière (LTM)/ Maschinenbau Ulm (MBU); EuGH, 6. 5. 1971, Rs. 1/71, Slg. 1971, 356 Rz 7/10, Cadillon/ Höss; EuGH, 12. 12. 1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, 555 f., Aktiengesellschaft Brasserie de Haecht/Herrn Oscar Wilkin und Frau Marie Jaanssen; EuGH, 11. 12. 1980, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3792 Rz 19, L'Oréal/De Nieuwe Amck; EuGH, 28. 2. 1991, Rs. 234/89, Slg. 1991, I-984 Rz 14, Delimitis; EuGH, 25. 11. 1971, Rs. 22/71, Slg. 1971 960 Rz 16/18, Béguelin Import/G.L. Import Export.

¹⁶⁹ EuGH, 15. 9. 1998, verb. Rs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 und 388/94, Slg. 1998-II 3197 Rz 136, European Night Services/Kommission mit Berufung auf EuGH, 6. 4. 1995, Rs. T-148/89, Slg. 1995-II, 1108 Rz 109, Tréfilunion/Kommission.

¹⁷⁰ RPW 1997/4, 471 Rz 13-18, Auto Assistance Schweiz (AAS).

¹⁷¹ RPW 1997/4, 471 Rz 13-18, Auto Assistance Schweiz (AAS); RPW 1998/1, 8 f. Rz 18-21, Elektroanlagen Pikett-Service; RPW 2000/1 12 Rz 20, Zusammenarbeit von Kassensturz mit der Zeitschrift saldo.

b) *Stellungnahme*

Vor dem Hintergrund, dass sowohl der EuGH als auch (zumindest bei horizontalen Abreden) die Wettbewerbskommission die wettbewerbsintensivierenden und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen einer Abrede gegeneinander abgewogen haben, vermag die von der Wettbewerbskommission im Bereich der Vertikalabreden an den Tag gelegte formale Gleichsetzung von Gebiets- bzw. Preisabreden mit dem Bestehen einer Wettbewerbsbeschränkung nicht zu überzeugen. Denn mit dieser Praxis werden horizontale gegenüber vertikalen Abreden ohne ökonomische Rechtfertigung de facto bevorzugt. Nach der hier vertretenen Auffassung verlangt Art. 4 Abs. 1 KG zwingend eine Abwägung der wettbewerbsintensivierenden und -beschränkenden Auswirkungen der untersuchten Abrede. Wettbewerbsintensivierende Auswirkungen von Vertikalabreden können sich z.B. daraus ergeben, dass sie den Interbrand-Wettbewerb intensivieren, indem sie Free-Riding-¹⁷² oder Investitionsschutz-Probleme¹⁷³ auf Händlerstufe lösen, Transaktionskosten beseitigen¹⁷⁴ oder auf Händlerstufe die notwendigen Anreize für die Vermarktung der Vertragsprodukte schaffen¹⁷⁵.

Unbehelflich wäre es, gegen die eben eingenommene Sicht der Dinge einzuwenden, aus Art. 5 Abs. 4 KG ergebe sich, dass Intrabrand-Wettbewerb per se (unabhängig von der Intensität des Interbrand-Wettbewerbs) schützenswert sei.¹⁷⁶ Einmal würden hiermit Vermutungsfolge und tatbestand miteinander unzulässigerweise miteinander vermengt. Weiter wäre es aus industrieökonomischer Sicht abzulehnen, die Schutzwürdigkeit des Intrabrand-Wettbewerbs zu verabsolutieren.¹⁷⁷ Dessen Beschränkung ist gemäss vorherrschender Lehre ohnehin nur dann problematisch, wenn eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen marktmächtig ist bzw. auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Interbrand-Wettbewerb herrscht.¹⁷⁸ Zudem gilt es zu bedenken, dass das Parlament eine Änderung des Zweckartikels, gemäss welcher „jede Art von Wettbe-

¹⁷² REINERT (FN 56), 62-102.

¹⁷³ REINERT (FN 56), 110-115.

¹⁷⁴ REINERT (FN 56), 132-140.

¹⁷⁵ REINERT (FN 56), 124-128.

¹⁷⁶ So etwa KAUFMANN (FN 96), 143.

¹⁷⁷ REINERT (FN 56), 61 f.

