

Schweizer Forum für Kommunikationsrecht / Forum Suisse pour le Droit de la Communication

Vertikalabreden und Kartellrecht: quo vadis?

FREDI FRÜH*

Das am 1. April 2004 in Kraft getretene revidierte Kartellgesetz regelt in Art. 5 Abs. 4 die kartellrechtliche Beurteilung vertikaler Absprachen. Alle Vertriebsverträge zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen stellen solche Abreden dar. Ihre Bedeutung ist also manifest und unbestritten. Anders verhält es sich aber mit der kartellrechtlichen Beurteilung dieser Abreden: Sie scheint trotz dem gesetzgeberischen Eingriff in der Revision nicht abschliessend geklärt.

Insofern schien es nicht verwunderlich, dass Dr. Mathis Berger in seinen einleitenden Worten vor den zahlreichen Teilnehmern die «knisternde Spannung» erwähnte, die er im Foyer gespürt hatte. Die Veranstaltung solle die Möglichkeit bieten, das Spektrum der Meinungen zu präsentieren und mögliche Entwicklungen der Praxis zu antizipieren. Wie sich dann im Laufe der Veranstaltung noch zeigen sollte, lassen sich die gegensätzlichen Ansichten in der Beurteilung vertikaler Abreden auf unterschiedliche Vorstellungen von Zwecken, Schutzobjekten und Wertungsmassstäben des Kartellrechts zurückführen.

Wann sind Vertikalabreden ökonomisch verpönt?

Lic. rer. pol. Markus Saurer, selbstständiger Industrieökonomieberater und ehemaliger Leiter des Bereiches Produktemärkte im Sekretariat der Wettbewerbskommission, setzte beim Titel seines Referats an: Die Frage, wann Vertikalabreden ökonomisch verpönt seien, impliziere jedenfalls, dass man die konkreten Umstände betrachten müsse, um Antworten zu erhalten.

Entscheidendes Kriterium zur Messung der Effizienzwirkungen einer Abrede ist gemäss Saurer allein die Konsumentenrente. Dabei handle es sich um die Differenz zwischen der Zahlungswilligkeit der Konsumenten und dem durch Effizienzgewinn gesenkten neuen Preis. Dieser Ansatz sei bei den US-Behörden bereits seit den achtziger Jahren bekannt und werde erfolgreich angewandt. Eine Vertikalabrede sei demzufolge dann ökonomisch verpönt, wenn die Endkonsumenten nachhaltig schlechter gestellt würden.

Horizontale Absprachen identifizierte Saurer als Substitute, vertikale Absprachen hingegen als Komplemente, die den Hauptzweck hätten, die Effizienz zu steigern. Dies versuchte der Referent in der Folge anhand von Beispielen zu zeigen. Er machte allerdings Vorbehalte für Fälle, in denen sämtliche Konkurrenten den Intra-brandwettbewerb ausschalten. Dann bestehe die Gefahr, dass vertikale Abreden zur horizontalen Beschränkung führten.

Die Überlegungen führten Saurer zur Faustregel, dass vertikale Absprachen, gleich welcher Art, so lange unproblematisch seien, wie der wirksame Interbrandwettbewerb gewährleistet sei. Bei nicht wirksamem Interbrandwettbewerb müsse eine Einzelfallprüfung erfolgen. Verpönt seien a priori aber nur Vertikalabreden, die den Interbrandwettbewerb beeinträchtigen oder beseitigen würden. Weiter forderte der Referent Deckungsgleichheit zwischen den Mitteln der vertikalen Absprache und der vertikalen Integration: Wer die vertikale Integration zulasse, könne nicht gleichzeitig Absprachen gleicher Wirkung ausschliessen.

Wie beurteilt das EU-Wettbewerbsrecht Vertikalabreden?

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Ulrich Immenga ermöglichte als nächster Referent und ausgewiesener Experte der Materie einen wichtigen Blick über den Tellerrand der Landesgrenze. Das Stichwort der Konsumentenrente seines Vorredners führte ihn zur Feststellung, dass es dem Zweck des Kartellrechts inhärent sei, Effizienzen nachzuweisen. Wie dies zu geschehen habe (ob anhand der Beurteilung der dynamischen Effizienz, der allokativen Effizienz oder gar der Konsumentenrente), sei deswegen un-

beachtlich, weil ein Effizienznachweis gar nicht möglich sei. Vielmehr könne man tatsächlich nur die Auswirkungen des Weglassens von Wettbewerbsbeschränkungen nachweisen.

