



Evaluation gemäss Art. 59a KG

Studien zu Einzelbestimmungen
(Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen)
Projektbericht P2

Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements

Zum vorliegenden Bericht:

- Zitiervorschlag: Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Studien zu Einzelbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen), Projektbericht P2 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, Bern, 2008.
- Kommentare an: frank.stuessi@weko.admin.ch oder beat.zirlick@weko.admin.ch.

Inhaltsverzeichnis

A	Ausgangslage und Ziel	5
B	Art. 3 Abs. 2 KG – Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht	6
B.1	Hintergrund	6
B.1.1	Einleitung	6
B.1.2	Tragweite von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG	7
B.1.3	Tragweite von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG (Ergänzung der KG-Revision 2003)	9
B.1.4	Sonderprobleme: Zwangslizenzen und „Essential facility“	11
B.2	Praktische Bedeutung	11
B.2.1	(Theoretische) Möglichkeit, Parallelimporte durchzuführen	11
B.2.2	(Faktisches) Unterbleiben von Parallelimporten	12
B.2.3	Fallpraxis	13
B.3	Schlussfolgerungen	14
C	Art. 5 Abs. 4 KG – vertikale Vereinbarungen	16
C.1	Gesetzgebungsprozess und Vertikalbekanntmachung	16
C.1.1	Einleitung	16
C.1.2	Hintergrund: Diskussion über die (Hoch-)Preisinsel Schweiz	16
C.1.3	Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001	18
C.1.4	Erste Vertikalbekanntmachung der WEKO (2002)	19
C.1.5	Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel (2002)	19
C.1.6	Parlamentarische Beratungen zur KG-Revision 2003	19
C.1.7	Zweite Vertikalbekanntmachung der WEKO (2007)	21
C.2	Output der Wettbewerbsbehörden	22
C.3	Internationaler Vergleich	25
C.4	Ökonomische Grundhaltung (Theorie und Empirie)	26
C.4.1	Verbreitete vertikale Restriktionen	26
C.4.2	Wettbewerbsrechtliche Praxis	28
C.4.3	Ökonomische Theorie vertikaler Restriktionen	29
C.4.4	Empirische Evidenz	31
C.5	Ergebnisse aus Interviews und Umfragen	35
C.5.1	Interviews mit Experten/innen und Kritiker/innen	35
C.5.2	Erfahrungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes	37
C.5.3	Umfrageergebnisse aus dem Bericht von ZEW/KOF	37
C.6	Fallstudie zum Bereich „Vertikale Vereinbarungen“: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel (2002)	39
C.7	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	41

A Ausgangslage und Ziel

1. Der vorliegende Einzelbericht zum Thema „Studien zu Einzelbestimmungen“ (Art. 3 Abs. 2 KG: Einfuhrbeschränkungen, geistiges Eigentum; Art. 5 Abs. 4 KG: vertikale Vereinbarungen) ist Teil einer umfassenden Evaluation des Kartellgesetzes (KG) gemäss Art. 59a KG.¹ Im Pflichtenheft sind die Fragen und Projekte festgehalten, die dem Evaluationsauftrag (Art. 59a KG) entsprechen. Die Evaluation des Kartellgesetz bezieht sich auf fünf Ebenen:

- Konzept (Ziele und Instrumente) des Kartellgesetzes (**Konzept**): Qualität und Mängel des Kartellgesetzes mit seinen modifizierten Bestimmungen und neuen Instrumenten, rechtliche Erlasse, die mit dem Kartellgesetz in Verbindung stehen.
- Anwendung des Kartellgesetzes (**Vollzug**): insbesondere Organisation, Management der Wettbewerbsbehörden, Verfahrensdauer.
- Von Behörden erbrachte Leistungen (**Output**): Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie Schlussberichte, Verfügungen, einvernehmliche Regelungen gemäss Art. 26 und 29 KG, Bekanntmachungen, Beratungen, Einigungen mit Unternehmen ausserhalb von Verfahren, Gutachten, Informationsaustausch mit nationalen und internationalen Behörden, Rechtsmittelverfahren und entsprechende Stellungnahmen, Informationspolitik.
- Wirkungen bei Adressaten des Kartellgesetzes in der Wirtschaft (**Impact**): Wirkung bei Betroffenen infolge von Eingriffen der Wettbewerbsbehörden (Entscheide nach Art. 5, 7 und 9 f. KG in Verfahren nach Art. 26 und 27 KG bzw. in Prüfungen der Phasen I und II nach Art. 32 f. KG), Wirkung der neuen Instrumente (Sanktionsmöglichkeiten, Hausdurchsuchungen, Bonusregelung und Widerspruchsverfahren) sowie der modifizierten Bestimmungen bei Betroffenen und in den Märkten.
- Wirkung bei weiteren Betroffenen (z. B. Konsumenten/innen) und volkswirtschaftliche Wirkungen (**Outcome**): Wirkung der Bestimmungen und Instrumente des Kartellgesetzes, d. h. Förderung von Wettbewerb und Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen, Erhöhung der statischen und dynamischen Effizienz (höhere Wohlfahrt) in der schweizerischen Volkswirtschaft, Wirtschaftswachstum.

2. Das Projekt ist bezüglich Art. 3 Abs. 2 KG weitgehend der Ebene „**Konzept**“ und bezüglich Art. 5 Abs. 4 KG den Ebenen „**Konzept**“, „**Vollzug**“, „**Output**“ und „**Impact**“ zuzuordnen. Zwei **Ziele** sind mit dem Projekt verbunden:

- Zum einen ist die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 KG in Theorie und Praxis der Wettbewerbsbehörden kurz darzustellen und zu erläutern. Dabei ist insbesondere von Interesse, ob und inwiefern die Tragweite von Art. 3 Abs. 2 KG durch die Revision 2003 beeinflusst wurde.
- Zum andern sollen in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG namentlich die internen Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden, die ökonomische Lehrmeinung, Erkenntnisse aus dem internationalen Vergleich, Erkenntnisse aus Interviews und Befragungen sowie die Ergebnisse der Impact Studie aus dem Projekt P13² festgehalten werden.

Abschnitt B widmet sich Art. 3 Abs. 2 KG, Abschnitt C Art. 5 Abs. 4 KG.

¹ Diesen Bericht erstellten Frank Stüssi, Beat Zirlick, Eva Tresch, Samuel Rutz, Christoph Tagmann (Mitarbeitende des Sekretariates der Wettbewerbskommission) sowie Sven Michal (Mitarbeitender des Staatssekretariates für Wirtschaft).

² Vgl. Anhang im Synthesebericht: Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung ZEW und die eidgenössische technische Hochschule KOF, Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Mannheim und Zürich, 2008; zu Projekt P13/15 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG.

B Art. 3 Abs. 2 KG – Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht

B.1 Hintergrund

B.1.1 Einleitung

3. Unter die Gesetzgebung über das geistige Eigentum fallen Sachverhalte, welche ein Immaterialgüterrecht zum Gegenstand haben, also namentlich Urheber-, Marken-, Design- und Patentrechte. Die jeweiligen Gesetze räumen den jeweiligen Schutzrechtsinhabern bestimmte Ausschliesslichkeitsrechte ein, wie z. B. Dritten zu verbieten, eine patentierte Vorrichtung zu verwenden.³ Das Patentrecht beispielsweise soll die Erfindung schützen und dem Inhaber das Recht einräumen, diese ausschliesslich zu nutzen, zu lizenzieren und zu vermarkten (Art. 8 Abs. 1 PatG⁴).⁵ Dem Immaterialgüterrecht inhärent ist der Zweck der Innovationsförderung.⁶ Zu diesem Zweck werden Erfindungen u. a. mit einem zeitlich befristeten Ausschliesslichkeitsrecht belohnt, wodurch exklusive Marktchancen geschaffen werden, die es dem Inhaber ermöglichen, seine Investitionen zu amortisieren (Schutz vor Trittbrettfahren). So mag aufgrund der Ausschliesslichkeitsrechte etwa der Preis für neue Produkte im ersten Moment zwar höher sein, langfristig gesehen profitieren die Verbraucher jedoch von Innovationen, was wiederum den Wettbewerb fördert.

4. Im Spannungsfeld zwischen Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht geht es unter anderem darum zu klären, ob Immaterialgüterrechte – neben dem Schutz vor Nachahmungen – zusätzlich auch ermöglichen, den (grenzüberschreitenden) Handel mit immaterialgüterrechtlich geschützten Produkten, die durch den Schutzrechtsinhaber selbst oder mit dessen Zustimmung durch Dritte auf den Markt gebracht worden sind („Parallelimport“), zu beschränken.⁷

5. Gemäss dem revidierten Art. 3 Abs. 2 KG fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben, nicht unter das Kartellgesetz. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz.

6. Der zweite Satz („Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz“) wurde erst anläss-

³ ROMINA CARCAGNI/MICHAEL TREIS/ANGELA DURRER/PETRA HANSELMANN, Kartellgesetz, Handkommentar, Baker & McKenzie (Hrsg.), Bern 2007, Art. 3 N 9 ff.; DONATELLA FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, Diss. Bern 2006, S. 151 f.

⁴ Bundesgesetz vom 25.06.1954 über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG; SR 232.14).

⁵ Als Benützung gelten nach Art. 8 Abs. 2 PatG insbesondere das Herstellen, das Lagern, das Anbieten, das Inverkehrbringen, die Ein-, Aus- und Durchfuhr sowie der Besitz zu diesen Zwecken.

⁶ FIALA (Fn. 3), S. 4.

⁷ Vgl. statt aller RETO M. HILTY, in: Kartellgesetz, Basler Kommentar, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 3 N 5 (erscheint demnächst), und ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 294, 296 m. Nw. Ziel der Verhinderung von Parallelimporten ist meist der Schutz der durch den Schutzrechtsinhaber im Inland auf den Markt gebrachten Produkte vor der Preiskonkurrenz durch Originalprodukte, welche der Schutzrechtsinhaber im Ausland zu tieferem Preis auf den Markt brachte. Allgemein zum genannten Spannungsverhältnis statt aller GEORG RAUBER, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, 185–213, 186 ff. m. w. Hw.; allgemein FIALA (Fn. 3), 1 ff. Speziell zum Begriff „Parallelimport“ STEPHAN WINKLER, die Beurteilung von Parallelimportbeschränkungen patentrechtlich geschützter Güter nach Art. 7 KG, Diss. Zürich 2007, 16 ff., 55 ff., sowie FREDY GÜJER, Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter – missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers, Diss., Zürich 2005, 4 ff.

lich der KG-Revision 2003 eingeführt.⁸ Diese neue Bestimmung geht auf das Kodak-Urteil⁹ des Bundesgerichtes zurück.

7. Im Kodak-Urteil hatte das Bundesgericht entschieden, dass für das *Patentrecht* das Prinzip der nationalen Erschöpfung gilt.¹⁰ Gleichzeitig stellte es fest, dass die Ausübung der Befugnis, Parallelimporte zu verhindern, unter bestimmten Umständen wettbewerbswidrig sein könne. Denn das patentrechtliche Verbot räume dem Rechtsinhaber in Bezug auf die Einfuhr eine „überschiessende Rechtsmacht“ ein, sofern die rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beim Inverkehrbringen im Ausland mit den Bedingungen in der Schweiz vergleichbar seien. In diesen Fällen seien die Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle zu unterstellen, womit das Kartellgesetz und insbesondere dessen Art. 5 und 7 KG grundsätzlich anwendbar seien.¹¹ Folglich setzt das Kartellrecht der nationalen Erschöpfung im Patentrecht Grenzen.¹²

8. Für *Urheber- und Markenrechte* hingegen gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes das Prinzip der internationalen Erschöpfung.¹³ Dies hat zur Folge, dass der Schutzrechtsinhaber nach Inverkehrbringen eines Erzeugnisses im Ausland die Einfuhr in die Schweiz durch einen Dritten gestützt auf das Immaterialgüterrecht im Bereich Urheber- und Markenrecht nicht mehr verhindern kann. Da der Schutzrechtsinhaber den Wettbewerb dadurch von vornherein nicht beeinträchtigen kann, wird die Anwendung des Kartellgesetzes, namentlich Art. 5 und 7 KG, unter diesen Voraussetzungen letztlich hinfällig.¹⁴

9. Art. 3 Abs. 2 KG gibt vor, dass eindeutig zwischen der legitimen Ausübung von Immaterialgüterrechten und unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen unterschieden werden könne. In der Praxis erscheint eine klare Abgrenzung jedoch schwierig. Es ist daher fraglich, ob diese Bestimmung den ihr zugeordneten Zweck, d. h. den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auf bestimmte immaterialgüterrechtliche Sachverhalte zu beschränken, erfüllen kann. Ob der anlässlich der KG-Revision 2003 eingeführte zweite Satz von Art. 3 Abs. 2 KG zur Klärung der Abgrenzungsfrage beigetragen hat, ist ebenfalls offen. Nachfolgend soll kurz auf die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 KG (je separat für Satz 1 und 2) eingegangen und dessen Bedeutung für die Anwendung des Kartellgesetzes aufgezeigt werden.

B.1.2 Tragweite von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG

Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG:

„Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.“

10. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Satz 1 fallen jene Wettbewerbswirkungen nicht unter das Kartellgesetz, die sich *ausschliesslich* aus den Immaterialgüterrechtsgesetzen ergeben. Das Wort

⁸ Vgl. dazu unten Rz. 18 ff.

⁹ BGE 126 III 129 ff. (Kodak).

¹⁰ Gemäss dem Prinzip der nationalen Erschöpfung gehen die Verbotrechte aus einem für das Inland erteilten Schutzrecht an einem Erzeugnis unter, wenn dieses mit der Zustimmung des Patentinhabers im Inland in Verkehr gebracht wird. Der rechtmässige Erwerber des Erzeugnisses erlangt ein freies Gebrauchs- und Weiterveräußerungsrecht. Wird hingegen ein geschütztes Erzeugnis im Ausland in Verkehr gebracht, so erschöpfen sich die daran bestehenden Schutzrechte im Inland nicht und ermöglichen dem Inhaber eines Patentbesitzes beispielsweise, nach Absatzländern differenzierte Preise durchzusetzen. Für die Einfuhr der im Ausland in Verkehr gebrachten Erzeugnisse ist die Zustimmung des Schutzrechtsinhabers erforderlich.

¹¹ BGE 126 III 129 ff., E. 9.

¹² Vgl. unten Rz. 18 ff.

¹³ Siehe BGE 122 III 469 ff. und BGE 124 III 321 ff.

¹⁴ Statt vieler ZÄCH (Fn. 7), Rz. 303.

„*ausschliesslich*“ weist mehrdeutigen Charakter auf.¹⁵ In der Praxis sind kaum Konstellationen denkbar, in welchen sich Wettbewerbswirkungen ausschliesslich aus dem Immaterialgüterrecht ergeben. Sobald ein Vertrag weitere Bestimmungen enthält, welche sich nicht auf das Immaterialgüterrecht stützen lassen (z. B. Preisbindungen für den Weiterverkauf, Aktiv- oder Passivverkaufsverbote etc.), bleibt das Kartellgesetz anwendbar.¹⁶

11. Die neueren Lehrmeinungen plädieren denn auch für eine weite (uneingeschränkte) Anwendung des Kartellgesetzes (und damit eine restriktive Auslegung von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG) auf sämtliche Sachverhalte mit immaterialgüterrechtlicher Komponente.¹⁷ Dies wird u. a. damit begründet, dass mit der Nutzung von Schutzrechten stets (auch) Wettbewerbswirkungen verbunden sind und sich diese praktisch nie nur (ausschliesslich) aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben können¹⁸.

12. Schwierigkeiten bereitet auch der ambivalente Charakter des Wortes „*Wettbewerbswirkungen*“, der sich insbesondere darin zeigt, dass ein immaterialgüterrechtlicher Sachverhalt einerseits überhaupt wettbewerbsrechtliche Wirkungen aufweisen muss, um in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes zu fallen, andererseits sich allfällige konkrete Auswirkungen oft erst aufgrund einer konkreten materiellen Prüfung nach den Kriterien gemäss Art. 5 oder 7 KG aufzeigen lassen.¹⁹ Da eine solche materielle Prüfung für die Entscheidung über den Anwendungsbereich nicht vorausgesetzt werden sollte, sind die Anforderungen an das Kriterium tief zu halten und Wettbewerbswirkungen bereits aufgrund der Nutzung von Schutzrechten zu bejahen.

13. Als weiteres Argument für eine uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes kann ein Vergleich mit dem sachenrechtlichen Eigentumsbegriff dienen. Auch sachliche Eigentumsrechte räumen dem Inhaber – analog zu den geistigen Eigentumsrechten – Schutzrechte ein, die den Handlungsspielraum Dritter einschränken. Dies wirft die Frage auf, weshalb in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG nicht auch das sachliche Eigentum erwähnt wird. Als mögliche Begründung wird darauf verwiesen, dass die Durchsetzung von Immaterialgüterrechten für die Allgemeinheit weniger leicht nachvollziehbar sei als diejenige von Rechten an Sachen, weshalb mit der Bestimmung lediglich das Nebeneinander von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht klargestellt werde und die Bestimmung somit rein abgrenzenden, nicht aber normativen Charakter habe²⁰. Daraus könnte gefolgert werden, dass die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes für geistiges wie für sachliches Eigentum analog gilt.²¹

14. In einer Verfügung stellte die Wettbewerbskommission klar, dass dem betroffenen marktbeherrschenden Unternehmen – sollte es geltend machen, es würde durch die behördlichen Massnahmen, welche es zwingen, seine Infrastruktur auch Konkurrenten zur Verfügung zu stellen, in seinen Eigentumsrechten tangiert – zu entgegen wäre, dass die Ausübung der Eigentumsrechte beschränkt werden dürfe, soweit die Beachtung der dem Allgemeinwohl dienenden Wettbewerbsregeln dies erfordere²². Die betreffende Verweigerung von Geschäftsbeziehungen wurde von den Wettbewerbsbehörden materiell auf ihre Kartellgesetzkonformität geprüft und für unzulässig i. S. v. Art. 7 KG befunden. Auch die EU-Kommission stellte fest, dass die Wettbewerbsregeln als Einschränkungen des Eigentums-

¹⁵ Vgl. dazu ausführlich HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 26 ff., und BERNHARD R. KELLER, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, Diss., Bern 2004, 60 ff., je m. Nw.

¹⁶ BERNHARD RAFAEL KELLER, Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge, Bern 2004, S. 62 f.

¹⁷ Vgl. RAUBER (Fn. 7), 196 ff.; FIALA (Fn. 3), 130, 149 und 151; KELLER (Fn. 15), 63 f., und GUJER (Fn. 7), 83 ff., je m. Nw.

¹⁸ Vgl. HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 30 ff.

¹⁹ Vgl. auch unten Rz. 21.

²⁰ CARCAGNI et al. (Fn. 3), Art. 3 N 13, 16.

²¹ M. a. W. FIALA (Fn. 3), S. 4 f.

²² RPW 2006/4, S. 657, Rz. 205, Flughafen Zürich (Unique)/Valet Parking.

rechts betrachtet werden können, die dem Allgemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen²³.