¹⁷⁸ Oben, IV.2.a).

werb“ (und damit auch Intra-brand-Wettbewerb) ausdrücklich für schützenswert erklärt worden wäre, abgelehnt hat.¹⁷⁹

3. Erheblichkeit

a) *Bisherige Praxis*

Die Entscheide *Volkswagen-Vertriebssystem*, *Tracteurs* und *Système de distribution Citroën* legen nahe, dass die Wettbewerbskommission vertikale Preis- und Gebietsabreden als per se erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung qualifiziert. Jedenfalls hat sie in diesen Fällen das Vorliegen von Erheblichkeit bejaht ohne sich ernsthaft mit dem Dafür und Dawider einer derartigen Qualifikation zu befassen.¹⁸⁰ Juristische Grundlage für den Entscheid in *Tracteurs* und *Système de distribution Citroën* war die bereits erwähnte Vertikalabreden-Bekanntmachung (Ziff. 3 Bst. a und b). Im wesentlichen derselbe Erheblichkeitsbegriff liegt Ziff. 11 der Automobilbekanntmachung zugrunde.

Wiederum ist die Praxis der Wettbewerbskommission gegenüber vertikalen Abreden nur bedingt mit ihren übrigen Entscheiden vereinbar:

In einem Teil ihrer Entscheide (die meist horizontale Abreden betrafen) hat die Wettbewerbskommission nämlich eine Gesamtbetrachtung des relevanten Marktes vorgenommen und dabei dessen wirtschaftlichen Eigenheiten untersucht. Geprüft wurde hierbei jeweils das Ausmass (1) des verbleibenden *aktuellen Wettbewerbs*, (2) des *potentiellen Wettbewerbs* und (3) der *Marktstellung der Marktgegenseite*.¹⁸¹ In dieser Fallpraxis wurde Erheblichkeit zum Teil auch

¹⁷⁹ Hiergegen kann auch nicht das Votum von Nationalrätin H. Fässler angeführt werden, in welchem diese argumentierte, dass der abgelehnte Einschub in Art. 1 KG unbeachtlich sei, da das für die WAK des NR wichtige Anliegen bereits in Art. 5 Abs. 4 KG verankert sei (AB N 2003 828 1. Spalte). Denn es ist weder dargetan, dass dies die Ansicht des Nationalrates war, noch ist klar, ob der Ständerat dieser Ansicht gefolgt wäre.

¹⁸⁰ RPW 2000/2, 209 Rz 50, Volkswagen-Vertriebssystem; RPW 2002/4, 564 f. Rz 29-32, Tracteurs; vgl. auch RPW 2002/3, 461 f. Rz 24-26, Système de distribution Citroën.

¹⁸¹ Vgl. RPW 1999/2, 321-235 Rz 58-78, Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit; RPW 1999/3, 409 f. Rz 54-59, Bahnhofskioske; RPW 1998/4, 585 f. Rz 27, Eureko Allianz; RPW 1999/2, 231-235 Rz 58-78, Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalwahlfreiheit; RPW 2001/2, 321-330 Rz 68-110, JC Decaux/Affichage.

bei relativ hohen Marktanteilen (20%-60%¹⁸², 60%-80%¹⁸³ und 75%-90%¹⁸⁴) verneint.

Ausgeprägtere Parallelen zur skizzierten Praxis betreffend die Erheblichkeit von *vertikalen* Abreden weist indessen ein anderer Teil der Entscheide auf. Darin werden, ZÄCH¹⁸⁵ folgend, bei der Beurteilung der Erheblichkeit quantitative und/oder qualitative Kriterien für massgebend erklärt,¹⁸⁶ ohne dass allerdings deutlich gemacht wird, ob qualitative bzw. quantitative Erheblichkeit für sich allein genügt.¹⁸⁷ *Qualitative* Erheblichkeit wird angenommen, wenn die Art oder wettbewerbliche Intensität der Abrede zu einer spürbaren Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.¹⁸⁸ Ein Anwendungsbeispiel findet sich in der Verfügung *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*, in der die Wettbewerbskommission die Auffassung vertrat, dass die betreffende Preisabrede auf Herstellerstufe „angesichts der vom Gesetzgeber in Artikel 5 Absatz 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ohne weiteres“¹⁸⁹ erfülle. Ob eine Abrede eine *quantitativ* erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge hatte, wurde in diesen Entscheiden gestützt auf Kriterien wie das Ausmass aktuellen und potentiellen Wettbewerbs, die Höhe des Marktanteils, den getätigten Umsatz und die Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen, beurteilt.¹⁹⁰ Zur Veranschaulichung kann in diesem Zusammenhang wiederum die Verfügung *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar* angeführt werden, in der das Vorliegen quantitativer Erheblichkeit

¹⁸² RPW 1997/4, 458 Rz 35 f., Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs.