Aus dieser Warte betrachtet, muss es primär darum gehen, eine möglichst klare, systematische Regelung aufzustellen. Immenga präsentierte die Regelung der Europäischen Union als eine Lösung, die diesem Ziel gerecht wird. Auf der Grundlage von Art. 81 Abs. 3 EGV besteht die so genannte Schirm-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen. In der EU diskutierte Fragen zum Verhältnis der beiden Rechtsquellen, die sich in der Schweiz in ähnlicher Weise hinsichtlich des Kartellgesetzes und der Bekanntmachungen der Weko stellen, seien wohl «dogmatischen Feinschmeckern» vorbehalten und nicht von praktischer Bedeutung, meinte Immenga. Nennenswerte Kernpunkte der europäischen Regelung seien die Schaffung eines safe harbor unter 30% Marktanteil und die Tatsache, dass auch für Vertikalabsprachen Kernbeschränkungen gelten. Es werde seit Consten / Grundig¹, der klare Aussagen zu wettbewerbspolitischen Gefährdungslagen im Inter- und Intra-brandwettbewerb machte, nicht zwischen Horizontal- und Vertikalabsprachen unterschieden. Zwar könnten Wettbewerbsbeschränkungen vertikal vereinbart werden, ihre Wirkung sei allerdings immer horizontal, hielt Immenga fest.

Bloss bei der Starrheit der Marktanteilsschwelle brachte der Referent hinsichtlich der europäischen Lösung ein Fragezeichen an: Man könnte sich überlegen, ob diese Schwelle dynamisch auszugestalten sei.

Entwicklungslinien der Praxis der Weko

Ökonomische Grundsatzüberlegungen seien wertvoll, solange es darum gehe, Normen zu schaffen. Die Behörden ihrerseits müssten jedoch geltendes Recht anwenden, meinte Prof. Dr. Roger Zäch, Vizepräsident der Wettbewerbskommission, und grenzte sich damit gleich vom Referat von Saurer ab. Die Konsumentenrente sei deshalb ebenso wenig eine Zielvorgabe bei der Rechtsanwendung, wie auch andere (insbesondere aus Art. 1 KG hergeleitete) Zwecke nicht direkt für die Rechtsanwendung operabel gemacht werden können.

Da die kartellrechtliche Beurteilung von Vertikalabreden nachweislich sowohl positiv als auch negativ ausfallen könne, warnte Zäch vor generellen Aussagen. Sie brächten meistens nur unzulässige Verallgemeinerungen. Ebenso könnten Theorien über Vertikalabreden, die für grössere Wirtschaftsräume wie etwa die USA entwickelt wurden, nicht unesehen auf die Schweiz übertragen werden, denn vertikale Marktabschottungen entlang nationaler Grenzen hätten dort aufgrund der vielfältigeren und stärkeren internen Wettbewerbskräfte viel eine geringere Wirkung als in der Schweiz.

Es sei nicht von der Hand zu weisen, dass – neben anderen Wettbewerbsbeschränkungen – auch vertikale Preis- und Marktaufteilungen volkswirtschaftliche Schäden verursachen würden. Die wettbewerbsrechtlich relevanten Fakten sind gemäss Zäch deutlich genug: Man spreche von der Hochpreisinsel Schweiz und konstatiere ein Null-Wachstum. Rechtspolitisch sei eine Öffnung der Märkte und eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der in der Schweiz produzierenden Unternehmen gefragt. Dieser Forderung des Gesetzgebers müssten die Behörden in ihrer Praxis und in ihren Erlassen gerecht werden.

Weiter ging Zäch konkret auf Art. 5 Abs. 4 KG ein: Abreden über Mindest- oder Festpreise lägen dort vor, wo in Vertriebsverträgen die Händler in ihrer Preissetzungsfreiheit beschränkt würden. Dies könne auch über die auf den ersten Blick unverdächtigen Preisempfehlungen geschehen, weshalb diese ausdrücklich verboten werden sollten. Vertriebsverträge mit absolutem Gebietsschutz schliessen auch Passivverkäufe aus. Da bereits das Vorliegen eines dieser Tatbestandsmerkmale zur Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führt, muss es also möglich sein, die Vermutung zu widerlegen. Wie aber soll dies geschehen?

Einigkeit bestehe darüber, dass die Vermutung durch den Nachweis der Unwirksamkeit der Abrede hinsichtlich des Intra-brandwettbewerbes widerlegt werden könne. Ob hingegen die Vermutung auch durch den Nachweis von bestehendem Interbrandwettbewerb oder durch den Nachweis von genügend Beratungs-, Service- oder Qualitätswettbewerb beseitigt werden kann, sei umstritten². Der Referent vertritt hier die Meinung, der Nachweis liefere in beiden Fällen keinen Rechtfertigungsgrund. Dem

¹ Entscheidung des EuGH: Consten / Grundig, Slg. 1966, 321, 390 ff. (Anlage 2).

² Vgl. zum Rechtfertigungsgrund «Interbrandwettbewerb» auch die Diskussion in den Beiträgen von Adrian Raass und Yvo Hangartner, sic! 2004, 911 ff., sic! 2005, 609 ff. und sic! 2005, 778 ff.