15. Entsprechend sollten auch die Immaterialgüterrechte uneingeschränkt wettbewerbsrechtlich überprüfbar sein, soweit die Beachtung der dem Allgemeinwohl dienenden Wettbewerbsregeln dies erfordert. Andernfalls würde geistiges Eigentum – ohne ersichtlichen Grund – in rechtlicher Hinsicht gegenüber anderen Formen von Eigentum privilegiert behandelt.²⁴

16. Beim Spannungsverhältnis von Immaterialgüterrecht und Kartellrecht von einem Zielkonflikt auszugehen, dürfte kaum ein sachgerechter Ansatz sein: Wie das Kartellrecht baut auch das Immaterialgüterrecht auf der Idee des funktionierenden, wirksamen und dynamischen Wettbewerbs auf (vgl. Rz. 3), womit die Zielsetzungen in letzter Konsequenz also dieselben sind.²⁵ Bei konsequenter Verfolgung dieser Ziele wird der Satz 1 von Art. 3 Abs. 2 KG überflüssig. Wettbewerbsrechtliche Einschränkungen erfährt das Immaterialgüterrecht lediglich, wenn es den eigens innewohnenden Zielsetzungen widerspricht. Bereits die aus der Wirtschaftsfreiheit und Art. 96 Abs. 1 BV fließende Vorgabe, gegen „volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen“ vorzugehen, steht einer generellen Immunisierung gewisser Rechte gegen das Kartellrecht entgegen. Wird diese übergeordnete Zielsetzung als eine der Grundlagen der Gesamtheit des Rechtssystems einer liberalen Wirtschaftsordnung anerkannt, kommen folgerichtig auch Immaterialgüterrechte – wie alle anderen Rechte, aus welchen wettbewerbsgefährdende individuelle Rechtspositionen fließen – nicht umhin, sich in diesen wettbewerbsrechtlichen Gesamtkontext einzufügen.²⁶

17. Da das Eigentum (sowohl das Sacheigentum als auch das geistige Eigentum) mit anderen Worten nicht absolut und uneingeschränkt gilt, sondern nur insoweit, als es nicht mit anderen verfassungsmässigen Rechtspositionen in unlösbarem Widerspruch steht, soll das Immaterialgüterrecht einer Prüfung von wirtschaftlichen Sachverhalten unter dem Kartellgesetz nicht entgegenstehen. Unabhängig davon, ob sich der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG systematisch auf den Geltungs- oder den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes bzw. weder noch bezieht²⁷, ist die Tragweite von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG demnach beschränkt. Damit ist indessen nichts über die kartellrechtliche Würdigung und eine allfällige Unzulässigkeit einer bestimmten Verhaltensweise gesagt. Diese kann sich nur aus der materiellen Beurteilung eines Sachverhalts gestützt auf Art. 5 oder 7 KG ergeben.

B.1.3 Tragweite von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG (Ergänzung im Rahmen der KG-Revision 2003)

18. Im Rahmen der KG-Revision 2003 wollte der Bundesrat von einer Änderung von Art. 3 Abs. 2 KG absehen, da das Kodak-Urteil des Bundesgerichts²⁸ zur Klärung der offenen Fragen genüge. Erst in den Räten setzte sich schliesslich folgende Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 KG durch²⁹:

²³ Entscheidung der EU-Kommission vom 14.01.1998 (98/190/EWG; ABIL 72/30 ff. vom 11.03.98) i. S. Flughafen Frankfurt/Main AG (FAG), Rz. 90.

²⁴ Ebenso HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 45.

²⁵ HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 15; FIALA (Fn. 3), S. 13 ff.

²⁶ HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 15; kritisch FIALA (Fn. 3), 13.

²⁷ Vgl. etwa FIALA (Fn. 3), 126; WINKLER (Fn. 7), 59 f.; nach HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 45, stellt die Norm weder einen Geltungs- noch einen Anwendungsvorbehalt für die Überprüfung immaterialgüterrechtlicher Sachverhalte gestützt auf das Kartellgesetz dar.

²⁸ BGE 126 III 129 ff.; vgl. auch oben Rz. 4 ff.

²⁹ Vgl. zur Entstehungsgeschichte von Satz 2 etwa ZÄCH (Fn. 7), Rz. 304; WINKLER (Fn. 7), 60 ff.; RAUBER (Fn. 7), 201 ff. CHRISTIAN KAUFMANN: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Diss., Zürich 2003, 134 f., sowie ausführlich HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 5 ff.

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG:

„Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz.“

19. Der Gesetzgeber liess sich bei der Formulierung von der bundesgerichtlichen Konzeption inspirieren: Durch die Ergänzung von Art. 3 Abs. 2 KG mit einem zweiten Satz wurde die Kodak-Rechtsprechung ins Kartellgesetz überführt. Die Zivilgerichte und die Wettbewerbsbehörden sollten verpflichtet werden, Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, auf kartellgesetzliche Unzulässigkeit hin zu beurteilen.³⁰ Die neue Bestimmung geht insofern über das Kodak-Urteil hinaus, als sie nicht nur für Patentrechte gilt, sondern für alle Rechte des geistigen Eigentums.³¹ Zudem ist die Beurteilung nach Kartellgesetz unabhängig von den Inverkehrsetzungsbedingungen im Herkunftsland vorzunehmen³². Ziel des Gesetzgebers war ein Kompromiss: Einerseits sollte – unter Beibehaltung der im Kodak-Entscheid beschlossenen nationale Erschöpfung – dem Patentinhaber zwar zugestanden werden, Parallelimporte grundsätzlich verhindern zu dürfen, andererseits sollte die Möglichkeit geschaffen werden, eine „missbräuchliche“ Nutzung des Patentrechts mit den Mitteln des Kartellrechts zu vereiteln.³³

20. Indessen hat der Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG wohl mehr zur Verwirrung als zu Klärung der Problematik beigetragen: Das betrifft zunächst das Einleitungswort „Hingegen“, das vorgibt, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG einen Anwendungsvorbehalt des Kartellgesetzes begründe, was – wie vorstehend gezeigt³⁴ – zumindest zweifelhaft ist. Jedenfalls wurde mit der Ergänzung durch Satz 2 klargestellt, dass Einfuhrbeschränkungen, d. h. insbesondere auch Beschränkungen von Parallelimporten, *stets und generell* einer kartellrechtlichen Prüfung zugänglich sind.³⁵

21. Dabei ist zu beachten, dass das Bundesgericht im Kodak-Entscheid die Frage der Anwendbarkeit (bzw. Geltung) des Kartellgesetzes mit derjenigen nach der materiellen Beurteilung eines Missbrauchstatbestandes argumentativ zusammenführt.³⁶ Damit die Wettbewerbsbehörden jedoch einen Sachverhalt im Einzelfall auf seine Zulässigkeit nach Art. 5 bzw. 7 KG prüfen können, müssen systematisch zunächst die Geltung und die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf den betreffenden Sachverhalt bejaht werden. Daraus folgt, dass die Schranken für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Einfuhrbeschränkungen – auch solche gestützt auf Immaterialgüterrecht – niedrig gehalten werden müssen, damit eine materielle Einzelfallprüfung überhaupt möglich wird.³⁷

22. Weiter indiziert Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG, dass das Kartellgesetz nur auf Einfuhrbeschränkungen³⁸ im Zusammenhang mit immaterialgüterrechtlich geschützten Gütern (und Dienstleistungen) anwendbar ist. Dies ist jedoch nicht der Fall: Vielmehr stellen Einfuhrbeschränkungen nur einen Anwendungsfall dar.³⁹ In Art. 3 Abs. 2 KG kann mithin kein Hinder-

³⁰ ZÄCH (Fn. 7), Rz. 305 m.Hw. auf die Debatte im Parlament.

³¹ Statt vieler WINKLER (Fn. 7), 64.

³² Des Weiteren bezweckt Art. 3 Abs. 2 KG nicht nur die direkte Verhinderung von Parallelimporten, sondern weitergehend alle Einfuhrbeschränkungen; zum Ganzen ZÄCH (Fn. 7), Rz. 305 und 308, und WINKLER (Fn. 7), 64.

³³ ZÄCH (Fn. 7), Rz. 306 m.Hw. auf die Debatte im Parlament. Für Marken- und Urheberrechte stellt sich die Frage infolge der internationalen Erschöpfung von vornherein nicht.

³⁴ Vgl. Rz. 17, sowie HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 54.

³⁵ Vgl. WINKLER (Fn. 7), 60, 65, 70 f.; RAUBER (Fn. 7), 204, 206, und GUJER (Fn. 7), 85.

³⁶ Vgl. HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 22.

³⁷ Vgl. schon Rz. 10 ff.

³⁸ Zu diesem Begriff statt vieler WINKLER (Fn. 7), 66 ff.

³⁹ HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 54.

nis für eine kartellrechtliche Überprüfung eines immaterialgüterrechtlichen Sachverhalts gesehen werden. So betrachtet, ist auch die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG begrenzt.

23. Es stellt sich jedoch die Frage, ob es überhaupt sinnvoll ist, das Wettbewerbsrecht als Korrektiv im Bereich patentrechtlich geschützter Güter herbeizuziehen. Einem allfälligen Missbrauch bei Parallelimporten könnte vorgebeugt werden, wenn im Patentrecht statt auf nationale auf regionale bzw. internationale Erschöpfung erkannt würde.⁴⁰

B.1.4 Sonderprobleme: Zwangslizenzen und „Essential facility“

24. Da das Immaterialgüterrecht dem Schutzrechtsinhaber Ausschliesslichkeitsrechte gewährt, verleiht es ihm eine rechtliche Monopolstellung für einen bestimmten Bereich. Das Patentrecht, das für eine derartige Konstellation im Vordergrund steht, stellt über die Figur der „Zwangslizenz“ zwar selbst eine Massnahme zum Ausgleich von öffentlichem Interesse und den Rechten des Inhabers zur Verfügung⁴¹. Nach kartellrechtlicher Terminologie kann diese Monopolstellung dem Inhaber des Schutzrechts jedoch auch eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Kartellgesetzes einräumen. Eine allfällige missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung untersteht in aller Regel der Beurteilung nach dem Kartellgesetz.

25. Mangels eines eigentlichen „Lizenzkartellrechts“ kommen hinsichtlich der Vergabe von Lizenzen die allgemeinen Vorschriften nach Art. 5 und 7 KG zur Anwendung. Die Beurteilung nach diesen Bestimmungen könnte im Einzelfall dazu führen, dass ein Schutzrechtsinhaber zur Ausstellung einer kartellrechtlichen Zwangslizenz verpflichtet wird.⁴²

26. Entsprechende Überlegungen gelten auch für die Konstellation bei den sogenannten „essential facilities“, wenn ein Unternehmen als einziges über bestimmte unverzichtbare Einrichtungen verfügt (wie z. B. Telefon- oder Stromnetze) und sich die Frage stellt, ob es gezwungen werden kann, diese Einrichtungen Dritten (insbesondere Konkurrenten) gegen Entschädigung zur Verfügung zu stellen.⁴³ Da solche Einrichtungen immaterialgüterrechtlichen Schutz geniessen können (z. B. neue pharmazeutische Substanzen), stellt sich auch hier die Frage nach der Anwendbarkeit des Kartellrechtes neben dem Patentrecht.⁴⁴

B.2 Praktische Bedeutung

B.2.1 (Theoretische) Möglichkeit, Parallelimporte zu tätigen

27. Wie bereits ausgeführt, hat Art. 3 Abs. 2 KG praktische Bedeutung insbesondere im Zusammenhang mit Parallelimporten patentgeschützter Güter aus dem Ausland. Werden Parallelimporte infolge vertraglicher Vereinbarungen und/oder einer „entsprechenden“ faktischen Verhaltensweise des Schutzrechtsinhabers unterbunden bzw. eingeschränkt, kann

⁴⁰ HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 22.

⁴¹ Vgl. Art. 40 ff. PatG; KELLER (Fn. 16), S. 64.

⁴² Eine andere Frage ist, wie sinnvoll ein Rückgriff auf das Kartellrecht zur Erzwingung von Benutzungs-, Zugangs- oder anderer Berechtigungen ist. Denn aufgrund der anfallenden Kosten und der schweren Vorhersehbarkeit des Ausgang eines entsprechenden Verfahrens muss sich überhaupt zunächst ein Kläger finden (HILTY [Fn. 7], Art. 3 N 36). Vgl. allgemein zu Zwangslizenzen statt vieler WERNER STIEGER, Die Zwangslizenzen, in: Bertschinger/Münch/Geiser (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Basel/Genf/München 2002, 541–646; RAUBER (Fn. 7), 209 ff.; HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 34 ff., 49 ff.

⁴³ Vgl. etwa KELLER (Fn. 16), S. 64. (FIALA [Fn. 3], S. 114, 120 f.). Vgl. zum Ganzen statt vieler BARBARA HÜBSCHER/PIERRE RIEDER, Die Bedeutung der „Essential facilities“-Doktrin für das schweizerische Wettbewerbsrecht, sic! 1997, 439–447; HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 33 ff.; FIALA (Fn. 3), 57 ff.; GUJER (Fn. 7), 167 ff.; WINKLER (Fn. 7), 93 ff.

⁴⁴ KELLER (Fn. 16), S. 64. Skeptisch, ob das Kartellrecht eine genügende Aufsicht über mögliche Missbrauchsformen ausüben könne, FIALA (Fn. 3), S. 114, 120 f.

dieser Sachverhalt nach den materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes beurteilt werden. In Frage kommen namentlich Art. 5 Abs. 4 und Art. 7 KG.

28. In Bezug auf die konkreten Konsequenzen der Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf immaterialgüterrechtliche Einfuhrverbote herrscht indessen grosse rechtliche und faktische Unsicherheit. Aus Art. 5 oder Art. 7 KG ergeben sich jedenfalls eine ganze Reihe von Hürden und Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, bevor ein Vorgehen gegen Parallelimporte als wettbewerbswidrig qualifiziert werden kann.⁴⁵

29. Nach Ansicht des Bundesrates ist die Beurteilung des Verhältnisses zwischen unterschiedlichen Preisen und unterschiedlichen Marktbedingungen Sache des Wettbewerbsrechts.⁴⁶ Die Preisbildung durch den Patentinhaber unterliege seit der KG-Revision der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle. Die kombinierte Wirkung des neuen Art. 5 Abs. 4 KG und der Präzisierung von Art. 3 Abs. 2 KG sowie die Präventivwirkung der mit Art. 49a KG eingeführten direkten Sanktionen stünden wettbewerbschädigenden Einfuhrbeschränkungen gestützt auf das Patentrecht entgegen. Im Rahmen der Revision des Patentgesetzes wurde geltend gemacht, dass die Präventivwirkung des revidierten Kartellgesetzes erheblich sei, obschon sich auf das Patentrecht gestützte Einfuhrbeschränkungen nur auf Einzelfallbasis beurteilen lassen.⁴⁷

30. Das kartellrechtliche Korrektiv der patentrechtlichen nationalen Erschöpfung erfordere laut Bundesrat zwar eine systematische Analyse der Eingreifkriterien im Einzelfall und führe daher erst nach langen Verfahren zu einer Korrektur.⁴⁸ Dennoch bliebe die Wirkung der ergangenen Entscheide nicht notwendig auf den Einzelfall beschränkt. Entscheide mit Leitcharakter seien durchaus geeignet, präventive Wirkung zu entfalten. Dass die kartellrechtliche Kontrolle der Preisbildung von Patentinhabern nicht bloss graue Theorie sei, zeige auch ein publizierter Entscheid der Wettbewerbskommission (WEKO) zu Medikamentenpreisen⁴⁹. Dieser verdeutliche zugleich, dass hohe Preise nicht pauschal als missbräuchlich und wettbewerbswidrig angesehen werden dürften.

B.2.2 (Faktisches) Unterbleiben von Parallelimporten

31. Auch wenn Daten über die Häufigkeit von Parallelimporten fehlen, so ist – entgegen den Erwartungen von Bundesrat und Parlament – doch davon auszugehen, dass deren Bedeutung sich de facto in engen Grenzen hält. Im Rahmen von Gesprächen, welche das SECO zwecks Beantwortung des Postulats David mit Händlern, produzierenden Unternehmen und Parallelimporteurs führte, wurden der Patentschutz und das Kartellgesetz am Rande thematisiert.⁵⁰ Angesprochen auf die Möglichkeit, bei spürbaren Preisdifferenzen zum umliegenden Ausland selbst direkt zu importieren, gaben die Gesprächspartner auf Handelsstufe überwiegend eine zurückhaltende bzw. negative Antwort.

32. Die möglichen Gründe dafür, warum Parallelimporte unterbleiben, obschon sie rechtlich zulässig wären, dürften vielfältig sein; bei den Grossen im Detailhandel liegen sie zudem oft anders als bei den kleineren Einzelhändlern. Das Risiko eines allfälligen Patentrechtsstreits mit dem Hersteller und somit auch die Funktionsweise des revidierten Art. 3 Abs. 2 KG stan-

⁴⁵ CARCAGNI et al. (Fn. 3), Art. 3 N 25.

⁴⁶ Erläuternder Bericht zum Systementscheid bei der Erschöpfung im Patentrecht vom 18. April 2007, S. 308, 311 (URL: <http://www.ige.ch/d/jurinfo/documents/j10068d.pdf> [11.08.2008]), S. 318 f.

⁴⁷ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 46), S. 324.

⁴⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 46), S. 338 f.

⁴⁹ Medikamentenpreis Thalidomid, RPW 2006/3, S. 433 ff., 435 Rz. 26 ff.

⁵⁰ Die entsprechenden Protokolle sind zwar vertraulich, aber die Argumente sind in den Bericht „Preisinsel Schweiz“ des Bundesrates vom 14.12.2005 in Erfüllung des Postulats David (05.3816) eingeflossen (verfasst vom SECO; URL: <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00460/index.html> [11.08.2008]).

den dabei jedoch nie im Vordergrund. Vielmehr wurden folgende Gründe für die Zurückhaltung bzw. den Verzicht auf Parallelimporte geltend gemacht:

33. Kleinere *Einzelhändler* kaufen infolge fehlender Transparenz, fehlender Zeit und wenig entwickelter Einkaufs-Organisation selten zum weltweit günstigsten Preis ein. Entsprechend fest verankert und historisch gewachsen ist die Praxis des Wareneinkaufs beim vom Produzenten bezeichneten Importeur. Dieser wird zum „offiziellen“ und damit einzigen Importeur, obwohl niemand ihm offiziell diesen Status verleiht. Die vom Produzenten eingesetzte Schweizer Vertriebsorganisation erledigt alle Formalitäten. Auch werden die Produkte bereits in der schweizerischen Version und mit der dem Sprachgebiet entsprechenden Beschriftung geliefert. Dem Einzelhandel fehlt es dagegen oft an der Vertrautheit mit Deklarationsvorschriften und Zollformalitäten. Einzelhändler haben zudem regelmässig weder die Räumlichkeiten noch die finanziellen Mittel, um ein grösseres Warenlager zu unterhalten. Dies wäre aber Voraussetzung für konkurrenzfähige Preise, da mit wachsender Bezugsmenge günstiger eingekauft wird. Weiter ist es bei Reklamationen einfacher, wenn der Händler die Produkte an die Landesvertretung des Produzenten retournieren kann, statt sich selbst um die Reparatur kümmern zu müssen. Insgesamt erweisen sich Direktimporte für den Einzelhändler heute somit regelmässig als zu umständlich und kostspielig und werden demnach erst in Betracht gezogen, wenn die Preisdifferenzen erheblich sind.

34. Das Angebot des *Zwischenhändlers* kommt nicht nur den eben beschriebenen Bedürfnissen des Einzelhandels entgegen – wichtig ist auch dessen Logistikangebot: Viele Hersteller möchten grosse Mengen an einen Händler verkaufen, der die Feinverteilung übernimmt und die Qualität der Beratung sowie die Zuverlässigkeit der Verkaufspunkte garantiert. Da der Generalimporteur oder Grosshändler den Schweizer Markt mit seinen Kundenwünschen kennt, kann er dem Produzenten auch Auskunft geben über die im jeweiligen Land abzusetzenden Mengen und die Marktchancen für neue Varietäten eines Produkts.

35. *Grossverteiler* befinden sich in einer starken Position gegenüber den Herstellern.⁵¹ Allerdings benötigen Grossverteiler regelmässig gewisse beim Kunden sehr gut verankerte Produkte zur Vervollständigung ihres Sortiments. In dieser Situation haben sie Mühe, durch die Drohung mit Parallelimporten den Produzenten unter Druck zu setzen. Zu schwer wiegt das Risiko, mit den benötigten Mengen auf den alternativen Versorgungskanälen nicht zeitgerecht und sicher genug versorgt zu werden.