¹⁸³ RPW 2001/2, 328 f. Rz 95, JC Decaux/Affichage.

¹⁸⁴ RPW 2001/2, 326 Rz 86, JC Decaux/Affichage.

¹⁸⁵ ZÄCH (FN 53), 157-161 Rz 282-285; ähnlich auch STOFFEL (FN 157), 95-97.

¹⁸⁶ Wohl zustimmend: THOMAS KINDLER, *Händlerverträge in der Schweizer Automobilbranche unter besonderer Berücksichtigung vertriebs- und wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkte*, Bern 2000, 412-146.

¹⁸⁷ In diese Richtung wohl aber ZÄCH (FN 53), 157 Rz 282.

¹⁸⁸ ZÄCH (FN 53), 159 Rz 284; RPW 2000/3, 361 f. Rz 97, 366 f. Rz 111, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar m.w.H.*; ähnlich in der Begründung RPW 2000/2, 177 Rz 51-53, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

¹⁸⁹ RPW 2000/3, 361 f. Rz 97, 366 f. Rz 111, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar m.w.H.*; ähnlich in der Begründung 2000/2, 177 Rz 51-53, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

¹⁹⁰ Vgl. RPW 2000/3, 362 f. Rz 98 f., 367-371 Rz 112-121, *Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar*; ähnlich in der Begründung RPW 2002/2, 177-182 Rz 54-73, *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)*.

unter anderem aufgrund des angeblichen Fehlens von aktuellem und potentielllem Wettbewerb und von Verhandlungsmacht der Marktgegenseite bejaht wurde.¹⁹¹ Von Belang sind diese Entscheide im vorliegenden Zusammenhang deshalb, weil darin der Begriff der Erheblichkeit (auch) juristisch formal, unter Rückgriff auf die Vermutungstatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG gefärbt ist. Dieser juristische Formalismus ist zwar insofern problematisch, als Vermutungsbasis und -vermutungsfolge miteinander vermischt werden;¹⁹² dennoch liegt er der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission zu den Vertikalabreden näher als das ersterwähnte – mehr ökonomisch orientierte – Verständnis des Begriffs der Erheblichkeit.

b) *Stellungnahme*

Keiner dieser Ansätze überzeugt restlos. Nach hier vertretener Ansicht ist der Begriff der Erheblichkeit wie folgt zu verstehen:

Auszugehen ist davon, dass der Zweck des Erheblichkeitsbegriffes in der Entlastung der Wettbewerbsbehörden von Bagatellfällen liegt.¹⁹³ Dem entspricht der in der Botschaft aus dem Jahre 1994 in anderem Zusammenhang geforderte Verzicht auf wettbewerbspolitisches Fine-Tuning¹⁹⁴. Dieser Umstand legt nahe, das Kriterium der Erheblichkeit im Sinne eines *Aufgreifkriteriums* zu verstehen. Die Wettbewerbsbehörden sollen damit nur Abreden untersuchen, bei denen sich wohlfahrtsschädliche Wirkungen mit hinreichender Sicherheit feststellen lassen. Bei vertikalen Wettbewerbsabreden sind solche Wirkungen, wie ausgeführt,¹⁹⁵ nur dann zu erwarten, wenn eines der beteiligten Unternehmen marktmächtig bzw. Interbrand-Wettbewerb nicht wirksam ist. Ökonomisch wäre es

¹⁹¹ RPW 2000/3, 362 f. Rz 98 f., 367-371 Rz 112-121, Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar; ähnlich in der Begründung RPW 2002/2, 177-182 Rz 54-73, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC).

¹⁹² Vgl. auch AMSTUTZ/REINERT (FN 88), 59; a.M. PHILIPPE GUGLER/PHILIPP ZURKINDEN, Art. 5 LCart, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Hrsg.), Commentaire Romand: Droit de la concurrence: Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, Genève et al. 2002, Art. 5 Rz 51; KAUFMANN (FN 96), 143.

¹⁹³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 f., 554.

¹⁹⁴ Botschaft (FN 193), 513; vgl. auch HOFFET (FN 44), Art. 1 Rz 50.