Kartellrecht gehe es primär um den Schutz des Preiswettbewerbs, weshalb im zweitgenannten Fall die z.T. ohnehin sehr standardisierten Qualitäts- und Serviceparameter nicht entscheidend seien. Im ersten Fall ziele eine Widerlegbarkeit der Vermutung durch Interbrandwettbewerb an der ratio legis vorbei; da dieser Nachweis praktisch immer möglich sei, würde die Norm inhaltsleer.

Nach einem Streifzug durch einige Fälle der Weko kam Zäch zum Schluss, dass die KG-Revision «Quantensprünge» bewirkt habe, was das anwendbare Recht betreffend Vertikalabreden angehe. Im Bereich der Bekanntmachungen bestehe – abgesehen von unterschiedlichen Marktanteilsschwellen – Gleichklang mit dem Recht der EU. Was die Praxis angehe, müsse man noch auf die Quantensprünge warten. Die Entwicklung sei allerdings wettbewerbsrechtlich erfreulich.

Intrabrand- und Interbrandwettbewerb – vier Kurzstatements

Zuerst beleuchteten lic. iur. Klaus Neff, Rechtsanwalt, Zürich, und Dr. Patrick Krauskopf, Vizedirektor, Sekretariat Weko, die Rolle des Intrabrandwettbewerbes.

Vertikale Integration (ausserhalb des Anwendungsbereiches der Fusionskontrollverordnung) werde, so Neff, wettbewerbsrechtlich anders beurteilt als die vertikale Bindung, obwohl sie dieselben Effizienzgewinne bringe. Hierbei sprach Neff von der Beseitigung von Externalitätsproblemen: Vertikalabreden ermöglichten die Beschränkung oder Elimination der doppelten Gewinnspannenerhöhung (double marginalisation) und dienten dem Investitionsschutz, weil Trittbrettfahrer ausgeschlossen würden. Preisbindung und territoriale Beschränkungen erachtete er als «eher unverdächtig» und attestierte diesen Absprachen eine marginale, höchstens indirekte Auswirkung auf den Interbrandwettbewerb. Ein Nachweis des hinreichenden Intra- oder Interbrandwettbewerbes sollte ausreichen um die Vermutung von Art. 5 Abs. 4 KG zu beseitigen, meinte Neff. Der Fall, in dem sich ein «Winkelried» dafür bis vor Bundesgericht durchschlägt, stehe noch aus und werde wohl schwierig zu finden sein. Als Praktiker tue man jedenfalls gut daran sicherzustellen, dass kritische Klauseln nicht in Verträge Eingang finden. Angesichts der Unsicherheiten wünschte sich Neff aber nicht eine eigene Lösung, sondern Parallelität zum EU-Recht. Dabei dachte er vor allem an den grösseren safe harbor: Die 10% der Vertikalbekanntmachung setzten zu früh an; Ziel des Gesetzes sollte es sein eingehalten – was Rechtssicherheit voraussetzen würde – und möglichst selten, nicht möglichst oft angewandt zu werden.

«Wenn eine Theorie Erfolg haben soll, muss sie sich der wirtschaftlichen Realität stellen», meinte Dr. Patrick Krauskopf, Vizedirektor des Sekretariats der Weko in seiner Replik und begann sein spontan modifiziertes Referat mit drei kurzen Beispielen aus der Praxis. Bei allen geschilderten Vertriebsregelungen lag der Endpreis des Schweizer Händlers – trotz funktionierendem Interbrandwettbewerb – rund 30% über jenem des entsprechenden Händlers im Ausland, obwohl beide vom selben Produzenten beliefert wurden. Parlament und Bundesrat hätten entschieden, dass «man sich das nicht länger bieten lassen wolle», woran sich die Praxis zu orientieren habe. Weder bei den Unzulässigkeitsvermutungen in Art. 5 Abs. 4, noch beim Versuch, aus Qualitätswettbewerb oder funktionieren-

dem Intrabrandwettbewerb Rechtfertigungsgründe zu machen, bestehe Diskussionspielraum. Dann sprach Krauskopf einige Einzelfragen aus der Praxis an. Insgesamt fände eine starke Annäherung an das EU-Recht statt. Abreden, die nach EU-Recht nicht freigestellt seien, würden auch in der Schweiz nicht freigestellt werden. Der neuen, formaljuristischen Auslegung des Abredobegriffs durch den EGH werde aber vorerst nicht gefolgt. Bedenken, dass Absprachen durch vertikale Integration umgangen würden, seien unbegründet. Es sei ihm bisher erst ein Fall bekannt, in dem diese Alternative ernsthaft in Erwägung gezogen worden sei.