36. Sollten all die genannten Gründe den Händler noch nicht von einem beabsichtigten Parallelimport abschrecken, so kann die zusätzliche Tatsache, dass der Produzent mit seinem Patentrecht droht (Stichwort „nationale Erschöpfung“)⁵², den Händler im Einzelfall dazu bewegen, all den Unannehmlichkeiten und Risiken auszuweichen und auf den Parallelimport zu verzichten. Anstatt das Problem allenfalls der WEKO zu melden, wird aufgrund des Aufwands und des Prozessrisikos, das u. a. auch aufgrund fehlender Präjudizien besteht, das betreffende Produkt entweder zum höheren Preis auf dem „offiziellen“ Kanal bezogen oder aber aus dem Sortiment genommen.

B.2.3 Fallpraxis

37. Der Bundesrat erachtet Leitentscheide als wichtig, um präventiv der Verhinderung von Parallelimporten gestützt auf das Immaterialgüterrecht entgegenzuwirken. Abgesehen vom bereits erwähnten Bundesgerichtsentscheid i. S. Kodak, welcher die KG-Revision 2003 beeinflusste, existiert indessen – soweit ersichtlich – weder unter dem alten noch unter dem re-

⁵¹ Vgl. WEKO-Entscheidung i. S. CoopForte (RPW 2005/1, 146 ff.).

⁵² Händler/Parallelimporteure weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es oft um relativ „unbedeutende“ patentierte Bestandteile geht, aufgrund derer ein Parallelimport verhindert wird (so genannte Doppelschutzproblematik, d. h. die Konstellation, dass ein Produkt durch mehrere verschiedene Immaterialgüterrechte geschützt wird).

vidierten Kartellgesetz eine Fallpraxis, die sich explizit (und ausführlich) mit der Anwendung von Art. 3 Abs. 2 KG auseinandergesetzt hätte.

38. Aus der Praxis können zum Verhältnis Immaterialgüter- und Kartellrecht nur wenige Fälle genannt werden⁵³. Art. 3 Abs. 2 KG hat dabei stets eine bloss untergeordnete Rolle gespielt. Folglich kommt diesen Fällen der erwünschte Präjudizcharakter zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit kaum zu.

B.3 Schlussfolgerungen

39. Art. 3 Abs. 2 KG statuiert weder in seiner ursprünglichen noch in seiner anlässlich der Revision 2003 um den zweiten Satz ergänzten Fassung einen **Geltungs-** oder **Anwendungsvorbehalt** für die Anwendung des Kartellgesetzes. Zunächst ist ohnehin im Einzelfall mit immaterialgüterrechtlichem Bezug anhand von Art. 2 KG der Geltungsbereich des Kartellgesetzes zu prüfen.⁵⁴ Alsdann erfolgt aufgrund des Gesetzesvorbehaltes gemäss Art. 3 Abs. 2 KG eine Abgrenzung von Immaterialgüter- und Kartellrecht. Mit der herrschenden Lehre ist zu fordern, dass diese Bestimmung restriktiv auszulegen ist, was dazu führt, dass ein Sachverhalt mit immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlicher Komponente praktisch immer anhand des materiellen Kartellrechts (Art. 5 oder 7 KG) geprüft werden kann.

40. In der Lehre wird auch darauf hingewiesen, dass die Norm zwar eine Trennungslinie zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht suggeriert, eine solche jedoch losgelöst vom konkreten Fall nicht gezogen werden kann. Der Versuch einer argumentativ schlüssige Anwendung der Norm in der Praxis sei daher zum Scheitern verurteilt.⁵⁵ Dies könnte mitunter ein Grund sein, weshalb in der bisherigen wettbewerbsrechtlichen Praxis Art. 3 Abs. 2 KG noch nicht eingehend thematisiert wurde.

41. Des Weiteren lässt sich eine unterschiedliche Behandlung von **Eigentumsrechten** in Bezug auf das Kartellrecht nicht rechtfertigen. Die Ausübung von Eigentumsrechten sowohl gestützt auf Sachenrecht wie auch auf Immaterialgüterrecht sollte grundsätzlich wettbewerbsrechtlich überprüfbar sein, soweit die Beachtung der dem Allgemeinwohl dienenden Wettbewerbsregeln – stets in Relation zu den dem Immaterialgüter- bzw. Sachenrecht innewohnenden wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen gesetzt – dies erfordert. Die von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 KG suggerierte (und nun durch den Begriff „Hingegen“ in Satz 2 noch verstärk-

⁵³ „Medikamentenpreis Thalidomid“: Dieser Bericht befasste sich im Zusammenhang mit der Frage nach allfälligen vorbehaltenen Vorschriften am Rande mit der Anwendung von Art. 3 Abs. 2 KG und sprach sich in casu für eine uneingeschränkte Anwendung des Kartellgesetzes aus (Schlussbericht des Sekretariats vom 29.05.2006 i. S. Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Medikamentenpreis Thalidomid wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG; RPW 2006/3, S. 433 ff., 435 Rz. 26 ff.).

„Swisscom Directories AG“: Die WEKO gelangte im Ergebnis nicht zur Prüfung von Art. 3 Abs. 2 KG, weil der in Frage stehenden Datenbank der urheberrechtlich geschützte Werkcharakter nicht zukam (Verfügung der WEKO vom 22.11.2004 i. S. Swisscom Directories AG betreffend Herstellung, Verwaltung und Herausgabe von regulierten Verzeichnisdaten gemäss Art. 29 der VO über Fernmeldedienste vom 31.10.2001 [FDV; SR 784.101.1] wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG; RPW 2005/1, S. 54 ff., 90 ff. Rz. 231 ff.).

Handelsgericht Bern: Das Handelsgericht verneinte gestützt auf Art. 3 Abs. 2 KG die Anwendung von Kartellrecht in einem Fall, in dem die Beklagte der Klägerin und Schutzrechtsinhaberin eines Patentes den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorwarf (Urteil vom 06.07.05, publ. in: sic! 5/2006, S. 348 ff., insbesondere 353 f.).

Handelsgericht Aargau (Entscheid „Milchschaumer“ vom 23.08.2005, erwähnt von HILTY [Fn. 7], Art. 3 N 21 und 34).

⁵⁴ Zu diesem mehrstufigen Vorgehen FIALA (Fn. 3), 149 ff., 159.

⁵⁵ So HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 22; vgl. auch RAUBER (Fn. 7), 190 f.

te) teilweise Immunsierung von Immaterialgüterrechten gegenüber dem Kartellrecht und damit die Privilegierung gegenüber dem Sachenrecht erscheinen nicht sachgerecht.

42. Speziell in Bezug auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 KG ist aus juristischer Sicht festzuhalten, dass das Kartellrecht mit seinen materiellen Eingriffsvoraussetzungen **in der Praxis** nur bedingt dazu geeignet ist, eine befriedigende Lösung für die Parallelimportfrage zu finden.⁵⁶ Dem Gesetzesartikel sind in der Praxis enge Grenzen gesetzt. Offenbar ist den potenziell interessierten Akteuren heute die Rechtsunsicherheit bzw. das (Verfahrens-)Risiko zu gross, weshalb sie lieber auf Parallelimporte verzichten, statt sich auf die „korrektive“ Wirkung von Art. 3 Abs. 2 sowie Art. 5 und 7 KG zu verlassen. Damit entfällt auch der disziplinierende Druck möglicher Parallelimporte. So ist es auch nicht erstaunlich, dass kaum Fallpraxis existiert.

43. Insbesondere eine nachhaltige aktivere Förderung von Parallelimporten, beispielsweise durch eine Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit der Ausübung eines Patentrechts, kann nicht auf dem Umweg über das Kartellrecht geschehen, und Art. 3 Abs. 2 KG kann höchstens beschränkt als Gegengewicht zum Prinzip der nationalen Erschöpfung im Patentrecht dienen. Die vorliegenden Fragen würden sich indessen erübrigen, wenn sich der Gesetzgeber für einen Wechsel vom Prinzip der nationalen zum Prinzip der internationalen (bzw. regionalen) Erschöpfung auch im Bereich des Patentrechts entscheiden würde. Falls gewünscht wird, dass wettbewerbsbeeinträchtigende Abschottungswirkungen, die durch die nationale Erschöpfung entstehen können, verhindert werden, müsste die Korrektur am wirksamsten im Patentgesetz erfolgen, das sich zur Zeit in parlamentarischer Beratung befindet.

44. Aus den genannten Gründen könnte aus **juristisch-dogmatischer Sicht** die „Sondernorm“ von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und 2 KG grundsätzlich ersatzlos gestrichen werden. Das Schweigen des Gesetzes wäre dann in dem Sinne zu verstehen, dass alle Eigentumsrechte grundsätzlich gleich zu behandeln sind und Wettbewerbsbeeinträchtigungen auch gestützt auf Eigentumsrechte grundsätzlich der materiellen Prüfung des Kartellgesetzes unterstehen.

45. Jedoch könnten **politische Gründe** für eine Beibehaltung des Art. 3 Abs. 2 KG sprechen. Art. 3 Abs. 2 KG kann zwar aufgrund der bisherigen praktischen Erfahrungen weder als genügendes Korrektiv für die durch das BGer innerhalb des Immaterialgüterrechts geschaffene Inkohärenz hinsichtlich Erschöpfung betrachtet werden⁵⁷, noch vermag er allfällige sich aus der nationalen Erschöpfung im Patentrecht ergebende Wettbewerbsbeschränkungen nachhaltig zu bekämpfen. Dessen ersatzlose Streichung⁵⁸ könnte hingegen als Zeichen dafür missverstanden werden, dass zukünftig geduldet würde, wenn der Patentinhaber Parallelimporte unter Geltendmachung seines Patentrechts verhindert. Ein solches Signal gilt es – zumindest aus wettbewerbsspolitischer Sicht – zu vermeiden. Aus dem Gesagten folgt, dass Art. 3 Abs. 2 KG aus politischen Gründen wohl nicht ohne Weiteres gestrichen werden sollte, obwohl er, wenn überhaupt, nur begrenzte Tragweite entfalten kann.

46. De lege lata dürfte nach der KG-Revision 2003 indessen im Ergebnis zumindest klar gestellt sein, dass die Verhinderung von Parallelimporten, sei es aufgrund vertraglicher Vertriebssysteme, sei es aufgrund einseitiger Durchsetzung immaterialgüterrechtlicher Schutzpositionen, **stets und generell** der Prüfung durch die Wettbewerbsbehörden und somit den kartellrechtlichen Schranken und Sanktionsandrohungen untersteht.⁵⁹

⁵⁶ FIALA (Fn. 3), 147 f., 157 f.; vgl. auch RAUBER (Fn. 7), 206.

⁵⁷ HILTY (Fn. 7), Art. 3 N 54.

⁵⁸ Die Streichung einer Norm kann anderes aussagen als das Fehlen einer solchen Norm von Anfang an.

⁵⁹ Vgl. Rz. 20, sowie WINKLER (Fn. 7), 60, 65, 70 f.; RAUBER (Fn. 7), 204, 206, und KAUFMANN (Fn. 29), 136.

C Art. 5 Abs. 4 KG – vertikale Vereinbarungen

47. Im folgenden Teilbericht wird im Abschnitt C.1 der Entstehungsprozess von Art. 5 Abs. 4 KG dargelegt. Im Abschnitt C.2 erfolgt eine Darstellung der von den Wettbewerbsbehörden erledigten Geschäfte (Output) im Bereich der vertikalen Vereinbarungen. Im Abschnitt C.3 werden die zentralen Ergebnisse eines internationalen Vergleiches vorgestellt. Die ökonomische Grundhaltung gegenüber vertikalen Restriktionen folgt im Abschnitt C.4. Gegenstand des Abschnitts C.5 bilden die Ergebnisse aus Umfragen und Gesprächen mit Experten/innen, Kritiker/innen, Anwälten/innen und Unternehmen. Im Abschnitt C.6 erfolgt eine kurze Darstellung einer Fallstudie aus dem vertikalen Bereich. Im Abschnitt C.7 werden die zentralen Erkenntnisse zusammengefasst.

C.1 Gesetzgebungsprozess und Vertikalbekanntmachung

C.1.1 Einleitung

48. Mit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen KG-Revision 2003 wurde ein neuer Vermutungstatbestand für vertikale Abreden geschaffen. Vertikale Abreden wurden zwar schon früher vom Abrededebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst und konnten damit materiell auf ihre Zulässigkeit nach dem Kartellgesetz von 1995 (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG) überprüft werden, fanden aber weder eine explizite Erwähnung im Gesetz noch waren sie direkt sanktionierbar. Bereits im Februar 2002 hatte die WEKO eine Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden erlassen.⁶⁰

49. Mit der gesetzlichen Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG wurden indessen gewisse als besonders wettbewerbsschädlich qualifizierte Arten vertikaler Abreden⁶¹ den qualifizierten horizontalen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG⁶² gleichgestellt („Hard core-Kartelle“): Einerseits wurde eine Vermutung geschaffen, dass auch diese vertikalen Abreden den Wettbewerb beseitigen, andererseits sind im Falle ihrer Unzulässigkeit neu ebenso direkte Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu verhängen⁶³.

50. Die WEKO erliess im Juli 2007 eine neue Vertikal-Bekanntmachung.⁶⁴ Weiterhin bestehen jedoch zahlreiche „Lehrmeinungsstreitigkeiten“⁶⁵ sowie Kritik am Gesetzesartikel und an der WEKO⁶⁶.

C.1.2 Hintergrund: Diskussion über die (Hoch-)Preisinsel Schweiz

51. Vor als auch nach der Revision des Kartellgesetzes wurde diskutiert, ob und wie stark die Schweiz verglichen mit dem Ausland - v. a. mit der EU - eine Hochpreisinsel sei. In sei-

⁶⁰ Dazu unten Rz. 59.

⁶¹ Von Art. 5 Abs. 4 KG umfasst sind vertikale Abreden über Mindest- und Festpreise sowie Gebietsabsprachen.

⁶² Von Art. 5 Abs. 3 KG umfasst sind so genannte „Hard-core“-Kartelle, d. h. horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen.

⁶³ Und zwar, nach der hier vertretenen Auffassung, unabhängig davon, ob die Vermutung umgestossen werden kann oder nicht; vgl. dazu statt aller CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG, Diss., Zürich 2007, 35 ff. und 52 sowie die dort in Fn. 187 (pro) und 188 (contra) zitierte Literatur.

⁶⁴ Dazu unten Rz. 69 f.

⁶⁵ Gemeint sind u. a. die Fragen nach der Sanktionierbarkeit bei der Umstossung der Vermutung, nach der Bedeutung des Interbrand-Wettbewerbs, nach der Zulässigkeit von Preisempfehlungen etc.

⁶⁶ Vgl. Abschnitt C.2 und C.5.

ner Stellungnahme von 2006 auf das Postulat von Ständerat Eugen David⁶⁷ hob der Bundesrat folgende Massnahmen hervor, um das Preisniveau der Schweiz an jenes der umliegenden Länder anzupassen:⁶⁸ Als erste Massnahme nannte er die Verschärfung des Kartellgesetzes, indem auch vertikale Abreden mit direkten Sanktionen belegt werden können, wie dies die Kartellrechtsrevision 2003 einführt. Diese unmittelbare Massnahme zielt auf das im Postulat angesprochene Problem der starken Stellung der Alleinimporteure. Sodann nannte er den Abbau wesentlicher Importhemmnisse im Rahmen der bilateralen Abkommen I und II. Abzubauen gelte es Handelshemmnisse sowohl fiskalischer wie auch technischer Natur. Schliesslich wurde die Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips im Rahmen der Revision des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse genannt. Der Bundesrat wies dabei auf Studien im Rahmen der Strukturberichterstattung des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) hin, die in der Zeitschrift „Die Volkswirtschaft“ mit dem Monatsthema „Hochpreisinsel Schweiz“⁶⁹ zusammengefasst waren.⁷⁰

52. Die wirtschaftspolitischen Schlussfolgerungen im vom SECO verfassten Bericht „Preisinsel Schweiz“ des Bundesrates in Erfüllung des Postulates David (05.3816)⁷¹ decken sich mit der Antwort des Bundesrates auf das erwähnte Postulat. Der Bericht zeigt zusätzlich auf, wie sich das Preisniveau in der Schweiz im Vergleich zur EU in den letzten Jahren generell entwickelt hat. Die Analysen führen zum Schluss, dass bei den meisten untersuchten Produkten mehrere Faktoren für die abweichenden Preise in der Schweiz verantwortlich sind. Diese Faktoren dürften sich oftmals wechselseitig verstärken. Die Beseitigung eines preistreibenden Faktors alleine werde die Preisinsel Schweiz folglich nicht vollständig zum Verschwinden bringen, aber jede einzelne Reform kann zu einer weiteren Angleichung des Preisniveaus beitragen. Zielführend seien namentlich ein griffiges Wettbewerbsrecht, die Beseitigung technischer Handelshemmnisse, der Abbau des Zollschatzes sowie liberale Regelungen bei den geistigen Schutzrechten.

53. Ein Hauptziel dieser Erhebung des SECO war es, anhand von 50 ausgewählten Produkten den Gründen für die Preisdifferenzen im Einzelfall nachzugehen, indem die preistreibenden Faktoren im Einzelnen dargestellt und analysiert werden⁷². Aus den Analysen folgt, dass ein Zulassungsverfahren bei den Produkten, die davon betroffen sind, klar preissteigernd wirkt. Eine preiserhöhende Variable stellen auch die Wettbewerbsverhältnisse dar: Würde sich der Detailhandel vermehrt im Ausland eindecken und wäre der Interbrand-Wettbewerb⁷³ gleich intensiv wie in den Nachbarländern, so wäre die Überhöhung der Preise in der Schweiz bedeutend geringer. Beachtliche Wirkungen zeitigen auch die Erfordernisse, die Produktzusammensetzung an spezifisch schweizerische Vorschriften anzupassen und die Produktinformationen auf den Packungen usw. spezifisch auf die Schweiz auszurichten.

54. Kurz zusammengefasst zeigt der Bericht u. a. auf, dass das Preisniveau der Schweiz gemessen am Preisniveau der EU-15 im Jahr 2005 gemeinsam mit Dänemark, Norwegen und Island am höchsten war. Die wichtigste Aussage hinsichtlich Preisentwicklung nach Gütergruppen im Zeitablauf ist, dass die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und den 15

⁶⁷ Postulat David (05.3816) „Preisinsel Schweiz“ vom 14. Dezember 2005.

⁶⁸ Vgl. Preisinsel Schweiz unter: URL: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00004/02269/index.html?lang=de> [11.08.2008], S. 31 f.

⁶⁹ Zeitschrift „Die Volkswirtschaft“, Juli-Heft 2003, Monatsthema „Hochpreisinsel Schweiz“ (URL: <http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00007/00021/01461/index.html?lang=de> [11.08.2008]).

⁷⁰ Preisinsel Schweiz, (Fn. 68), S. 32.

⁷¹ Vgl. Preisinsel Schweiz (Fn. 68) sowie Mediendokumentation: Preisinsel Schweiz (URL: <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00460/index.html>, [11.08.2008]).

⁷² Dabei werden jeweils die Marktstrukturen, die Situation bezüglich technischer Handelshemmnisse und die Situation bei Zöllen und andern staatlichen Abgaben angeschaut.

⁷³ Zum Begriff siehe Rz. 104 ff.

alten EU Staaten zwischen 1995 und 2005 in den 14 Hauptkategorien zumeist abgenommen haben.

55. Als Fazit kann gelten, dass der Tendenz nach zwar eine Konvergenz der Schweizer Preise in Richtung EU-Preise besteht, dass bei vielen Kategorien von Waren und Dienstleistungen aber weiterhin Potenzial für weitere Preisangleichungen vorhanden ist. Dabei sollte die Politik in erster Linie dort aktiv werden, wo höhere Preise infolge staatlichen Handelns resultieren.