¹⁹⁵ Oben, IV.2.a).

deshalb am einleuchtendsten, Erheblichkeit nur dann anzunehmen, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist.¹⁹⁶

Um indessen nicht in jedem Fall eine vollständige Marktuntersuchung vornehmen zu müssen, scheint es ratsam, einen entsprechenden Marktanteilsschwellenwert festzulegen (auch wenn Marktanteilsschwellen immer mit Vorsicht zu geniessen sind). In diesem Zusammenhang sollte man an Art. 3 VO (EG) Nr. 2790/1999 anknüpfen, der eine Marktanteilsschwelle von 30% bestimmt.¹⁹⁷ Entsprechend ist eine Wettbewerbsbeeinträchtigung dann als erheblich zu betrachten, wenn daran ein Unternehmen beteiligt ist, das einen Marktanteil von 30% (oder mehr) aufweist. Dieser Schwellenwert findet auch in der Praxis US-amerikanischer Gerichte Unterstützung, die bei vertikalen nicht-preislichen Abreden vom Kläger verlangen, dass er einen Prima-Facie-Fall einer Verletzung von § 1 Sherman Act dartut, indem er die Marktmacht des Beklagten nachweist. Dabei liegt die kritische Schwelle bei einem Marktanteil von ca. 40%.¹⁹⁸

Dem vorliegend vertretenen Erheblichkeitsbegriff könnte vorgeworfen werden, dass damit vertikale Abreden selten erfasst würden, dann nur verhältnismässig wenige Unternehmen den hier geforderten Marktanteil von 30% erreichen würden. Wie bereits dargelegt¹⁹⁹ ist diesem Einwand entgegen zu halten, dass der hier vertretene Erheblichkeitsbegriff einer ökonomisch in sich konsistenten Wettbewerbspolitik entspricht.

¹⁹⁶ Verstanden als qualifizierter Markteinfluss und nicht als Marktbeherrschung im Sinne von Art. 7 KG; vgl. ZÄCH (FN 35), 167-171.

¹⁹⁷ Ähnlich: XOUDIS (FN 34), 320 f.; HOCH CLASSEN (FN 44), 278 f.

¹⁹⁸ Als für die Darlegung eines Prima-Facie-Falles einer Verletzung von § 1 Sherman Act zu niedrig beurteilt wurde der Marktanteil z.B. in folgenden Fällen: Donald B. Rice Tire Co. v. Michelin Tire Corp. 483 F. Supp. 750, 761 f. (D. Md. 1980) (7.9% bzw. 20-25%), *aff'd per curiam*, 638 F.2d 15 (4th Cir. 1981) *cert. denied*, 454 U.S. 864 (1981); Assam Drug Co., Inc. v. Miller Brewing Co., Inc., 624 F. Supp. 411, 414 f. (D.S.D. 1985) und 798 F.2d 311, 318 FN 17 (8th Cir. 1986) (19.1%); Carlson Machine Tools, Inc. v. American Tool, Inc., 678 F.2d 1253, 1260 f. (5th Cir. 1982) (10%); Manufacturer's Supply Company v. Minnesota Mining and Manufacturing Company, 688 F. Supp. 303, 307 f. (W.D. Mich. 1988) (25.8%); McDaniel v. Greensboro News Co., 1984-Trade Cas. ¶65792, 8, 10 f. (M.D.N.C. 1983) (43%); als zu hoch (um keinen Prima-Facie-Fall zugunsten des Beklagten darzustellen) in folgenden: Hydro Air (Conn.) v. Versa Technologies, 599 F. Supp. 1119, 1122 f. (D. Conn. 1984) (40%); Sherman v. British Leyland Motors, 601 F.2d 429, 450 FN 39 und 452 (9th Cir. 1979) (59%); Graphic Products Distributors. Inc. v. Itek Corporation, 717 F.2d 1560, 1570 f. (11th Cir. 1983) (70-75%).

¹⁹⁹ Siehe auch oben, IV.2.a).

4. Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

a) Allgemeines

Beeinträchtigt eine Abrede den Wettbewerb erheblich, so ist sie nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. Gemäss Art. 5 Abs. 2 KG liegen solche Gründe vor, wenn die Abrede (1) notwendig ist, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte- oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern *oder* um Ressourcen rationeller zu nutzen *und* (2) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnet, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

b) Bisherige Praxis

Zu Art. 5 Abs. 2 KG besteht im Bereich der Vertikalabreden sozusagen keine Praxis. Im Fall *Système de distribution Citroën* hat die Wettbewerbskommission die Verhinderungen von Querlieferungen innerhalb von selektiven Vertriebssystemen ohne eingehende Begründung als nach Art. 5 Abs. 2 KG nicht rechtfertigungsfähig erklärt.²⁰⁰

Ziff. 5 Abs. 3 Bst. a und b der Vertikalabreden-Bekanntmachung qualifiziert Gebietsabreden als durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt, wenn passive Verkäufe in exklusiv zugewiesene Gebiete erlaubt sind (damit wird der heute wohl herrschenden Lehre entsprochen, die ein Verbot aktiver Verkäufe als nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt erachtet). Ziff. 5 der Vertikalabreden-Bekanntmachung enthält – anders als Ziff. 12, 14 und 15 der Automobilbekanntmachung –²⁰¹ keine Aussage darüber, wie absoluter Gebietsschutz und vertikale Preisabreden im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG zu beurteilen sind.

Das Bundesgericht wiederum hat im Fall *Buchpreisbindung* anerkannt, dass Preisbindungen der zweiten Hand aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein können, wenn sie notwendig sind um (1) die Herstellungskosten für weniger leicht verkäufliche Titel zu senken²⁰², (2) die Zahl und Vielfalt der erhältlichen Titel zu erhöhen (d.h. das Produktesortiment zu vergrös-

²⁰⁰ RPW 2002/3, 463 Rz 29, *Système de distribution Citroën*.

²⁰¹ Auf die hier indessen nicht weiter eingegangen wird.

²⁰² BGE 129 II 18, 45 f., E. 10.3.1, *Buchpreisbindung*.

sern)²⁰³ oder „Free-Rider“-Probleme zu vermeiden²⁰⁴. Etwas aus dem Rahmen fällt in dieser Hinsicht die gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG vorgetragene Aussage des Bundesgerichts, dass eine „Abrede nicht zu einer Abschottung des schweizerischen Marktes führen“ dürfe.²⁰⁵ Wie bereits oben²⁰⁶ dargestellt hat das schweizerische Kartellgesetz keine eigenständige integrationspolitische Zielsetzung, weshalb die bundesgerichtlichen Äusserungen nicht in dem Sinne missverstanden werden dürfen, dass z.B. absoluter Gebietsschutz von vornherein nicht nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann.

c) *Stellungnahme*

Klare Richtlinien für die Beurteilung von vertikalen Gebiets- und Preisabreden unter Art. 5 Abs. 2 KG fehlen zur Zeit weitgehend. In diesem Zusammenhang gilt es deshalb dem Grundsatz nach festzuhalten:

Im Rahmen der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann, ist zum einen zu untersuchen, ob sie die *soziale Wohlfahrt steigert*. Wohlfahrtssteigernde Wirkungen sind dabei grundsätzlich im Rahmen der Prüfung der Effizienzgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG, wohlfahrtsschädigende Wirkungen hingegen grundsätzlich im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG, zu berücksichtigen. Zum anderen ist zu prüfen, ob die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung *notwendig* ist, um die soziale Wohlfahrt zu steigern. Ist beides erfüllt, so ist die betreffende Abrede zulässig.

Vertikale Preisabreden und absoluter Gebietsschutz können insbesondere dann durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt sein, wenn sie notwendig sind, um Free-Riding-,²⁰⁷ bzw. Investitionsschutz-Probleme²⁰⁸ auf Händlerstufe zu lösen oder Quality-Certification-²⁰⁹ oder Transaktionskosten-Probleme²¹⁰ zu beseitigen. Dasselbe gilt für Fälle, wo sie notwendig sind, um Investitionen des

²⁰³ BGE 129 II 18, 46, E. 10.3.2, Buchpreisbindung.

²⁰⁴ BGE 129 II 18, 42, E. 9.5.3, Buchpreisbindung.

²⁰⁵ BGE 129 II 18, 47, E. 10.5, Buchpreisbindung.

²⁰⁶ Oben, II.2.

²⁰⁷ REINERT (FN 56), 62-102 und 106-110.

²⁰⁸ REINERT (FN 56), 110-115.

²⁰⁹ REINERT (FN 56), 117-122.

²¹⁰ REINERT (FN 56), 132-140.