Danach bezogen zur Rolle des Intrabrandwettbewerbes Dr. Mani Reinert, Rechtsanwalt, Zürich, und lic. oec. Mark Steiner, wissenschaftlicher Assistent, Universität Zürich, Stellung.

Wie bereits erläutert wurde, verhindern vertikale Preis- und Gebietsabsprachen Ineffizienzen wie die double marginalisation und die Gefahr von Trittbrettfahrern. Steiner erklärte aber, dass damit auch ineffiziente Händler geschützt und Marktzutrittschancen geschmälert würden, wie die ökonomische Theorie illustriere. In konsequenter Befolgung des ökonomischen Ansatzes müsse man deshalb auf mildere Mittel zur Bekämpfung der Externalitätsprobleme zurückgreifen. Die Vermutung der Beseitigung wirtschaftlichen Wettbewerbs bei den in Art. 5 Abs. 4 KG genannten Absprachen sei gerechtfertigt. Reinert stützte sich als Vertreter der Gegenmeinung darauf, dass die Wirtschaftsfreiheit die Unternehmen aller Marktstufen schützen müsse und befürwortete wiederum eine Widerlegung der

Vermutung in Art. 5 Abs. 4 KG gestützt auf funktionierenden Interbrandwertbewerb. Die Schwierigkeiten rund um den Begriff der Erheblichkeit gemäss Vertikalbekanntmachung und dessen weiter Umfang im Vergleich mit dem Spürbarkeitsbegriff der De-minimis-Bekanntmachung führe zu einiger Rechtsunsicherheit, wie Reinert anhand einer Gegenüberstellung der Konsequenzen in Bezug auf einzelne Abreden zu zeigen versuchte. Die Folge sei eine zu weitgreifende Rechtsanwendung und der Wunsch, grössere Parallelität zur Rechtslage in der EU zu schaffen. Dabei sei aber klar, dass es in der Schweiz angesichts einer viel kleineren Zahl von Fällen länger dauern würde, bis Rechtssicherheit entstehe.

Panel- und Publikumsdiskussion

Prof. Dr. Marc Amstutz, der das Panel leitete, zeigte sich erstaunt und erfreut, dass – obschon es sich um die kühle Industrie handle – die Debatte um die Vertikalabreden immer sehr emotional werde. Dies sei deshalb der Fall, weil die Fragen politisch seien, konstatierten Stimmen aus dem Publikum. Man wisse nicht richtig, worum es gehe: Um den Schutz des freien Warenverkehrs via Kartellrecht? Um den Schutz der Konsumenten? Um den Schutz von KMU? Um den Schutz des wirtschaftlichen Wettbewerbs?

Es wurde insbesondere in Frage gestellt, ob das Kartellrecht das richtige Instrument sei, um gegen das Phänomen «Hochpreisinsel Schweiz» anzukämpfen. Hierzu entgegnete Zäch, dass es sich nur um ein Mittel handle, um den Wettbewerbsstandort Schweiz zu stärken. Dies sei aber kein Grund, dieses Mittel ausser Acht zu lassen. Als ebenso wichtig erachtete Zäch beispielsweise die (wenn nötig auch einseitige) Einführung des «Cassis de Dijon-Prinzips».

Klärungsbedarf bestand auch bei den unterschiedlichen Ansichten zur Handhabung von Preisabsprachen. «Unverbindliche Preisempfehlungen sollten möglich sein», wurde aus dem Publikum aufgeworfen. Durch das Machtgefälle zwischen Hersteller und Händler würden die Preisempfehlungen faktisch zur Preisbindung, argumentierte Zäch, unterstützt von Immenga, der ein Preisempfehlungsverbot ebenfalls begrüssen würde und weiter zwischen Preisempfehlung und der blossen Preisnennung differenzierte. Oft werde versucht, über Preisempfehlungen das Verbot der Preisbindung der zweiten Hand zu umgehen, ergänzte Krauskopf weiter. Bei einer derart strengen Anwendung des Rechts könnten praktische Zwänge die Unternehmen mit grossen wettbewerbsrechtlichen Risiken belasten, gaben die Praktiker zu bedenken; oft sei ein Preis die erste Information, die bei der Lancierung eines Produktes vom Hersteller verlangt werde, beispielsweise um das Produkt in einem bestimmten Preissegment zu positionieren.

Die Frage, die Amstutz zu Beginn der Diskussion in den Raum gestellt hatte, nämlich ob das Schweizer Recht nun so sicher sei, wie das europäische, blieb eine eindeutige Antwort schuldig. Insofern hatte Amstutz wahrscheinlich nicht Recht, als er dem Gast aus Deutschland das letzte Wort einräumte – es wird kaum schon gesprochen sein.

* cand. iur., wiss. Hilfsassistent am Lehrstuhl für Immaterialgüterrecht an der Universität Zürich.