56. Auch im Zusammenhang mit der Revision des THG zeigte sich, dass man nicht erwarten darf, dass mit einzelnen Massnahmen - wie z. B. der Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips - das Preisgefälle plötzlich eingeebnet würde. Jede einzelne Massnahme ist zwar notwendig, jedoch für sich allein nicht hinreichend, da mehrere hintereinander geschaltete Importbarrieren bestehen: Bewirkt nicht ein nichttarifarischeres Hindernis die Marktabschottung, können immer noch eine Abgabenordnung, geistige Eigentumsrechte oder private Abreden diese Marktsegmentierung bewirken. Hinzu kommen je nach Branche auch Zölle z. B. infolge des Agrarprotektionismus.

C.1.3 Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001

57. In der Botschaft vom 7. November 2001 zum KG 2003 war die Bestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG noch nicht vorgesehen, weshalb darin auch keine Erläuterungen vorhanden sind. Die Botschaft enthält hingegen bereits Hinweise auf eine Regelung vertikaler Abreden, indem sie festhält, es seien in der Vernehmlassung „ausdrückliche Vorschriften gegen die Abschottung des schweizerischen Marktes vom Ausland, insbesondere durch Vertikalabreden“, verlangt worden.⁷⁴ Die Unterbindung von Versuchen der Marktabschottung müsse ein vorrangiges Ziel der Wettbewerbspolitik bilden. Darauf sei bereits beim Erlass des Kartellgesetzes hingewiesen worden.⁷⁵ Die Forderung, dass namentlich eine allfällige Abschottung der Schweizer Märkte durch Vertikalabreden international tätiger Unternehmen nicht hinzunehmen sei, sei bereits insofern berechtigt, als sonst die Wirkung der liberalen Handels- und Wirtschaftspolitik der Schweiz unterlaufen werden könnte. Einerseits könnten Vertikalabreden in Einzelfällen marktabschottend wirken. Dies sei insbesondere der Fall, wenn an ihnen ein marktmächtiges Unternehmen beteiligt sei. Andererseits existierten auch Formen von Vertikalabreden, die wirtschaftlich sinnvoll seien, etwa indem sie dazu beitragen, die Vertriebs- und Transaktionskosten der Unternehmen zu senken.⁷⁶

58. Anders als später das Parlament vertrat der Bundesrat in der Botschaft noch die Auffassung, Vertikalabreden könnten auf Grund ihrer Vielfalt nicht grundsätzlich als volkswirtschaftlich schädlich oder sinnvoll eingestuft werden. Es sei deshalb kaum möglich, die Beurteilung bestimmter Fallgruppen im Gesetz – auf abstrakter Ebene – sachgerecht und konzis zu regeln, ohne neue Probleme und Auslegungsschwierigkeiten zu schaffen. Allfällige Gesetzesänderungen hätten zur Folge, „dass verstärkt begriffsjuristische Abgrenzungsfragen statt die sorgfältige Prüfung der Absprache im Einzelfall in ihrem jeweiligen wirtschaftlichen Kontext in den Brennpunkt der wettbewerbspolitischen Praxis treten würden“. Aus diesem Grund wollte der Bundesrat, wie schon anlässlich der Totalrevision des Kartellgesetzes von 1995, im Rahmen der Revision 2003 darauf verzichten, „ein faktisches Per-se-Verbot für Fallgruppen von Vertikalabreden einzuführen“⁷⁷.

⁷⁴ Botschaft 2001, BBI 2002 2032 f.

⁷⁵ Botschaft 1994, BBI 1995 I 481 ff., 509.

⁷⁶ Als Beispiele nennt die Botschaft 2001 (a. a. O.) Alleinvertriebsverträge, Verträge über die Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums, Franchising-Verträge und selektive Vertriebsverträge, sofern diese Vereinbarungen keine „überschiessenden“ Wettbewerbsbeschränkungen vorsehen.

⁷⁷ Botschaft 2001, BBI 2002 2033.

C.1.4 Erste Vertikalbekanntmachung der WEKO (2002)

59. Mit ihrer ersten Vertikalbekanntmachung vom 18. Februar 2002 wollte die WEKO verdeutlichen, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, dass eine vertikale Wettbewerbsabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs i. S. v. Art. 5 Abs. 1 KG darstellt. Insbesondere wird aufgezeigt, welche vertikalen Wettbewerbsabreden die WEKO unabhängig vom Anteil der Beteiligten an den relevanten Märkten als erheblich betrachtet. Damit sollen insbesondere Praktiken von Unternehmen erfasst werden, welche den schweizerischen Markt gegen ausländische Märkte abschotten.⁷⁸

C.1.5 Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel (2002)

60. Speziell für den Automobilmarkt erliess die WEKO am 21. Oktober 2002 die „Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel“ (Kfz-BM). In Anlehnung an die entsprechende EU-Gruppenfreistellungsverordnung⁷⁹ bezweckte die WEKO damit, Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Automobilmarktes zu verhindern, den markeninternen Wettbewerb im Automobilgeschäft zu fördern, den Verbrauchern Verbesserungen beim Kauf von Neufahrzeugen und beim Zugang zu Reparatur- und Serviceleistungen zu bieten und den Wettbewerb auf dem Kundendienstmarkt zu stimulieren. In diesem Sinne hielt die WEKO unter Berücksichtigung der in der Schweiz herrschenden ökonomischen und rechtlichen Bedingungen fest, unter welchen Voraussetzungen sie Vertriebsvereinbarungen grundsätzlich als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs erachtet, die nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können (vgl. die in Ziff. 12 bis 17 Kfz-BM aufgeführten Klauseln).

C.1.6 Parlamentarische Beratungen zur KG-Revision 2003

61. Am 3. September 2002 gab die Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Nationalrates in einer Medienmitteilung bekannt, dass sie das Kartellgesetz weiter verschärfen will. Neu sollten direkte Sanktionen auch bei schädlichen vertikalen Abreden möglich sein.⁸⁰ Im bundesrätlichen Entwurf noch nicht vorgesehen, wurde Art. 5 KG im Laufe der Beratungen der WAK des Nationalrates mit einem Abs. 4 ergänzt. Der Wortlaut dieses Absatzes wurde heftig debattiert. Als erste Kammer beschäftigte sich der Nationalrat mit der Formulierung der neuen Bestimmung. Sein Vorschlag hätte in seiner ersten Fassung (wohl ungewollt) die grosse Mehrheit der Alleinvertriebsverträge und selektiven Vertriebssysteme dem Vermutungstatbestand unterstellt.⁸¹ Der Nationalrat überliess es dem Ständerat, eine bessere Formulierung zu finden. Die Mehrheit der WAK des Ständerates schränkte den

⁷⁸ Bekanntmachung der WEKO vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (URL: <http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/vertikalabreden.pdf?lang= de> [11.08.2008]).

⁷⁹ Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor (am 1. Oktober 2002 für den EWR-Raum in Kraft getreten).

⁸⁰ Vgl. Medienmitteilung der WAK des Nationalrates vom 3. September 2002 (http://www.parlament.ch/D/Medienmitteilungen/Seiten/mm_2002-09-03_000_02.aspx). Weitere Medienmitteilungen der WAK des Nationalrates vom 30. April 2003 (URL: http://www.parlament.ch/D/Medienmitteilungen/Seiten/mm_2003-04-30_000_01.aspx [11.08.2008]) sowie der WAK des Ständerates vom 31. Januar 2003 (URL: http://www.parlament.ch/D/Medienmitteilungen/Seiten/mm_2003-01-31_000_02.aspx [11.08.2008]).

⁸¹ 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.“

Vermutungstatbestand schliesslich (im Sinne der heute geltenden Fassung) ein, während die Minderheit dieser Kommission den Vermutungstatbestand gegenüber der Fassung des Nationalrates noch weiter ausweiten wollte.⁸² Auch die von der Mehrheit der WAK des Ständerates beantragte, nunmehr Gesetz gewordene Fassung ist sprachlich nicht restlos geglückt,⁸³ weshalb die Rechtsfindung im Rahmen von Art. 5 Abs. 4 KG auf verschiedenen Ebenen stattfinden muss. Einerseits auf der Ebene der Fragestellungen, die Vertikalabreden allgemein aufwerfen, andererseits auf der Ebene der Probleme, die spezifisch mit den zwei von der Bestimmung anvisierten Abreden (Preis- und Gebietsabreden) einhergehen.

62. Die parlamentarischen Beratungen⁸⁴ zeigen auf, dass der neue Vermutungstatbestand in erster Linie als Reaktion auf Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU in das Kartellgesetz aufgenommen wurde (Stichwort „Hochpreisinsel Schweiz“). Kritisiert wurden beispielsweise die höheren Preise in der Schweiz im Vergleich zum europäischen Umfeld. Die heute praktizierte Preisbindung und Marktabschottung führten zu einer Hochpreisinsel, welche unmittelbar negative Auswirkungen nicht nur auf die Konsumenten, sondern auch auf die Einkaufspolitik und die Einkaufsmöglichkeiten der Unternehmen habe. Dies schwäche insbesondere das Gewerbe und die KMU in der Schweiz. Einige Parlamentarier nannten als Motiv für die Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG den Erhalt der Wertschöpfung bzw. von Arbeitsplätzen in der Schweiz und den Schutz von inländischen KMU gegenüber multinationalen Konzernen.

63. In den Aussagen der Parlamentarier kamen allgemeine Befürchtungen über die Entwicklung volkswirtschaftlicher Grössen (Wirtschaftswachstum, Arbeitslosigkeit, Preisniveau) zum Ausdruck, die mit der Wettbewerbspolitik in Zusammenhang gebracht wurden. Die erste Fassung des Nationalrates liess Befürchtungen aufkommen, dass gemäss Wortlaut eine gesetzliche Vermutung aufgestellt würde, die sämtliche vertikalen Absprachen über Preise und Gebiete als schädliche Kartelle betrachtete. Dadurch sahen einige Parlamentarier die KMU in Gefahr.

64. Die meisten Parlamentarier erkannten die wirtschaftliche Notwendigkeit von vertikalen Restriktionen im wirtschaftlichen Prozess (wie beispielsweise bei Serviceleistungen, Ersatzteilen, Garantie-, Nachliefer- oder Ausbildungsverträgen). Aus diesen Gründen beschränkt sich Art. 5 Abs. 4 KG auf Preisbindungen zweiter Hand und auf gewisse Gebietsklauseln. Spezielle Vorbehalte wurden gegen Abreden geäussert, welche den „Wettbewerb innerhalb der Marke X“ ausschalten, wobei betont wurde, „dass Vertikalabsprachen, also der Intra-brand-Wettbewerb“ geregelt werden müsste.

65. Während in der ersten Fassung des Nationalrates und derjenigen der Minderheit der WAK des Ständerates der Begriff „Marktabschottung“ noch im Wortlaut enthalten war, plädierte die Mehrheit dafür, ohne den undefinierten Begriff auszukommen. Der Mehrheitsantrag der WAK des Ständerates sage klar und unmissverständlich, was Marktabschottung bedeute, ohne den Begriff jedoch zu verwenden. Der Begriff der Marktabschottung sei interpretationsbedürftig und müsse durch die Rechtsprechung erst noch geklärt werden.

⁸² Der Antrag der Minderheit der WAK für den neuen Art. 5 Abs. 4 KG lautete: „Die Beseitigung wirklichen 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.“

⁸³ Vgl. MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, Vertikale Preis- und Gebietsabreden – eine kritische Analyse von Art. 5 Abs. 4 KG, S. 85 f. in: Kartellgesetzrevision 2003, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004.

⁸⁴ Vgl. das Amtliche Bulletin des Nationalrats, Herbstsession 2002, 5. und 9. Sitzung, sowie des Ständerats, Frühjahrsession 2003, 12. Sitzung (URL: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4615/64720/d_n_4615_64720_64880.htm [11.08.2008], URL: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4615/66092/d_n_4615_66092_66211.htm [11.08.2008], URL: http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4617/79503/d_s_4617_79503_79504.htm [11.08.2008]).

66. Von Seiten der Parlamentarier wurde die Erwartung geäussert, dass eine Angleichung an die Rechtsprechung der EU-Kommission stattfinden soll, ohne dass die schweizerische Rechtsprechung restriktiver als jene in der EU werden soll. Bei der Anwendung könnten diesbezüglich aufgrund des unterschiedlichen Aufbaus der Kartellgesetzgebungen in der Schweiz und der EU Probleme entstehen, was allerdings eher eine juristische Frage sei.

67. Im Ergebnis wurde Art. 5 Abs. 4 KG gemäss der Fassung der Mehrheit der WAK des Ständerates angenommen. Er lautet wie folgt: „Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“

68. Auf den 1. April 2004 ist das teilrevidierte Kartellgesetz in Kraft getreten. Bei der Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG ist gemäss den parlamentarischen Voten stets die Anlehnung an das europäische Recht zu beachten.⁸⁵

C.1.7 Zweite Vertikalbekanntmachung der WEKO (2007)

69. Am 2. Juli 2007 verabschiedete die WEKO ihre revidierte Vertikalbekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden.⁸⁶ Darin hält die WEKO fest, dass vertikale Vereinbarungen zwar die volkswirtschaftliche Effizienz innerhalb einer Produktions- oder Vertriebskette erhöhen können. Sie betont aber auch, dass im Rahmen der KG-Revision 2003 mit Art. 5 Abs. 4 KG neue Tatbestände - „mit dem Ziel, Preisbindungen und Abschottungen des schweizerischen Marktes zu verhindern und den markeninternen Wettbewerb zu fördern“ - eingeführt wurden.

70. Mit der Bekanntmachung zeigt die WEKO auf, nach welchen Kriterien sie die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und die Erheblichkeit im Lichte von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilen wird. Namentlich zu erwähnen sind Ziff. 10 und 12 der Bekanntmachung, da diese mitunter Gegenstand der in den folgenden Abschnitten geäusserten Kritik bildet. Ziffer 10 (Vermutungstatbestände) lautet wie folgt:

(1) Bei vertikalen Wettbewerbsabreden wird die Beseitigung des Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG vermutet, wenn sie Folgendes zum Gegenstand haben:

- a) Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen. Als solche gelten auch in Empfehlungform gekleidete Wettbewerbsabreden über die Einhaltung von Mindest- oder Festpreisen.*
- b) Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden).*

(2) Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) widerlegt werden.

(3) Auch wenn die Vermutung widerlegt wird, führen die in Ziffer 10 (1) genannten vertikalen Wettbewerbsabreden zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.

⁸⁵ Vgl. JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 5 N 43.

⁸⁶ Die Bekanntmachung, welche weder die Zivilgerichte, das Bundesverwaltungsgericht noch das Bundesgericht binden, lehnt sich an die Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABI 1999 L 336/21) sowie die Mitteilung der Kommission betreffend Leitlinien für vertikale Beschränkungen (ABI 2000 C 291/1) an und berücksichtigt die in der Schweiz herrschenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedingungen. Vgl. RPW 2007/4, 675 ff., URL: http://www.weko.admin.ch/publikationen/00213/Vertikalbekanntmachung_d.pdf?lang=de [11.11.08].

71. Auch zahlreiche weitere, in Ziffer 12 der Bekanntmachung genannte vertikalen Wettbewerbsabreden führen aufgrund ihres Gegenstands ohne weiteres und unabhängig von Marktanteilen – d. h. *per se* – zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (Ziffer 12 der Bekanntmachung).

C.2 Output der Wettbewerbsbehörden

72. Von verschiedenen Seiten werden die fehlende Praxis und die fehlenden Leitentscheide der Wettbewerbsbehörden in Bezug auf Art. 5 Abs. 4 KG kritisiert. Art. 5 Abs. 4 KG bildet zudem Gegenstand des Postulates der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (06.3634, 03.11.2006; vertikale Vereinbarungen). Der Bundesrat wird darin eingeladen, dem Parlament zu berichten, wie Art. 5 Abs. 4 KG seit seiner Inkraftsetzung durchgesetzt worden ist. Zu berichten sei insbesondere darüber, wie viele wettbewerbswidrige vertikale Vertriebsabreden damit verhindert bzw. aufgelöst worden sind.

73. Um den Output der Wettbewerbsbehörden darzulegen, wurden von zwei Diensten des Sekretariates der WEKO (Dienstleistungen, Infrastruktur) die Geschäfte im Bereich von Art. 5 Abs. 4 KG von 1. April 2004 bis 1. April 2008 und von einem Dienst (Produktmärkte) von 1. Januar 2007 bis 1. April 2008 gelistet. Diese Geschäfte wurden analysiert. In die Analyse floss zudem eine Teilmenge von 21 Fällen ein, die der Preisüberwacher dem Sekretariat der WEKO übermittelt hatte (diese 21 Fälle betreffen den Dienst Produktmärkte und den Zeitraum zwischen dem 1. April 2004 und 31. Dezember 2006). Insgesamt konnten damit 91 Geschäfte ausgewertet werden (vier aus dem Dienst Dienstleistungen, vier aus dem Dienst Infrastruktur, 83 aus dem Dienst Produktmärkte⁸⁷).⁸⁸ Die Fälle des Dienstes Produktmärkte für den nur teilweise erfassten Zeitraum zwischen 1. April 2004 und 31. Dezember 2006 vorsichtig hochgerechnet, ist davon auszugehen, dass die Wettbewerbsbehörden seit Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes bis 1. April 2008 ca. 170 Geschäfte im Bereich von Art. 5 Abs. 4 behandelt haben.

74. Die 91 Geschäfte wurden nach folgenden Faktoren analysiert:

- Art des Verfahrens, in dem das Geschäft behandelt wurde: Untersuchung, Vorabklärung, Widerspruchsverfahren, Marktbeobachtung, Beratung (inkl. telefonische Beratung), Meldung gemäss Schlussbestimmung.
- Beurteilung der in den Geschäften behandelten Verhaltensweisen: Zulässig, unzulässig, offen (falls die Beurteilung noch nicht abgeschlossen ist).
- Kategorien von vertikalen Restriktionen:
 - Preisbindung (Mindestpreise, Festpreise)
 - Gebietsbeschränkungen (Gebietsbeschränkungen ohne/mit Verbot des Passivverkaufs an Händler oder Endkunden; Gebietsbeschränkungen mit/ohne Beschränkungen des Aktivverkaufs)
 - Vertriebssysteme (selektive/exklusive Vertriebssysteme, rein qualitativer Selektivvertrieb, Querlieferungen)
 - Andere (Wettbewerbsverbote, Vereinbarungen gegenüber Lieferanten bez. Bestand- bzw. Ersatzteilen, Know-how, Mehrmarkenvertrieb)

⁸⁷ Von einer Vollerhebung im Bereich Produktmärkte wurde abgesehen, da die 91 Fälle eine eingehende Analyse erlauben und der Mehrwert von weiteren Erhebungen gering gewesen wäre.

⁸⁸ Für die Zählung wurde jeweils das letzte Verfahrensstadium eines Falles betrachtet (mündete beispielsweise eine Vorabklärung in einer Untersuchung, wurde nur die Untersuchung gezählt). Eine Ausnahme bildet eine Meldung nach Schlussbestimmung, die zusätzlich in eine Beratung mündete.

- Erfassung allfälliger informeller oder formeller Verhaltensanpassungen der betroffenen Unternehmen innerhalb eines Geschäftes (formelle: einvernehmliche Regelung).

75. Vor Betrachtung der 91 Fälle zeigt sich als erstes Ergebnis, dass die deutliche Mehrzahl der vertikalen Geschäfte im Bereich der Produktemärkte anfällt. Im Bereich der Dienstleistungen und Infrastruktur waren acht Geschäfte zu vermelden. Zu bemerken ist zudem, dass von 83 Fällen der Produktemärkte rund 14 im Automobilbereich anfielen. In Letzterem kommt die Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeughandel⁸⁹ zum Tragen.