Herstellers in die Marktbearbeitung zu schützen,²¹¹ den Händlern die notwendigen Anreize für die Vermarktung von Produkten zu verleihen²¹² oder die Opportunitätskosten der Verbraucher zu senken²¹³. Diese Effizienzgründe dürften zumal bei Waren, (1) die entweder komplexer oder technischer Natur, (2) bei denen die Produktekenntnis der Verbraucher begrenzt oder (3) Qualitätsvergleiche vor/nach dem Verkauf schwierig vorzunehmen sind (sog. experience bzw. credence products) (4) oder deren Markenimage (noch) schwach ist, von Bedeutung sein.

Nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt sind vertikale Preisabreden und absoluter Gebietsschutz tendenziell dann, wenn sie zu outputmindernden Preisdifferenzierungen verwendet werden,²¹⁴ wenn sie Herstellerkartelle stabilisieren,²¹⁵ zu Kollusion auf der Herstellerebene führen,²¹⁶ auf Absprachen zwischen den Händlern beruhen,²¹⁷ Marktverschliessung auf der Händlerebene,²¹⁸ oder hohe Organisations-, Überwachungs- und Durchsetzungskosten zur Folge haben²¹⁹. Wohlfahrtsminderungen können auch dann auftreten, wenn die gleichzeitige Verwendung von absolutem Gebietsschutz oder vertikalen Preisabreden durch mehrere Hersteller den Interbrand-Preiswettbewerb beschränkt²²⁰ oder bestehende Vertriebsstrukturen zementiert²²¹.

VI. Sanktionierung unzulässiger Vertikalabreden

Voraussetzung dafür, dass eine Verwaltungssanktion ausgefällt wird, ist nach Art. 49a Abs. 1 KG, dass eine unzulässige Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG oder ein nach Art. 7 KG unzulässige Verhaltensweise vorliegt. Was Art. 5 Abs. 4 KG anlangt, so stellt sich die Frage, was zu gelten hat, wenn die

²¹¹ REINERT (FN 56), 116 f.

²¹² REINERT (FN 56), 124-128.

²¹³ REINERT (FN 56), 128 f.

²¹⁴ REINERT (FN 56), 162-169.

²¹⁵ REINERT (FN 56), 175-178.

²¹⁶ REINERT (FN 56), 178 f.

²¹⁷ REINERT (FN 56), 195-197.

²¹⁸ REINERT (FN 56), 190.

²¹⁹ REINERT (FN 56), 201 f.

²²⁰ REINERT (FN 56), 179-183.

²²¹ REINERT (FN 56), 198-201.

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegt werden kann, die betreffende Abrede sich indessen nach Art. 5 Abs. 1 KG als unzulässig erweist, weil sie einer Rechtfertigung gemäss Art. 5 Abs. 2 KG nicht zugänglich ist.

In den Materialien und in den zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG) wird implizit die Auffassung vertreten, dass auch solche Abreden in den Anwendungsbereich der Verwaltungssanktionen fallen.²²² Unter Gleichbehandlungsaspekten vermag das nicht einzuleuchten, weil auf diese Weise nach Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 KG gleichermassen schädliche Abreden ungleich behandelt würden. Richtigerweise müssen deshalb der Verwaltungssanktionen mit Blick auf Art. 5 Abs. 4 (aber auch auf Abs. 3) KG auf Abreden beschränkt werden, bei denen die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt wird. Wenig überzeugend wäre diesbezüglich der Einwand, dass die Unterstellung von Preis- Mengen und Gebietsabreden unter den Vermutungstatbestand eine gesetzgeberische Wertung enthalte, welche solche Abreden als besonders schädlich erachte.²²³ Denn hiermit würde wiederum Vermutungstatbasis und Vermutungsfolge unzulässigerweise gleichgesetzt.²²⁴

²²² Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), 4; Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2002, 2022 ff., 2036: „Vom Anwendungsbereich der direkten Sanktionen ausgenommen sind demnach nach Artikel 5 Absatz 1 unzulässige Verhaltensweisen, welche keine Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden zum Gegenstand haben. Ebenso wenig können Preis-, Mengen- und Gebietsabreden direkt sanktioniert werden, die den wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen beziehungsweise die durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind.“ Der letzte Satz ist allerdings unnötig, da diese Abreden ja ohnehin zulässig sind.

²²³ Im Ergebnis gl.M. HOFFET/NEFF (FN 49), 130.

²²⁴ BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.1, Buchpreisbindung.