76. Werden die 91 Geschäfte nach Verfahrensarten unterschieden, präsentiert sich folgendes Bild:

- 3 Untersuchungen
- 20 Vorabklärungen
- 19 Marktbeobachtungen
- 46 Beratungen (mündlich oder schriftlich)
- 2 Widerspruchsverfahren
- 1 Meldung gemäss Schlussbestimmung

77. Im Rahmen von Widerspruchsverfahren und Meldungen gemäss Schlussbestimmungen bildet die Behandlung von vertikalen Vereinbarungen folglich eine untergeordnete Rolle. Dafür wird ungefähr die Hälfte aller Geschäfte in Form von Beratungen abgehandelt. Diese basieren auf mündlichen oder schriftlichen Informationen von Unternehmen an die Wettbewerbsbehörden. Dabei handelt es sich teilweise um Verständnisfragen zu den gesetzlichen Bestimmungen und der Vertikalbekanntmachung sowie der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel. Teilweise erfolgen Beratungen in relativ kurzen, mündlichen oder schriftlichen Rückmeldungen an die Unternehmen.

78. Während die Beratung in der Regel gegenüber einer Partei erfolgt und wenig umfassend ist, wird im Rahmen einer Marktbeobachtung in der Regel mehr als eine Partei angehört und die Abklärungen erfolgen breiter als in einer Beratung. In rund 21 % aller Fälle erfolgt die Beurteilung der vertikalen Restriktionen im Rahmen von Marktbeobachtungen. Die Marktbeobachtungen ist ein rein „informelles Verfahren“.⁹⁰

79. Rund 22 % aller Geschäfte bilden Vorabklärungen.⁹¹ Mit diesem Verfahren sollen die untersuchungswürdigen Fälle ausgesondert werden. In Vorabklärungen wird in der Regel mehr Aufwand als im Rahmen von Marktbeobachtungen betrieben. Drei aller Geschäfte mündeten in Untersuchungen. Deren Ausgang ist derzeit offen.

⁸⁹ Vgl. Rz. 60.

⁹⁰ Gemäss Art. 45 Abs. 1 KG beobachten die Wettbewerbsbehörden laufend die Wettbewerbsverhältnisse.

⁹¹ Unter dem Begriff „Vorabklärung“ versteht das Kartellgesetz das vom Sekretariat der WEKO durchzuführende Verfahren zur Abklärung, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG vorliegen. Unter dem Begriff „Untersuchung“ versteht das Kartellgesetz das förmliche Verfahren vor der Kommission zur Beurteilung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 oder 7 KG sowie den allenfalls zu ergreifenden Massnahmen.

80. Die 91 Geschäfte lassen sich den obgenannten Kategorien von vertikalen Restriktionen wie folgt zuordnen:

- Preisbindungen in 45 %.
- Gebietsbeschränkungen in 43 %.
- Vertriebssysteme in 8 %.
- Andere vertikale Restriktionen in 4 %.

81. Damit zeigt sich, dass Gebietsbeschränkungen und Preisbindungen in nahezu 90 % aller Geschäfte Gegenstand der von den Wettbewerbsbehörden behandelten vertikalen Restriktionen bilden. Dies ist nicht weiter erstaunlich, da sie den zentralen Bestandteil von Art. 5 Abs. 4 KG bilden und direkt sanktionierbar sind. Eine untergeordnete Rolle spielen andere vertikale Restriktionen, namentlich jene bezüglich Vertriebssysteme. Die Verbreitung der Preisbindungen und Gebietsbeschränkungen erstreckt sich in etwa im gleichen Masse über sämtliche Verfahrensarten (Untersuchungen, Vorabklärungen, Marktbeobachtungen, Beratungen).

82. Die 91 Geschäfte wurden wie folgt beurteilt:

- Nach Abschluss der Geschäfte wurden die zu beurteilenden Verhaltensweisen von Unternehmen in 88 Geschäften zulässig oder es bestanden keine Indizien für ein unzulässiges Verhalten. Vor Abschluss der Verfahren waren fünf Geschäfte unzulässig (zumindest bestanden Indizien dafür) sowie fünf Geschäfte möglicherweise unzulässig.
- In drei Geschäften ist der Ausgang offen (es handelt es sich um die oben erwähnten Untersuchungen). Sie sind noch nicht abgeschlossen.

83. Die **meisten vertikalen Restriktionen**, die an die Wettbewerbsbehörden herangetragen wurden, erweisen sich als **zulässig** (oder Indizien für unzulässige Verhaltensweisen fehlten). Hauptgrund dafür ist (in nahezu 70 % aller Geschäfte), dass sich die Verhaltensweisen nicht erheblich auswirkten (und soweit der Vermutungstatbestand zum Tragen kam, die Vermutung umgestossen wurde).⁹²

84. Ein anderer Grund dafür, dass Verhaltenweisen als zulässig gewertet wurden (oder Indizien für ein unzulässiges Verhalten fehlten), lag in der Verhaltensanpassung der Parteien, nachdem sie in Kontakt mit den Wettbewerbsbehörden getreten waren. So kam es in zehn Geschäften zu einer informellen Verhaltensanpassung der Parteien und in sechs Geschäften zu einer formellen Verhaltensanpassung. Die Verhaltensanpassungen waren meist Folge davon, dass die Wettbewerbsbehörden das Verhalten als unzulässig oder als möglicherweise unzulässig erachteten. In einigen wenigen Geschäften kam es auch zu Verhaltensanpassungen, obwohl die Wettbewerbsbehörden das Verhalten nicht als unzulässig oder möglicherweise unzulässig einstufen. Die betroffenen Unternehmen änderten ihr Verhalten in diesen Fällen somit präventiv, um nicht allenfalls in Konflikt mit dem Kartellgesetz zu geraten. Die Verhaltensanpassungen erfolgten in etwa gleichem Masse im Rahmen von Vorabklärungen, Marktbeobachtungen und Beratungen.

85. Zusammenfassend haben die Wettbewerbsbehörden zwar keine Leitentscheide in Form von Abschlüssen von Untersuchungen gefällt, jedoch eine Vielzahl von Geschäften geführt, darunter auch eine Reihe von Vorabklärungen. In den behandelten Geschäften bildeten vor allem Gebietsbeschränkungen und Preisbindungen Gegenstand der Ermittlungen.

⁹² Mit Inkrafttreten der Vertikalbekanntmachung am 1. Januar 2008 führen die in Ziffer 10 a) und b) genannten vertikalen Wettbewerbsabreden zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG, auch wenn die Vermutung widerlegt wird (vgl. Rz. 69 f.). Diesfalls sind die Effizienzgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG automatisch zu prüfen. In den 16 Fällen, die nach dem 1. Januar 2008 behandelt wurden und die Effizienzprüfung automatisch stattzufinden hatte, erfolgte diese Prüfung implizit.

Die meisten vertikalen Restriktionen, die an die Wettbewerbsbehörden herangetragen wurden, erwiesen sich als zulässig (oder Indizien für ein unzulässiges Verhalten fehlten) dergestalt, dass sich die Verhaltensweisen nicht erheblich auswirkten. In ca. 10 % aller Geschäfte wurden unzulässige oder möglicherweise unzulässige vertikale Restriktionen verhindert bzw. aufgelöst.⁹³

C.3 Internationaler Vergleich

86. Im Rahmen eines internationalen Rechtsvergleichs nahm C. Baudenbacher⁹⁴ unter anderem einen internationalen Vergleich der kartellrechtlichen Behandlung von Vertikalbeschränkungen vor. Dieser Vergleich der Schweiz bezieht sich auf die Europäische Union (EU), die USA, Deutschland, die Niederlande, das Vereinigte Königreich (UK) und Schweden.

87. Der Kartellgesetzgeber von 1995 und 2003 hat das schweizerische materielle Kartellrecht durch die Übernahme gemeinschaftsrechtlicher Schlüsselbegriffe und Schlüsselkonzepte nahezu auf europäischen Standard gebracht. Die Rechtslage im Bereich der Vertikalbeschränkungen ähnelt der des Gemeinschaftsrechts. Allerdings weicht das schweizerische Recht ein Stück weit vom europäischen und internationalen Trend ab, der durch eine Tendenz in Richtung Flexibilisierung und Einzelfallbetrachtung aufgrund der konkreten Marktverhältnisse gekennzeichnet ist. Mit Art. 5 Abs. 4 KG ist die Zweistufigkeit der Widerlegungs- und Rechtfertigungsmechanik auf bestimmte vertikale Restriktionen übertragen worden.

88. Aufgrund der Entscheidung des Gesetzgebers aus dem Jahre 2003 soll der Intra-Brand-Wettbewerb besonders geschützt werden. Allerdings ist das Thema der vertikalen Restriktionen von den Befürwortern/innen einer strikten, am unbedingten Schutz des Intra-Brand-Wettbewerbs ausgerichteten, Lösung im internationalen Vergleich zu hochstilisiert.

89. Mit der Vertikalbekanntmachung werden zudem Kategorien vertikaler Abreden, die nach ökonomischen Erkenntnissen und europäischer und amerikanischer Praxis als ambivalent gelten, hierzulande einer doppelten, mit einem Vermutungstatbestand belasteten Prüfung, unterzogen. Mit der Formulierung in Ziff. 10 Abs. 2 der Vertikalbekanntmachung, die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs könne nicht durch den blossen Nachweis von Inter-Brand-Wettbewerb widerlegt werden, wurde eine zusätzliche Wertung festgeschrieben, die dem Inter-Brand-Wettbewerb im Prüfungsprozess nicht die Rolle zuweist, die er in den verglichenen Rechtsordnungen hat.

90. Der internationale Rechtsvergleich hat ergeben, dass international eine allgemeine Tendenz in Richtung Flexibilisierung und Einzelfallbetrachtung von vertikalen Restriktionen aufgrund der konkreten Marktverhältnisse besteht. Die Erkenntnis, dass keine allgemein gültigen Aussagen über die Auswirkungen gewisser Kategorien vertikaler Vereinbarungen auf den Wettbewerb getroffen werden können, setzt sich international zunehmend durch. Im Gemeinschaftsrecht der EU findet bei der Beurteilung vertikaler Beschränkungen eine sukzessive Lockerung statt. Mittlerweile ist nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) eine wirkungsorientierte Einzelfallanalyse massgeblich. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtes erster Instanz (EuG) hat sogar zu einer Aufweichung des absoluten Schutzes des Parallelhandels geführt. Gleiches gilt mutatis mutandis in den verschiedenen Jurisdiktionen der EU-Mitgliedstaaten und in der USA.

91. Aus dem internationalen Vergleich ergibt sich dementsprechend, dass bei der Beurteilung von Vertikalbeschränkungen eine Art rule of reason, ein flexibler Test, angemessen wä-

⁹³ Bezüglich präventiver Wirkung siehe Rz. 120.

⁹⁴ CARL BAUDENBACHER, Gutachten zur Evaluation bestimmter Aspekte des schweizerischen Kartellgesetzes: Institutionelles Setting – Vertikalbeschränkungen – Individualsanktionen – Private Enforcement, St. Gallen, 2008; zu Projekt P9 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG (siehe Anhänge zum Synthesebericht).

re. Das hängt mit der Ambivalenz der vertikalen Restriktionen zusammen. Mit Blick auf den „more economic approach“, der das Gemeinschaftsrecht gerade im Bereich der Vertikalbeschränkungen prägt, sollte damit der Vermutungstatbestand des Art. 5 Abs. 4 KG nicht durch zu starre Regeln in der Vertikalbekanntmachung in Stein gemeißelt werden. Sogar die dissentierende Minderheit im Leegin-Urteil des U.S. Supreme Court, die bei der Per-se-Rule bleiben wollte, betonte diese Einzelfallbezogenheit. Die Feststellung des U.S. Supreme Court und des EuGH, dass im Lichte der konkreten Marktverhältnisse zu entscheiden ist, ist fraglos auf das schweizerische Recht transplantierbar. Aufgrund von Ziff. 10 Abs. 2 der Vertikalbekanntmachung besteht vor diesem Hintergrund die Gefahr, dass die schweizerische Wettbewerbspolitik im Bereich der Vertikalbeschränkungen der Komplexität des Marktgeschehens nicht gerecht wird. Aus rechtsvergleichender Sicht muss es in bestimmten Fällen möglich sein, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch den Nachweis des Bestehens von Interbrand-Wettbewerb widerlegen zu können.

92. Das schweizerische Recht weicht damit bereits wegen der Gesetzesbestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG vom europäischen und internationalen Trend ab. Die WEKO hat überdies in ihrer Vertikalbekanntmachung festgelegt, dass die Widerlegung nicht durch den Nachweis blossen Interbrand-Wettbewerbs möglich ist. Gerade hierbei liegt eine relevante Abweichung des Schweizer Kartellrechts von internationalen Entwicklungen.

C.4 Ökonomische Grundhaltung (Theorie und Empirie)

93. Vertikale Restriktionen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen bzw. Vertragsbedingungen, die von Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Marktstufen ausgehandelt werden. Vertikale Restriktionen treten vor allem in der Beziehungen zwischen Herstellern und Händlern auf und können nicht nur Modalitäten beinhalten, welche Preiselemente betreffen (z. B. Mengen- und Treuerabatte, Regalgebühren etc.), sondern auch solche, welche die Entscheidungsfreiheit einer Partei beschränken (z. B. Preisbindungen zweiter Hand, Mengenfixierung, Koppelungspraktiken etc.) oder den Wettbewerb bis zu einem gewissen Grad beschränken (z. B. exklusiver Bezug von Waren und Dienstleistungen, exklusiver Vertrieb in einem Gebiet, Franchising etc.).⁹⁵

94. Die Motivation für solche vertikalen Restriktionen und ihre Auswirkungen auf die Wohlfahrt werden, wie oben erwähnt, kontrovers diskutiert: Einerseits wird die Meinung vertreten, dass sich vertikale Restriktionen grundsätzlich von horizontalen Abreden unterscheiden und die Effizienz der vertikalen Struktur in der Regel zum Vorteil der Volkswirtschaft erhöhen. Andererseits wird von manchen Experten die Ansicht vertreten, dass die meisten Vereinbarungen, welche den Wettbewerb zwischen Händlern beschränken – was bei vertikalen Restriktionen oft der Fall ist –, volkswirtschaftlich schädlich seien und deshalb verboten werden sollten. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen die ökonomische Grundhaltung, basierend auf der Rechtsanwendung in den USA, der EU und der Schweiz, der Theorie sowie auf der empirischen Evidenz zu den Auswirkungen von vertikalen Restriktionen, auf.

C.4.1 Verbreitete vertikale Restriktionen

95. Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen soll vorab eine tabellarische Übersicht über die wichtigsten vertikalen Restriktionen gegeben werden (vgl. Tabelle 1). Dabei wird oftmals zwischen preisbezogenen und nicht preisbezogenen vertikalen Restriktionen unterschieden. Aus ökonomischer Sicht ist diese Unterscheidung jedoch von untergeordneter Relevanz, da vertikale Restriktionen in der Regel substituierbar sind. Dies trifft

⁹⁵ Im Folgenden wird durchwegs von „Herstellern“ und „Händlern“ gesprochen. In der Realität bestehen komplexere Strukturen, die allenfalls mehrere Zwischenstufen beinhalten. Die nachfolgenden Ausführungen gelten sinngemäss auch für komplexere Strukturen.

im Allgemeinen und insbesondere auch auf preisbezogene und nicht preisbezogene vertikale Restriktionen zu.

Tabelle 1: Definition der wichtigsten vertikalen Restriktionen

Vertikale Restriktion	Definition
Preisbindung zweiter Hand	Der Hersteller schreibt dem Händler den minimalen oder einen fixen Endverkaufspreis vor.
Festlegung von Maximalpreisen	Der Hersteller schreibt dem Händler einen maximalen Endverkaufspreis vor.
Preisempfehlungen	Der Hersteller macht keine verbindlichen Vorgaben bez. des Endverkaufspreises, gibt aber eine Preisempfehlung zuhanden des Händlers ab.
Exklusiver Vertrieb in einem Gebiet	Der Hersteller bestimmt das geografische Gebiet, in welchem ein Händler tätig sein darf.
Exklusiver Vertrieb bez. bestimmter Kundengruppen	Der Hersteller auferlegt dem Händler Restriktionen bez. der Kundengruppe, denen das Produkt verkauft werden darf.
Exklusiver Bezug von Produkten	Der Händler erklärt sich bereit, keine Produkte von anderen Händlern zu beziehen.
Franchisesystem	Absatzsystem rechtlich und wirtschaftlich unabhängiger Unternehmen, die einen einheitlichen Marktauftritt pflegen.
Mindestbezugmengen	Der Hersteller bezeichnet eine Mindestmenge, die der Händler bei ihm beziehen muss.
Regalgebühren	Der Hersteller entrichtet dem Händler eine Gebühr für die Benützung der Verkaufsregale.
Zweistufige Tarife	Der Händler entrichtet dem Hersteller neben dem Stückpreis eine Grundgebühr (Franchise-Gebühr).
Mengenrabatte	Der Hersteller gewährt Händlern, die eine grössere Menge des Produktes abnehmen, bessere Konditionen.
Treuerabatte	Der Hersteller vereinbart mit dem Händler im Voraus, dass dieser dafür belohnt wird, wenn er einen bestimmten Anteil seines Bedarfs beim Hersteller deckt.
Koppelungspraktiken	Der Hersteller verkauft dem Händler ein Produkt nur unter der Bedingung, dass dieser dem Hersteller ebenfalls ein anderes Produkt oder eine ganze Produktpalette abkauft.

Quelle: Vertikale Restriktionen aus ökonomischer Sicht, internes Diskussionspapier des Sekretariats der WEKO (2005)

96. Die Aufzählung in Tabelle 1 ist nicht abschliessend; vertikale Restriktionen können in einer Vielzahl weiterer Varianten auftreten. So kann sich beispielsweise der Hersteller verpflichten, eine gewisse Minimalqualität bereitzustellen, Werbung zu tätigen oder technischen Support zu liefern. Auch der Händler kann sich z. B. verpflichten, bestimmte Promotionsanstrengungen zu unternehmen oder einen gewissen Kundenservice anzubieten.⁹⁶

⁹⁶ Die extremste Form einer vertikalen Restriktion stellt die vertikale Integration dar. Die vertikale Integration wird jedoch im Wettbewerbsrecht im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle behandelt und sollen deshalb in diesem Bericht nicht speziell thematisiert werden. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass eine wettbewerbsrechtlich unterschiedliche Behandlung von vertikalen Restriktionen und vertikalen Fusionen weitgehende Auswirkungen auf die Organisationsstruktur von vertikalen Produktionsketten haben kann.

C.4.2 Wettbewerbsrechtliche Praxis

97. Im Folgenden soll kurz auf die wettbewerbsrechtliche Praxis im Umgang mit vertikalen Restriktionen in den USA, der EU und der Schweiz eingegangen werden.⁹⁷ Dabei wird insbesondere die ökonomische Grundhaltung dargestellt und der Frage nachgegangen, ob gegenüber vertikalen Restriktionen eher eine restriktive oder eine permissive Politik verfolgt wird.⁹⁸

a) USA

98. Die Entscheidungspraxis im Zusammenhang mit vertikalen Restriktionen geht in den USA fast 100 Jahre zurück. So entschied der Supreme Court bereits 1911 im Fall *Dr. Miles*, dass Preisbindungen zweiter Hand *per se* illegal seien.⁹⁹ Obwohl damit in den USA in der Beurteilung von vertikalen Restriktionen eine lange Vergangenheit besteht, ist die Praxis über die Zeit inkonsistent und von vielen abrupten Dogmenwechseln geprägt. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurden vertikale Restriktionen – mit Ausnahme von Preisbindungen zweiter Hand – normalerweise fallspezifisch beurteilt (so genannte *rule of reason approach*). Eine scharfe Praxisänderung erfolgte 1967, als alle vertikalen Restriktionen für *per se* illegal erklärt wurden. Insbesondere die Kritik der so genannten Chicago Schule an dieser restriktiven Haltung führte zu Beginn der Reagan Administration zu einem weiteren Dogmenwechsel. Es wurde anerkannt, dass vertikale Restriktionen effizienzfördernde Wirkungen zeitigen können, was dazu führte, dass daraufhin alle nicht preisbezogenen vertikalen Restriktionen als grundsätzlich zulässig betrachtet wurden. Der anschließende Administrationswechsel bewirkte in der Folge eine teilweise Abkehr von dieser permissiven Politik der Wettbewerbsbehörden. Vertikale Restriktionen werden seither wieder vermehrt einzelfallweise auf ihre volkswirtschaftliche Schädlichkeit geprüft. Vor den Gerichten war allerdings eine kontinuierliche Lockerung der Behandlung vertikaler Abreden zu beobachten. Als neuste Entwicklung im Bereich der vertikalen Restriktionen kann der Entscheid des Supreme Court im Fall *Leegin* (2007)¹⁰⁰ bezeichnet werden. Das Supreme Court hob mit diesem Urteil das fast 100-jährige *Per-se-Verbot* von Preisbindungen zweiter Hand auf. Auch wenn das Urteil unterschiedlich interpretiert wird, bleibt festzuhalten, dass damit auch der letzte verbreitete Typus von Vertikalabreden nur noch einzelfallweise überprüft wird und nicht mehr grundsätzlich *per se* untersagt ist.

b) Europäische Union (EU)

99. Der Umgang mit vertikalen Restriktionen in der EU ist vor allem vom Gedanken der Marktintegration geprägt. Dies zeigt sich insbesondere in der relativ restriktiven Haltung gegenüber vertikalen Restriktionen, die auf die Abschottung von nationalen Märkten abzielen und Parallelimporte verhindern. Preisbindungen zweiter Hand sind in der EU bis heute *per se* illegal. Gegenüber anderen vertikalen Restriktionen kann die Haltung der EU als eher permissiv bezeichnet werden.

100. Ursprünglich bestand in der EU eine Freistellungsregelung: Vertikale Restriktionen mussten gemeldet werden, um von einer allfälligen Freistellung zu profitieren. Die grosse Anzahl von Meldungen führte jedoch zu unübersehbaren Ineffizienzen im System. Die Kommission reagierte darauf, indem sie eine Gruppenfreistellungsverordnung erliess und damit gewisse Formen von vertikalen Restriktionen (z. B. Franchisesysteme) generell freistellte.

⁹⁷ Eingehender dazu die Teilstudie von Carl Baudenbacher (vgl. Rz. 86).

⁹⁸ Zu der ökonomischen Grundhaltung in den USA und der EU vgl. z. B. PATRICK REY/THIBAUD VERGÉ, „Economics of Vertical Restraints“, in: P. Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge, Massachusetts 2008), S. 353–390.

⁹⁹ Vgl. *Dr. Miles v. John Park & Sons Co.*, 220 US 373 (1911).

¹⁰⁰ Vgl. *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, No. 06-480 (2007).

Diese Gruppenfreistellungsverordnung wurde massiv kritisiert, da sie sehr unflexibel war und den ökonomischen Auswirkungen von vertikalen Restriktionen und ihrer Substituierbarkeit kaum Rechnung trug. In der Folge wurde 1999 eine neue Gruppenfreistellungsverordnung erlassen, 2000 die *Leitlinien für vertikale Beschränkungen* publiziert und 2004 die Meldepflicht von vertikalen Restriktionen abgeschafft. Der Regimewechsel zu einer ökonomischeren Beurteilung von vertikalen Restriktionen zeigt sich insbesondere auch in den *Leitlinien für vertikale Beschränkungen*:¹⁰¹

Bei den meisten vertikalen Beschränkungen ergeben sich Probleme für den Wettbewerb nur bei unzureichendem Markenwettbewerb, d. h., wenn beim Lieferanten oder beim Käufer oder bei beiden eine gewisse Marktmacht vorhanden ist. In diesem Fall gewinnt der Schutz des Markenwettbewerbs („inter-brand competition“) und des markeninternen Wettbewerbs („intra-brand competition“) an Bedeutung.

101. Gleichwohl existiert bis heute in der EU eine so genannte „Black List“ mit (u. a. den in Rz. 99 erwähnten) vertikalen Restriktionen, welche *per se* verboten sind.

c) Schweiz

102. In der Schweiz sind vertikale Restriktionen vor allem im Zusammenhang mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahre 2003 zu einem vieldiskutierten Thema geworden. Bis zu diesem Zeitpunkt galt in der Schweiz in dem Sinne ein relativ permissives Regime, als vertikale Restriktionen nicht unter den Vermutungstatbestand fielen und somit fallspezifisch beurteilt wurden. Dieses Regime änderte sich mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG und dem Erlass der Vertikalbekanntmachung durch die WEKO. Wie in den Abschnitten C.1 und C.3 dargelegt, kann von einer Verschärfung der Haltung gegenüber vertikalen Restriktionen gesprochen werden.

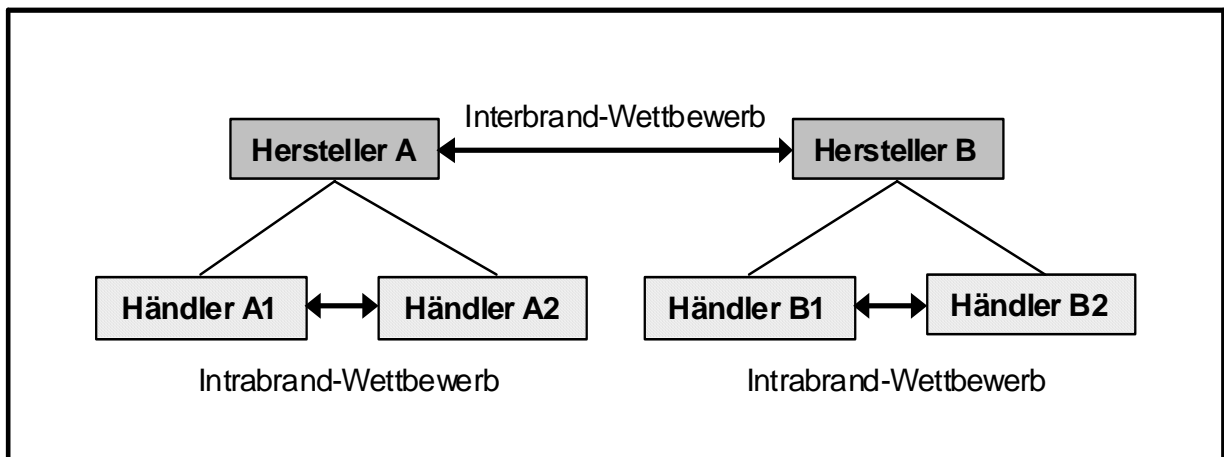
C.4.3 Ökonomische Theorie vertikaler Restriktionen

103. Bei der ökonomischen Analyse von vertikalen Restriktionen wird oftmals unterschieden zwischen den Auswirkungen auf den *Intrabrand-* und den *Interbrand-Wettbewerb*. Intrabrand-Wettbewerb bezeichnet den Wettbewerb innerhalb einer Marke („Brand“), d. h. den Wettbewerb zwischen Händlern, welche die Produkte derselben Marke verkaufen.¹⁰² Demgegenüber wird unter Interbrand-Wettbewerb der Wettbewerb zwischen Herstellern verschiedener Produktmarken verstanden. Abbildung 1 verdeutlicht diesen Unterschied schematisch.

¹⁰¹ URL: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y1013\(01\)%20:DE: NOT \[25.08.08\]](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y1013(01)%20:DE: NOT [25.08.08]).

¹⁰² Für eine vertiefte Darstellung der ökonomischen Theorie vertikaler Restriktionen, vgl. z. B. MASSIMO MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice* (Cambridge UK: Cambridge University Press 2004), 302–410, oder REY/VERGÉ (Fn. 98).

Abbildung 1: Intra- und Interbrand-Wettbewerb



Quelle: Eigene Abbildung

104. Die ökonomischen Motive für vertikale Restriktionen, welche sich auf den Intra-Brand-Wettbewerb auswirken, liegen oftmals in der Internalisierung von externen Effekten, die auf verschiedenen Stufen des vertikalen Prozesses auftreten können. Typischerweise profitieren die Konsumenten von der Internalisierung der externen Effekte (z. B. in Form von tieferen Preisen, besserer Qualität der Produkte, Servicedienstleistungen etc.). Mit anderen Worten sind solche vertikalen Restriktionen gesamtwirtschaftlich effizient. Unter gewissen Umständen können vertikale Restriktionen jedoch auch dazu führen, dass zwar die Koordination der vertikalen Produktionskette verbessert wird, gleichzeitig aber die Konsumentenwohl-fahrt beeinträchtigt wird.

105. Das klassische Beispiel für eine Externalität zwischen vertikal separierten Unternehmen ist das Problem der doppelten Marginalisierung: Sowohl der Hersteller als auch der Händler verfügen über Marktmacht – im Extremfall über eine Monopolstellung. Falls sich die separierten Unternehmen unabhängig in ihrer Preissetzung verhalten, bezahlt der Konsument sowohl die Monopolrente des Herstellers als auch diejenige des Händlers. Diese doppelte Marginalisierung führt folglich zu „überhöhten“ Preisen, was sich negativ auf die Absatzmenge des Herstellers (und somit auf seine Profite) sowie auf die Konsumentenwohl-fahrt auswirkt. Das Problem kann mittels vertikaler Restriktionen gelöst werden. Eine einfache Lösung besteht z. B. darin, dass der Hersteller dem Händler den Endverkaufspreis vorschreibt und somit verhindert, dass der Endverkaufspreis eine Monopolrente beinhaltet. Weitere Koordinationsprobleme, welche mit vertikalen Restriktionen gelöst werden können, sind unter anderem Trittbrettfahrerprobleme auf Stufe der Händler, Hold-up Probleme (Schutz von vertragsspezifischen Investitionen), Fragen betreffend die optimale Händlerdichte etc.

106. Im Falle, dass ein Hersteller mittels vertikale Restriktionen in die Produktionskette eingreift, kann dies auch Auswirkungen auf den Interbrand-Wettbewerb und allenfalls auf den Intra-Brand-Wettbewerb der Konkurrenzprodukte haben. Eine vertikale Restriktion, welche in erster Linie die Produktionskette effizienter gestaltet, führt in der Regel zu einer besseren Marktpositionierung des entsprechenden Produktes gegenüber den Konkurrenzprodukten, was sich wettbewerbsfördernd auf den Interbrand-Wettbewerb auswirkt. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass eine vertikale Restriktion nicht zur Effizienzsteigerung in der Produktionskette gewählt wird, sondern um den Interband-Wettbewerb zu reduzieren, was sich nachteilig auf die Konsumentenwohl-fahrt auswirkt. So wird beispielsweise befürchtet, dass Preisbindungen zweiter Hand dazu missbraucht werden könnten, um Herstellerkartelle zu stabilisieren, da abweichendes Verhalten von Kartellmitgliedern leichter entdeckt und sanktioniert werden kann. Weiter können vertikale Restriktionen von marktmächtigen Herstellern möglicherweise auch zur Abschottung des Marktes (so genannte „Foreclosure“ und „Raising Rival's Costs“) verwendet werden.

107. Aus der ökonomischen Theorie können die folgenden Lehren betreffend vertikale Restriktionen gezogen werden:

- Einfache Regeln, ob eine bestimmte vertikale Restriktion pro- oder anti-kompetitiv wirkt gibt es nicht. Entscheidend ist, in welchem Kontext und zu welchem Zweck sie angewendet wird. Diese Aussage gilt für jede Art vertikaler Restriktion, ob preisbezogen oder nicht preisbezogen. Aus ökonomischer Sicht gibt es deshalb keinen Grund, verschiedene Arten von vertikalen Restriktion wettbewerbsrechtlich unterschiedlich zu beurteilen bzw. zu behandeln. Mit anderen Worten kann eine selektiv restriktivere Haltung gegenüber gewissen vertikalen Restriktionen (z. B. ein Per-se-Verbot von Preisbindungen zweiter Hand) ökonomisch nicht gerechtfertigt werden. Ob sich eine vertikale Restriktion anti- oder pro-kompetitiv auswirkt, ist immer im Einzelfall zu prüfen.
- Vertikale Restriktionen sind im Allgemeinen ein effizientes Instrument zur Lösung von Koordinationsproblemen innerhalb vertikaler Produktionsketten (Internalisierung externer Effekte) und wirken sich in der Regel wohlfahrtssteigernd aus. Negative Auswirkungen von vertikalen Restriktionen können allenfalls dann auftreten, wenn der Interbrand-Wettbewerb schwach ausgeprägt ist. Als Daumenregel kann festgehalten werden, dass vertikale Restriktionen nur anti-kompetitive Auswirkungen zeitigen können, falls Unternehmen mit Marktmacht involviert sind. Sofern aufgrund der Marktstruktur (Konzentrationslevel, Markteintrittsbedingungen, Marktdynamik etc.) ein funktionierender Interbrand-Wettbewerb besteht, ist es sehr unwahrscheinlich, dass vertikale Restriktionen schädliche Auswirkungen zeitigen. Das heisst auch, dass eine vertikale Restriktion, je nach der konkreten Marktstruktur und der vorhandenen Marktmacht von Unternehmen, eine unterschiedliche Wirkung haben kann.
- Je intensiver der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass vertikale Restriktionen effizient und wohlfahrtssteigernd sind. Wettbewerbsbehörden sollten sich bei der Beurteilung von vertikalen Restriktionen primär auf das Ausmass des bestehenden Interbrand-Wettbewerbs konzentrieren. Sofern Interbrand-Wettbewerb besteht, sind vertikale Restriktionen normalerweise ökonomisch unproblematisch. Dies gilt auch für den Fall, dass eine vertikale Restriktion den Intrabrand-Wettbewerb eliminiert.

C.4.4 Empirische Evidenz

108. Die derzeitige empirische Literatur zu den Auswirkungen von vertikalen Restriktionen ist, im Vergleich zu den theoretischen Beiträgen, relativ beschränkt. LAFONTAINE und SLADE (2008) geben im aktuellen „*Handbook of Antitrust Economics*“ einen Überblick über die Resultate von 23 empirischen Studien, welche Preis- und Wohlfahrtseffekte von verschiedenen Typen vertikaler Restriktionen abschätzen.¹⁰³ Tabelle 2 enthält verschiedene Informationen zu diesen 23 Studien (verwendete empirische Methode, Autoren/innen, Erscheinungsjahr, betroffene Industrie und Art der vertikalen Restriktion).

¹⁰³ FRANCINE LAFONTAINE/MARGARET SLADE, „Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy.“, in: P. Buccirossi (Hrsg.), *Handbook of Antitrust Economics* (MIT Press, Cambridge, Massachusetts 2008), S. 391–414.

Tabelle 2: Empirische Studien zu vertikalen Restriktionen

Analyseart	Autor/en	Jahr	Industrie	vertikale Restriktion	
Beschreibend	Jordan und Jaffee	1987	Bier (Distribution)	exklusive Gebiete	
	Hanssen	2000	Film (Distribution)	Block booking	
Querschnitt	Smith II	1982	Auto (Distribution)	verschiedene	
	Hass-Wilson	1987	Kontaktlinsen	Koppelung	
	Brickley, Dark und Weisbach	1991	verschiedene	Auflösungsrestriktion	
	Azoulay und Shane	2001	verschiedene	exklusive Gebiete	
	Blass und Carlton	2001	Benzin (Detailhandel)	Divorcement (I)	
	Sass	2004	Bier (Distribution)	Exklusivhandel	
	Sass und Saurman	1996	Bier (Distribution)	exklusive Gebiete	
Panel	Ornstein und Hanssens	1987	Spirituosen	Preisbindung	
	Culbertson und Bradford	1991	Bier (Distribution)	exklusive Gebiete	
	Sass und Saurman	1993	Bier (Distribution)	exklusive Gebiete	
	Slade	2000	Bier (Distribution)	Exklusivhandel	
	Vita	2000	Benzin (Detailhandel)	Divorcement (I)	
	Barron, Taylor und Umbeck	2004	Benzin (Detailhandel)	Beschaffungsrest.	
	Natürliche Experimente	Barron und Umbeck	1984	Benzin (Detailhandel)	Divorcement (I)
		Ippolito und Overstreet	1996	Glaswaren	Preisbindung
		Slade	1998	Bier (Detailhandel)	Divorcement (II)
	Event-Studien	Gilligan	1986	verschiedene	Preisbindung
Brickley, Dark und Weisbach		1991	verschiedene	Auflösungsrestriktion	
Ippolito und Overstreet		1996	Glaswaren	Preisbindung	
Strukturell	Asker	2004	Bier (Distribution)	Exklusivhandel	
	Brenkers und Verboven	2006	Auto (Distribution)	exklusive Gebiete	

Quelle: Lafontaine und Slade (2008)

Erläuterungen: „Block booking“ bezeichnet eine Form der Koppelung. „Divorcement (I)“ bezeichnet eine Situation, in welcher der Hersteller keine Detailhandelsunternehmen betreiben darf. „Divorcement (II)“ bezeichnet eine Situation, in welcher der Hersteller keine Detailhandelsunternehmen besitzen darf.

109. Die Resultate der empirischen Studien sind weitgehend konsistent: Sofern vertikale Restriktionen von Herstellern freiwillig gewählt wurden (nicht staatlich festgelegt), wirkte sich dies nicht nur zu ihren Gunsten aus, sondern resultierte in der Regel auch in einer höheren Konsumentenwohlfahrt.¹⁰⁴ Tabelle 3 gibt einen Überblick über die Wohlfahrtseffekte von vertikalen Restriktionen, welche von Herstellern freiwillig gewählt wurden.

¹⁰⁴ Übereinstimmende Resultate finden auch: JAMES C. COOPER/LUKE M. FROEB/DAN O'BRIEN/MICHAEL G. VITA, „Vertical antitrust policy as a problem of inference.“ In: International Journal of Industrial Organization, 23, 2005, S. 639–664.

Tabelle 3: Wohlfahrtseffekte von freiwillig gewählten vertikalen Restriktionen

Autor/en	Jahr	Industrie	Variable (Y)	Effekt (Y)	Effekt (W)
<i>Exklusivhandel</i>					
Slade	2000	Bier (Detailhandel)	Preis	+	-
Asker	2004	Bier (Distribution)	Kosten	-	+
Sass	2004	Bier (Distribution)	Preis Konsum	+	+
<i>Exklusive Gebiete</i>					
Jordan und Jaffee	1987	Bier (Distribution)	Preis	+	-
Sass und Saurman	1993	Bier (Distribution)	Preis Konsum	+	+
Sass und Saurman	1996	Bier (Distribution)	Konsum	+	+
Azoulay und Shane	2001	verschiedene	Survival	+	+
Brenkers und Verboven	2006	Auto (Distribution)	Preis	+	-
<i>Koppelung</i>					
Hanssen	2000	Film (Distribution)	Konsum	+	+
<i>Preisbindung zweiter Hand</i>					
Gilligan	1986	verschiedene	Aktienkurse	gemischt	unklar
Ippolito und Overstreet	1996	Glaswaren	Konsum Aktienkurse	+	+
<i>Beschaffungsrestriktionen</i>					
Barron, Taylor und Umbeck	2004	Benzin	Preis	-	+

Quelle: Lafontaine und Slade (2008)

Bemerkung: „Survival“ bezeichnet die Überlebenswahrscheinlichkeit der Unternehmen in einem bestimmten Markt.

110. Die letzten drei Spalten in Tabelle 3 beinhalten die untersuchten Variablen (Variabel Y), die Richtung des geschätzten Effektes der vertikalen Restriktion auf die untersuchten Variablen (Effekt Y) und die Schlussfolgerungen der Studien bezüglich der Wirkungen der vertikalen Restriktion auf die Konsumentenwohlfahrt (Effekt W). Aus Tabelle 3 ist ersichtlich, dass in allen ausser drei der Studien die freiwillig gewählte vertikale Restriktionen zu einer Erhöhung der Konsumentenwohlfahrt führte. Es zeigt sich auch, dass vertikale Restriktionen durchaus mit Preiserhöhungen einhergehen können. Sofern jedoch die Preiserhöhungen mit einer Erhöhung des Konsums einhergeht – z. B. aufgrund einer besseren Qualität der Produkte oder einer Verbesserung des Serviceniveaus –, kann der Effekt auf die Konsumentenwohlfahrt als positiv gewertet werden. Bei den drei Studien, welche die Auswirkung der vertikalen Restriktion auf die Konsumentenwohlfahrt negativ einschätzen, wurden nur die Preiseffekte evaluiert. Wie eben ausgeführt, sind aber höhere Preise nicht *per se* schlecht, falls sie z. B. mit einer Verbesserung der Qualität der Produkte einhergehen. Wird nämlich der Preiseffekt aus diesem Grund ausgeblendet, implizieren die Resultate in Tabelle 3, dass freiwillig gewählte vertikale Restriktionen tiefere Kosten, grösseren Konsum, höhere Aktienkurse und bessere Überlebenschancen von Unternehmen bewirken. Diese Ergebnisse sind dahingehend zu kommentieren, dass die meisten der betrachteten Studien im Bereich des Detailhandels anzusiedeln sind. Gerade in diesem Sektor ist es für viele Hersteller besonders wichtig, effiziente Vertriebsstrukturen aufzubauen und den Detailhändlern die richtigen Anreize zu geben, so dass sie ihre Produkte effizient vermarkten.

111. Vertikale Restriktionen, welche den Herstellern vom Staat auferlegt werden, bewirken hingegen typischerweise negative Effekte auf die Konsumentenwohlfahrt oder verbessern diese zumindest nicht. Tabelle 4 illustriert dieses Resultat. Dieses Ergebnis überrascht nicht, ist doch zu vermuten, dass staatlich auferlegte Vertikalbindungen weniger flexibel sind, politische Interessen beinhalten können und darüber hinaus aufgrund ihrer Durchsetzbarkeit das Risiko von Parallelverhalten vergrößern.

Tabelle 4: Wohlfahrtseffekte von nicht freiwillig gewählten vertikalen Restriktionen

Autor	Jahr	Industrie	Variable (Y)	Effekt (Y)	Effekt (W)
<i>Exklusive Gebiete</i>					
Smith II	1982	Auto (Distribution)	Anzahl Händler	-	unklar
Culbertson und Bradford	1991	Bier (Distribution)	Preis	+	-
<i>Koppelung</i>					
Hass-Wilson	1987	Kontaktlinsen	Preis	+	-
<i>Preisbindung zweiter Hand</i>					
Ornstein und Hanssens	1987	Spirituosen	Preis Lizenzwert Konsum	+ + -	-
<i>Restriktionen bez. der Auflösung von Verträgen</i>					
Smith II	1982	Auto (Distribution)	Anzahl Händler	+	unklar
Brickley et al.	1991	verschiedene	Aktienkurse	-	-
<i>Händlerlizenzen</i>					
Smith II	1982	Auto (Distribution)	Preis Konsum Anzahl Händler	+ - -	-
<i>Divorcement</i>					
Barron und Umbeck	1984	Benzin	Preis Stunden	+ -	-
Slade	1998	Bier (Detailhandel)	Preis	+	-
Vita	2000	Benzin	Preis	+	-
Blass und Carlton	2001	Benzin	Kosten	+	-

Quelle: Lafontaine und Slade (2008)

112. Es kann vermutet werden, dass sich in den in Tabelle 4 betrachteten Studien vor allem Interessengruppen für staatliche vertikale Restriktionen stark gemacht haben. Die Konsequenzen sind höhere Preise, höhere Kosten, kürzere Betriebsdauer, tieferer Konsum, tiefere Aktienkurse und somit ein Wohlfahrtsverlust für die Konsumenten. Diese stellen sich unabhängig vom Typ der gewählten vertikalen Restriktion ein (preisbezogen oder nicht preisbezogen).

113. Aufgrund der derzeit vorhandenen empirischen Evidenz kann die ökonomische Sicht gestützt werden, dass vertikale Restriktionen – sofern sie von den Herstellern freiwillig gewählt wurden – in der Regel unproblematisch und sogar wohlfahrtssteigernd sind. Damit bestätigen sich die aus der ökonomischen Theorie gezogenen Lehren sowie die Schlussfolgerungen für die kartellrechtliche und wettbewerbspolitische Beurteilung von vertikalen Restriktionen (vgl. Rz. 107).

C.5 Ergebnisse aus Interviews und Umfragen

C.5.1 Interviews mit Experten/innen und Kritiker/innen

114. In einem frühen Stadium der Evaluation wurden die Meinungen von 25 Experten/innen und (interessenspolitischen) Kritiker/innen erfasst. Die Experten/innen und Kritiker/innen wurden zum Kartellgesetz, zur Arbeitsweise der Wettbewerbsbehörden (Kommission und Sekretariat), zur Qualität der Aktivitäten der Wettbewerbsbehörden wie auch zu den Wirkungen des Kartellgesetzes auf den Märkten und in der schweizerischen Volkswirtschaft befragt.¹⁰⁵ Die geäusserten Kritikpunkte und Anregungen flossen in die Forschungsprojekte der Evaluation (Ausrichtung und Auswahl) ein und gaben einen Überblick über wichtige Themenfelder. Mehrere Gesprächsteilnehmer/innen äusserten sich zu Art. 5 Abs. 4 KG.¹⁰⁶ Nachfolgend werden die wichtigsten und mehrmals vorgebrachten Voten (Stichwort: „Tenor“) zu diesem Gesetzesartikel zusammengefasst.

115. Kritisch äusserten sich mehrere Experten/innen und Kritiker/innen zum Gesetzgebungsprozess um Art. 5 Abs. 4 KG. Im Revisionsprozess seien mehr oder weniger spontane, teils unbedarft formulierte parlamentarische Anträge mit dem Zweck, der WEKO zusätzliche politische Leitplanken zu setzen, angenommen worden. Art. 5 Abs. 4 KG sei ein Beispiel eines konzeptionellen Missgriffes der Politik (mangelnde Professionalität, „Päcklipolitik“).

116. Das politische Anliegen werde zwar verstanden, fraglich sei aber, ob das Kartellgesetz das geeignete Instrument darstelle, um gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“ vorzugehen. Die WEKO solle nicht eine zweite Preisüberwachung bilden. Die WEKO habe eine wichtigere Funktion, in dem sie dem Wettbewerb als Effizienzsystem in der Volkswirtschaft zum Durchbruch zu verhelfen bzw. ihn zu schützen habe. Dabei stünden nicht nur Preise im Vordergrund. Die Ursprünge der „Hochpreisinsel Schweiz“ lägen in anderen ökonomischen und politischen Faktoren begründet. Allem voran bilde die Öffnung der Märkte einen Garanten im Kampf gegen hohe Preise.

117. Gemäss einem Teil der Experten/innen stehe die Bestimmung im Gegensatz zu wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen. Die Literatur zeige, dass vertikale Vereinbarungen – im Gegensatz zu horizontalen Abreden – kaum „Hard-core“-Abreden darstellen würden. Entsprechend sei der Vermutungstatbestand in Art. 5 Abs. 4 KG und die Sanktionierung von vertikalen Vereinbarungen verfehlt. Es sei falsch gewesen, einzelne vertikale Vereinbarungen als schädlicher als andere zu betrachten. Vertikale Vereinbarungen könnten auf verschiedene Arten durchgesetzt werden, den Firmen stehe ein Mix an Verhaltensweisen zur

¹⁰⁵ Die geäusserten Kritikpunkte und Anregungen flossen namentlich in die Forschungsprojekte der Evaluation (Ausrichtung und Auswahl) ein. Die folgenden, angefragten Experten/innen und Kritiker/innen erklärten sich zu Gesprächen bereit: Prof. Dr. M. Amstutz (Universität Fribourg), Dr. J. Borer (Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte), Prof. Dr. C. Bovet (Universität Genf), Prof. Dr. R. von Büren (Universität Bern, ehemaliger Präsident der WEKO), G. Bühler / U. Looser / T. Pletscher (economiesuisse), M. Dusong (Fédération romande des consommateurs FRC), Dr. F. Hoffet (Homburger AG, Rechtsanwälte), Dr. R. Jacobs (Walder Wyss & Partner Rechtsanwälte), Prof. Dr. J.-C. Lambelet (ehemaliges Mitglied der WEKO), S. Sommaruga (Stiftung für Konsumentenschutz SKS), R. Strahm (damaliger Preisüberwacher), M. Saurer (Berater in Industrieökonomie, ehemaliger Vizedirektor des Sekretariates der WEKO), F. Troesch-Schnyder (Konsumentenforum kf), Dr. P. Triponez / Dr. R. Horber (Schweizerischer Gewerbeverband SGV), M. Wise (OECD, Competition Division), Prof. Dr. P. Zweifel (ehemaliges Mitglied der WEKO). Ebenso wurden die Mitglieder des damaligen Präsidiums der WEKO (Prof. Dr. W. Stoffel, Prof. Dr. Y. Flückiger, Prof. Dr. R. Zäch), zwei Mitglieder der damaligen WEKO (Dr. M. Baldi, Prof. Dr. M. Pasquier) und ein Mitglied der Geschäftsleitung des Sekretariates der WEKO (Prof. Dr. P. Ducrey) befragt. Die Befragung erfolgte durch den Projektleiter und die Kerngruppe (siehe dazu im Synthesebericht).

¹⁰⁶ Es waren dies: Prof. Dr. M. Amstutz, Dr. J. Borer, Prof. Dr. C. Bovet, G. Bühler / U. Looser / T. Pletscher, M. Dusong, Dr. F. Hoffet, S. Sommaruga, R. Strahm, M. Saurer, F. Troesch-Schnyder, Prof. Dr. R. Zäch, Dr. M. Baldi, Prof. Dr. P. Ducrey.

Zielerreichung zur Verfügung. Die Untersagung oder das Verbot einer Art vertikaler Vereinbarungen führe nur dazu, dass die Unternehmen auf andere – allenfalls weniger effiziente – Verhaltensweisen ausweichen würden.

118. Die Formulierung von Art. 5 Abs. 4 KG wird teilweise kritisiert, teilweise als ausreichend klar und vertretbar erachtet. Grosse Einigkeit besteht jedoch darüber, dass die Materialien zu Art. 5 Abs. 4 KG zu wünschen übrig liessen. Die Bestimmung sei spät in die parlamentarische Beratung gekommen, was dazu geführt habe, dass die Ausführungen für die konkrete Anwendung dürftig seien.

119. Diese allfälligen Fehler in der Formulierung und die Dürftigkeit der Materialien könnten aber grundsätzlich durch eine geeignete Rechtssprechung aufgewogen werden. Durch gute Arbeit der Wettbewerbsbehörden würde eine gefestigte Praxis entstehen, so dass theoretisch ein Änderungsbedarf der gesetzlichen Grundlagen nicht gegeben wäre. Es handle sich folglich eher um eine Vollzugsproblematik. Praktisch fehle die Rechtssprechung aber gänzlich oder sei nicht gefestigt. Formelle und materielle Leitentscheide stünden aus. Es bestehe ein Vollzugsdefizit. Auch wenn sich die Wettbewerbsbehörden mit vielen Fällen befasst hätten, sei es nicht zu Entscheiden gekommen. Während darin einige Experten/innen und Kritiker/innen eine fehlende Entscheidfreudigkeit und eine falsche Prioritätensetzung der Wettbewerbsbehörden orten, nehmen dies andere als Beweis dafür, dass vertikale Vereinbarungen in der Regel unproblematisch sind. Einige Experten/innen und Kritiker/innen halten die Bedeutung von Vertikalbeschränkungen für stark übertrieben, andere kritisieren, dass die Wettbewerbsbehörden in diesen Bereich nicht mehr Ressourcen einsetzen würden.

120. Durch die fehlende Praxis werde die Präventivwirkung, die Rechtssicherheit als auch der Impact des revidierten Kartellgesetzes geschmälert. Soweit keine Praxis entwickelt werde, seien die Bestimmungen und deren Ausführungen (Materialien) durch das Parlament zu präzisieren. Dabei sei zu berücksichtigen, dass einen höchstrichterlichen Entscheid zu provozieren (in einem jahrelangen kostspieligen Prozess), für die betroffenen Unternehmen aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht opportun sei. Deshalb fügten sich die Unternehmen der Haltung der WEKO, auch wenn sie ökonomisch fraglich sei. Unabhängig davon, ob Art. 5 Abs. 4 KG als richtig oder falsch betrachtet wird, war sich denn die Mehrheit der Experten/innen und Kritiker/innen darüber einig, dass die Bestimmung wirke und die Haltung der Wettbewerbsbehörden umgesetzt würde. Insofern bestünde Rechtssicherheit.

121. Die Mehrheit der sich äussernden Experten/innen und Kritiker/innen exponierten sich kritisch zur Bekanntmachung über vertikale Vereinbarungen:

- Erst nachdem die wesentlichen Fragen anhand von praktischen Fällen gelöst worden seien und damit die Behörden einen Teil einer sinnvollen Lernkurve bewältigt hätten, wäre der Zeitpunkt für eine Bekanntmachung gegeben gewesen. Im Falle der Vertikalbekanntmachung seien aber über die Erfahrung der Behörden hinausgehende Themen geregelt worden, zu welchen keine entschiedenen Fälle existieren würden. Damit betreibe die WEKO eher Wettbewerbspolitik statt Rechtsanwendung.
- Die Haltung der WEKO betreffend Intra- und Interbrand-Wettbewerb stehe entgegengesetzt zu gefestigten ökonomischen Erkenntnissen. Die Frage stelle sich, weshalb die WEKO nicht den Mut habe, drei, vier Grundsatzentscheide zu fällen und allenfalls anfechten zu lassen. Eine entsprechende Praxis hätte der Formulierung von Leitlinien gedient. Jetzt formulierte die WEKO die Leitlinien nach dem EU-Vorbild, helvetisiere sie, so dass sie für die Schweiz Gültigkeit haben. Das Erproben von praktischen Fällen aber fehle. Zudem sei die Wettbewerbsbehörde in der Schweiz restriktiver als jene der EU. Das faktische Per-se-Verbot von vertikalen Vereinbarungen in der Bekanntmachung stelle ein grosses Problem dar.
- Durch das Vorgehen der Wettbewerbsbehörden drohten ineffiziente Fehlentwicklungen in den Märkten. Dies zeige sich am Beispiel des Automobilvertriebs, in dem die zu starken Markteingriffe zu einem Strukturverlust geführt hätten. Es gebe in der Schweiz

im Vergleich zur EU viel zu viele Händler und einen individuellen Schutz der Händler gegenüber den Lieferanten, was zu einem ineffizienten Vertriebsnetz und hohen Preisen im Automobilbereich führe.

- Es sei es wünschenswert, dass im Bereich der vertikalen Vereinbarungen eine ökonomische Fundierung der betriebenen Wettbewerbspolitik an die Hand genommen würde. Sonst drohe das Kartellgesetz nicht den Schutz des Wettbewerbs, sondern denjenigen des Wettbewerbers zu bezwecken.

C.5.2 Erfahrungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes

122. Anlässlich eines Treffens von Frau Bundesrätin Leuthard mit eingeladenen Referenten/innen legten die Anwälte/innen namentlich ihre gesammelten Erfahrungen im Bereich von Art. 5 Abs. 4 KG dar. Diese lassen sich wie folgt zusammenfassen:¹⁰⁷ Mit der Revision von 1995 erfolgte eine teilweise Anpassung des schweizerischen Kartellrechtes an das europäische Wettbewerbsrecht. Mit der Revision 2003 des Kartellgesetzes anerkannte der Gesetzgeber, dass es ein Sanktionsregime benötige, wenn das Kartellgesetz effektiv sein solle. Der Gesetzgeber versuchte dabei auch, namentlich mit der Einführung von Art. 5 Abs. 4 KG, das „EWR-Nein“ zu korrigieren. Diese Korrektur wurde zu einem späten Zeitpunkt, nämlich erst im Parlament, eingebracht und war politisch motiviert („Hochpreisinsel Schweiz“). Dies, obwohl ein empirischer Nachweis für die Notwendigkeit eines solchen Gesetzesartikels mit Blick auf die Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden fehlte. Bereits vor der Revision hätten die Wettbewerbsbehörden eine diesbezügliche Praxis entwickeln können. Damit wäre ersichtlich gewesen, wie sich solche Entscheide auswirken würden und wie die Wettbewerbsbehörden vertikale Restriktionen handhaben.

123. Die Praxis der Anwälte/innen bestätige die (geringe) Fallpraxis der Wettbewerbsbehörden: a) Preisbindungen zweiter Hand würden in der Praxis keine Rolle spielen und hätten keine Rolle gespielt; b) Hinsichtlich der Gebietsabschottungen und dem Verbot von Passivverkäufen habe die Revision zur Abnahme entsprechender Verträge beigetragen, allerdings sei die Wirkung eher eine symbolische; c) Bereits vor 1996 seien viele Unternehmensverträge angepasst worden, womit sich eine Verschärfung im Bereich der Vertikalen nicht aufgedrängt hätte.

124. Die Anwälte/innen kritisieren die Bekanntmachung der WEKO zu vertikalen Vereinbarungen. Die Vertikalbekanntmachung trage nicht zur Rechtssicherheit bei. Sie schiesse über das Ziel hinaus, namentlich indem sie den Interbrand-Wettbewerb zu wenig berücksichtige. Die WEKO trete damit strenger auf als die EU, was dem Harmonisierungsgedanken zuwiderlaufe.

125. Die Verschärfung von Art. 5 Abs. 4 KG gehe zusammengefasst über die Regelung in der EU, die Empfehlungen der OECD und die Praxis der US-Behörden hinaus. Diese wäre nicht notwendig gewesen und in geeigneter Form zu korrigieren.

C.5.3 Umfrageergebnisse aus dem Bericht von ZEW/KOF

126. Das Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung ZEW und die eidgenössische technische Hochschule KOF führten als ein Teilprojekt strukturierte Interviews mit Leitfäden bei sieben Kartellrechtsanwälten/innen, zehn Schweizer Grossunternehmen sowie vier Verbän-

¹⁰⁷ Da die meisten Anliegen bereits in den Abschnitten C.5.1 und C.5.3 berücksichtigt sind (die Anwälte/innen nahmen an den entsprechenden Umfragen und Gesprächen teil), wird dieser Abschnitt kurz gehalten.

den durch.¹⁰⁸ Dabei wurden seitens der Anwälte und der Unternehmen einige Voten zu Art. 5 Abs. 4 KG geäussert, die an dieser Stelle zusammengefasst werden:

127. Ergebnisse aus der Befragung der *Unternehmen*: Von Seiten der befragten Unternehmen wurde bemerkt, dass im Bereich der Vertikalbekanntmachung weiterhin Unklarheiten existieren würden. Nachbesserungen wären sinnvoll. In diesem Zusammenhang wurden von Unternehmen teilweise Indizien dafür festgestellt, dass ein Schutz von (kleinen) Wettbewerbern und nicht ein Schutz des Wettbewerbs von der WEKO als Zielsetzung verfolgt würde.

128. Ergebnisse aus der Befragung der *Anwälte*: Generell wird von der Mehrzahl der Anwälte darauf hingewiesen, dass es im Bereich der vertikalen Vereinbarungen in den vergangenen Jahren zu einer deutlichen Fehlallokation von Ressourcen auf Seiten der WEKO gekommen sei. Im Verlauf der Untersuchungen habe es Hunderte von Marktbefragungen gegeben, die aber bislang nicht in einen einzigen entschiedenen Fall gemündet hätten. Politischer Hintergrund der Aktivitäten im Bereich der vertikalen Vereinbarungen sei vermutlich der Glaube an hohe Preise in Verbindung mit dem Argument der Marktabstottung gewesen. Nach Ansicht der Anwälte sei die „Hochpreisinsel Schweiz“ aber im Wesentlichen ein Phantom, und die teilweise höheren Preise in der Schweiz würden oft marktwirtschaftlich durch landesspezifische Besonderheiten wie beispielsweise die hohen Werbekosten für viele Produkte in der Schweiz erklärt.

129. Die WEKO habe beim Erlass der Bekanntmachung über vertikale Vereinbarungen die entsprechenden EU-Bekanntmachungen nicht wortgetreu übernommen und so abweichenden Interpretationen Tür und Tor geöffnet. Dies vermindere direkt die Rechtssicherheit auf Seiten der Unternehmen und erhöhe das anwaltliche Beratungsrisiko.

130. Grundsätzlich hätte zunächst ein Set von Leitentscheiden erarbeitet und erst im Anschluss daran eine Bekanntmachung erlassen werden sollen. So aber habe die Bekanntmachung über vertikale Vereinbarungen nur teilweise Klarheit gebracht. Insbesondere auf dem Gebiet der Preisempfehlungen herrsche seit dem Erlass grosse Unklarheit. Unklarheiten bestünden in den Bereichen Interbrand- und Intra-brand-Wettbewerb. Weitere materiellrechtliche Änderungen seien zu vermeiden, um die Rechtssicherheit nicht noch weiter zu senken. Ferner sollten die entsprechenden Gesetzesstellen bzw. Passagen der Bekanntmachung zurückgenommen bzw. präzisiert werden.

131. Von anwaltlicher Seite wurden in Gesprächen mit Klienten im Bereich der Vertikalen teilweise Situationen identifiziert, in denen substanzielle Kosten entstehen, wenn durch unscharfe Regeln (Rechtsunsicherheit) und Respekt vor Sanktionen Unternehmen sich entscheiden, eigentlich wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Verhaltensweisen nicht umzusetzen. So würde es für Hersteller zunehmend schwerer, unterdurchschnittlich leistungsstarke Händler aus dem Vertriebsnetz auszuschliessen – aus Sorge davor, dass die betreffenden Unternehmen Klage bei der WEKO einreichen, der sich dann ein möglicherweise langwieriges (und teures) Verfahren anschliesse. Aus diesem Grund hätten Hersteller teilweise von einer Kündigung der Verträge mit dem Händler abgesehen oder entsprechende Schritte zumindest verschoben. Faktisch würde die derzeitige Regelung auf einen Kündigungsschutz für kleine Unternehmen hinauslaufen. Damit würden bestehende Strukturen zementiert und der Abbau von Ineffizienzen behindert. Zudem existierten Hinweise darauf, dass innovative Strategien von Unternehmen teilweise zurückgestellt oder ganz aufgegeben werden, da un-

¹⁰⁸ Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung ZEW und die eidgenössische technische Hochschule KOF, Studien zu den Wirkungen des Kartellgesetzes, Mannheim und Zürich, 2008 (zu Projekt P13/15 der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG); siehe dazu Anhänge zum Synthesebericht. Die Befragungsstruktur der strukturierten Interviews war wie folgt: Generelle Entwicklungen des Kartellrechts, Existenz und Ausgestaltung von Compliance-Programmen, Einfluss auf Unternehmens- und Geschäftsfeldstrategien, Beurteilung ausgewählter Instrumente (Übergangsregelung, Sanktionsmöglichkeiten, Bonusregelung, Hausdurchsuchungen, Widerspruchsverfahren, Fusionskontrolle, Bekanntmachungen) sowie Institutionelle Aspekte des Wettbewerbsrechts.

klar sei, inwiefern diese Planungen wettbewerbsrechtlich bedenklich seien. Dies gelte besonders dann, wenn Kooperationen mit Konkurrenten für die Umsetzung erforderlich seien.

C.6 Fallstudie zum Bereich „Vertikale Vereinbarungen“: Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Automobilhandel (2002)

132. Die Bekanntmachung der WEKO über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel¹⁰⁹ hat zum Ziel, den Wettbewerb im Automobilgeschäft zu fördern und dadurch den Verbrauchern Verbesserungen beim Kauf von Neufahrzeugen und beim Zugang zu Reparatur- und Serviceleistungen zu bieten. In der oben erwähnten Studie der ZEW/KOF¹¹⁰ bildete eine Analyse des Automobilmarktes eine einzelne Fallstudie. Mit der Fallstudie der ZEW/KOF wurde untersucht, in welchem Masse dieses Ziel erreicht wurde und welchen Beitrag die Bekanntmachung dazu geleistet hat.

133. Ziel dieser Fallstudie war es mit anderen Worten zu untersuchen, ob die wettbewerbschädlichen Effekte früherer vertikaler Vereinbarungen zumindest teilweise beseitigt wurden und ob Effizienzgewinne durch die neuen Verhältnisse im Automobilmarkt festzustellen sind. Wenn die neue Bekanntmachung Effizienzgewinne gebracht und einige wettbewerbschädlichen Effekte beseitigt hat, könnte man die Bekanntmachung der WEKO aus volkswirtschaftlicher Sicht als positiv beurteilen. Dies ist von besonderer Bedeutung, da gerade in der Automobilindustrie vertikale Vereinbarungen oft mit der volkswirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

134. Quantitativ war diese Analyse sehr schwierig durchzuführen. Statistische Daten waren nur eingeschränkt verfügbar und erlaubten daher nicht die Untersuchung aller Entwicklungen. Dies gilt insbesondere für den Service- und Ersatzteilmarkt. Die Qualität der Servicearbeit lässt sich jedoch ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht abschätzen. Aus diesen Gründen wurden die möglichen Effekte qualitativ eingeschätzt.¹¹¹ Nachstehend werden die wichtigsten Untersuchungsergebnisse kurz zusammengefasst.¹¹²

135. Insgesamt konnten ZEW/KOF feststellen, dass die Bekanntmachung eher geringfügige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Schweizer Automobilmarkt hatte. Zwar sind Änderungen identifizierbar, allerdings lassen sich diese nicht eindeutig auf die Bekanntmachung zurückführen. Vielmehr hat insbesondere die allgemeine Marktentwicklung vermutlich zu einem verstärkten Wettbewerb geführt. Dieser Prozess könnte allerdings durch die Bekanntmachung beschleunigt worden sein.

136. Die Bekanntmachung wurde zum Anlass genommen, Händlerverträge anzupassen. Von einigen Importeuren wurden die Bedingungen hinsichtlich der Qualitäts- und Investiti-

¹⁰⁹ Vgl. Rz. 69 ff.

¹¹⁰ Vgl. Rz. 126 ff.

¹¹¹ Untersuchungsmethode: Deskriptive Statistik, Unternehmensbefragungen. Die Befragung umfasst Importeure von Neuwagen, Ersatzteilhersteller/-Importeure/-Händler, Händler und Vertreter/innen eines Automobilverbandes. Zusätzlich wurde die Befragung der Anwälte/innen einer weiteren Teilstudie der ZEW/KOF genutzt, um deren Einschätzung über den Automobilmarkt zu erhalten.

¹¹² SIMON J. EVENETT/MICHAEL MEIER schätzen in einem Working Paper (Competition Law and Europe's Open Borders: The Case of Motor Vehicle Distribution in Switzerland, St. Gallen 2008) die Wohlfahrtseffekte der WEKO-Bekanntmachung im Kraftfahrzeughandel für die Schweizer Verbraucher und ihren Einfluss auf die Preise. Die Autoren ermitteln, dass die Automobilpreise im Mittelklassensegment und im Oberklassensegment zwischen 2003 bis 2005 namhaft gesunken seien. Diese Preissenkungen betrachten die Autoren/innen als Folge der WEKO-Bekanntmachung. Sie berücksichtigen aber insb. nicht, dass es andere Faktoren geben könnte, welche die Preise beeinflussen, beispielsweise ein verstärkter Wettbewerb durch die Globalisierung (siehe dazu ZEW/KOF 2008, S. 177).

anforderungen und der Rabattsysteme angepasst. Insgesamt ist die Zahl der Händler nun rückläufig, auch weil Markteintritte aufgrund der neuen Händlerverträge erschwert wurden. Ausserdem ist eine leichte Konsolidierungstendenz zu verzeichnen.

137. Insgesamt wurde das Ziel der WEKO, den markeninternen Wettbewerb zu fördern, nicht erreicht. Der Wettbewerb zwischen verschiedenen Distributionskanälen und die Vielfältigkeit der verschiedenen Distributionskanäle haben aufgrund der Bekanntmachung nicht zugenommen. Das quantitative selektive Distributionssystem kann, im Unterschied zu anderen Systemen wie dem exklusiven Vertriebssystem, den Intra-brand-Wettbewerb zu einem höheren Grad verhindern. Die Rolle von innovativen Vertriebskanälen wie z. B. dem Internet bleibt im Automobilvertrieb beschränkt. Das Internet bleibt eher ein Werbemedium.

138. Die Zahl der Händler, die ihren Service aufgegeben haben, hat nicht zugenommen. Dies wird vor allem dadurch begründet, dass der Grossteil der Profite der Händler eher aus dem Kundendienstmarkt als aus dem Neuautomobilverkauf kommt. Die Zahl der unabhängigen Händler oder Servicewerkstätten ist nicht gewachsen. Insgesamt haben die Automobilimporteure die Möglichkeit der neuen Distributionskanäle nicht wahrgenommen.

139. Obwohl der Mehrmarkenbetrieb vereinfacht wurde, bleibt Multibranding ein komplexes Geschäft und ist in der Praxis faktisch nicht umgesetzt worden. Nur sehr wenige Händler haben die Möglichkeit, mehrere Marken in sein Sortiment aufzunehmen, in Anspruch genommen. Dies liegt an den hohen Anforderungen, welche die Importeure in ihren Händlerverträgen stellen, so dass im Wesentlichen ein Geschäftsbetrieb dupliziert werden muss, ohne dass Synergien genutzt werden können. Multibranding wird weiterhin durch grosse Händlergruppen betrieben, aber kleinere Mehrmarkenbetriebe haben aufgrund der WEKO Bekanntmachung nicht zugenommen. Die Automobilhändlergruppen haben in der Schweiz schon vor der Bekanntmachung existiert. Die Existenz der Händlergruppen kann den Markteintritt für die neuen Marken erleichtern. Der Inter-brand-Wettbewerb wird durch die verstärkte globale Konkurrenz auf dem Automobilmarkt getrieben.

140. Die Preisunterschiede zwischen der Schweiz und der EU sind in der letzten Zeit geringer geworden. Sie werden vor allem durch den stärkeren globalen Wettbewerb und vereinheitlichte Normen verringert. Obwohl die neue Bekanntmachung die Möglichkeiten für Parallelimporte geschaffen hat (das alte selektive und exklusive Distributionssystem hatte den grenzüberschreitenden Handel verhindert),¹¹³ bleiben die Parallelimporte in die Schweiz auf niedrigem Niveau und haben nach Inkrafttreten der Bekanntmachung nicht spürbar zugenommen.

141. Die stärksten Änderungen aufgrund der WEKO Bekanntmachung sind auf dem Servicemarkt und im Ersatzteilhandel zu beobachten. Hier wird die Konkurrenz durch Grosshändler oder durch freie Servicewerkstätten erleichtert, weil sie vereinfachten Zugang zu Ersatzteilen verschiedener Qualitätskategorien und zu den erforderlichen technischen Werkstattinformationen erhalten. Die deutlichere Definition der Ersatzteile hat auch dazu beigetragen, den Wettbewerb zu intensivieren.

142. Die allgemeine Marktentwicklung ist geprägt durch Bemühungen der Importeure, die Kunden im Service- und Reparaturgeschäft an die Markenwerkstatt zu binden. Dies geschieht durch das verstärkte Anbieten von Paketeleistungen, bei welchen der Kunde mit einer einmaligen monatlichen Zahlung alle Leistungen im Zusammenhang mit einem Automobil abdeckt; dies umfasst neben dem Fahrzeug die Versicherung, alle anfallenden Reparaturen sowie die Wartungsarbeiten. Das ist einer der Gründe, weshalb die WEKO Bekanntmachung im Bezug auf die Trennung von Service und Verkauf ihr Ziel einer Erleichterung von Markteintritten verfehlt. Ausserdem ist der Service ein lukratives Geschäft, da es die Mög-

¹¹³ In der EU gibt es Evidenz für eine allgemeine Tendenz zur Preisharmonisierung. 10 % der Automobilverkäufe sind Parallelimporte und dieser Anteil ist nach dem Inkrafttreten der EU GVO von 2002 stabil geblieben.

lichkeit bietet, die bestehenden Risiken beim Neuautomobilverkauf aufzufangen und insgesamt profitabel zu operieren.

143. Generell kann die Bündelung von Kauf und Service für die Ersatzteilhersteller zu einer Marktabschottung führen. Die Trennung von Service und Kauf wurde jedoch in der Schweiz nicht verstärkt umgesetzt. Es wurden keine Beschwerden ausgesprochen, dass die Ersatzteilhersteller abgeschottet wurden. Sie können den freien Handel beliefern, obwohl die autorisierten Händler/Werkstätten die meisten Ersatzteile bei den Automobilimporteuren kaufen. Es ist unklar, ob dies ein Ergebnis des Wettbewerbs oder der Abschottung der Ersatzteilhersteller vom autorisierten Markt ist.

144. Als unmittelbare Handlungsempfehlungen schlagen ZEW/KOF vor, aufgrund der Vorteile der Harmonisierung weiterhin an EU-kompatiblen Regeln festzuhalten. Dies führte zu einer Reduzierung der bestehenden Unsicherheit der Marktakteure. Für die Schweiz, aber auch die EU wäre es gemäss ZEW/KOF empfehlenswert, eine wohlfahrtsökonomische Analyse verschiedener Szenarien der Weiterentwicklung der Spezialregelung durchzuführen. Die Alternativszenarien sollen unbefangen die ganze Bandbreite berücksichtigen, von einem Beibehalten der aktuellen Regelung, über eine Weiterentwicklung bis hin zur vollständigen Deregulierung. Auf Basis der Ergebnisse könnte dann entschieden werden, ob und in welcher Form die Besonderheiten des Automobilssektors eine gesonderte Bekanntmachung überhaupt erfordern, ist doch zu berücksichtigen, dass die heutige Regelung einen recht hohen administrativen Aufwand verursacht.

C.7 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

145. Auf 1. April 2004 trat der neue Art. 5 Abs. 4 KG in Kraft: „Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.“ Mit dem neu geschaffenen **Vermutungstatbestand** nach Art. 5 Abs. 4 KG wollte das Parlament eine Angleichung an die Praxis der Europäischen Kommission bei vertikalen Restriktionen und eine Vermeidung von „marktabstimmenden Abreden“ bewirken.

146. In der Folge – und insbesondere unter dem weiterhin anhaltenden politischen Druck¹¹⁴ stehend – verabschiedete die WEKO am 2. Juli 2007 ihre revidierte **Vertikalbekanntmachung** über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden. Mit der Bekanntmachung zeigt die WEKO auf, nach welchen Kriterien sie die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und die Erheblichkeit im Lichte von Art. 5 Abs. 1 KG beurteilen wird. Namentlich zu erwähnen ist Ziffer 10 der Bekanntmachung, gemäss welcher die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) widerlegt werden kann.

147. Sowohl der Gesetzesartikel als auch die Vertikalbekanntmachung der WEKO waren und sind Gegenstand der **Kritik von Experten/innen, Anwälten/innen und Verbänden**, welche im Rahmen der Evaluation in verschiedenen Umfragen gesammelt wurde und sich wie folgt zusammenfassen lässt:

- Bereits der Gesetzgebungsprozess um Art. 5 Abs. 4 KG sei zu wenig fundiert an die Hand genommen worden. Wenn auch das politische Anliegen verstanden werde, das hinter dem Gesetzgebungsprozess stehe, sei fraglich, ob Art. 5 Abs. 4 KG das geeignete Instrument darstelle, um gegen die „Hochpreisinsel Schweiz“ vorzugehen. Die

¹¹⁴ So begründet die WEKO, dass die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs nicht durch den blossen Nachweis von Interbrand-Wettbewerb widerlegt werden kann, namentlich damit, dass diese Regel dem in den parlamentarischen Beratungen ausgedrückten Willen des Gesetzgebers entspricht (in Rn. 6 in der Einleitung der Vertikalbekanntmachung).

Bestimmung stehe im Gegensatz zu wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen. Es sei falsch gewesen, einzelne vertikale Vereinbarungen schädlicher als andere zu betrachten.

- Grundsätzlich hätte eine geeignete Rechtsprechung den allfälligen Fehlgriff des Parlaments aufwiegen können. Praktisch fehle die Rechtsprechung aber gänzlich oder sei nicht gefestigt. Formelle und materielle Leitentscheide stünden aus (Vollzugsdefizit). Durch die fehlende Praxis werde die Präventivwirkung, die Rechtssicherheit sowie die Wirkung des revidierten Kartellgesetzes geschmälert.
- Die Bekanntmachung über vertikale Vereinbarungen sei zu früh und nicht auf der Basis von Fallentscheidungen erlassen worden. Zudem stehe die Haltung der WEKO betreffend Intra- und Interbrand-Wettbewerb entgegengesetzt zu gefestigten ökonomischen Erkenntnissen. Die WEKO gehe zudem über die Regelung in der EU hinaus.
- In diesem Zusammenhang wurden von Unternehmen teilweise Indizien dafür festgestellt, dass ein Schutz von (kleinen) Wettbewerbern und nicht ein Schutz des Wettbewerbs resultiere.
- Einig sind sich die Anwälte/innen darüber, dass Art. 5 Abs. 4 KG und die Vertikalbekanntmachung bei den Unternehmen Wirkung zeitigen. Die Unternehmen würden sich an die Bestimmungen halten. Damit einher geht die Befürchtung, dass die Unternehmen suboptimale, weniger effiziente Verhaltensweisen wählen müssten, um nicht in Konflikt mit dem Kartellgesetz zu geraten.

148. In einem **internationalen Rechtsvergleich** von C. Baudenbacher zeigt sich, dass die Kritik nicht unberechtigt ist. International und auf Ebene der Europäischen Gemeinschaft besteht eine allgemeine Tendenz in Richtung Flexibilisierung und Einzelfallbetrachtung von vertikalen Restriktionen aufgrund der konkreten Marktverhältnisse. Die Erkenntnis, dass keine allgemein gültigen Aussagen über die Auswirkungen gewisser Kategorien vertikaler Vereinbarungen auf den Wettbewerb getroffen werden können, setzt sich international zunehmend durch. Das schweizerische Recht weicht damit bereits wegen der Gesetzesbestimmung von Art. 5 Abs. 4 KG vom europäischen und internationalen Trend ab. Die WEKO hat mit der Vertikalbekanntmachung bzw. der These, dass die Widerlegung nicht durch den Nachweis blossen Interbrand-Wettbewerbs möglich ist, eine relevante Abweichung von internationalen Entwicklungen vorgenommen.

149. Die **ökonomische Theorie und Empirie** bestätigen die Ergebnisse des internationalen Vergleichs und die Bedenken aus den Umfragen. So können aus der Ökonomie die folgenden Lehren betreffend vertikale Restriktionen gezogen werden:

- Einfache Regeln, ob eine bestimmte vertikale Restriktion pro- oder anti-kompetitiv wirkt, existieren nicht. Entscheidend ist, in welchem Kontext und zu welchem Zweck sie angewendet wird. Diese Aussage gilt für jede Art von vertikalen Restriktionen, ob preisbezogen oder nicht preisbezogen. Aus ökonomischer Sicht gibt es deshalb keinen Grund, verschiedene Arten von vertikalen Restriktionen wettbewerbsrechtlich unterschiedlich zu beurteilen bzw. zu behandeln. Mit anderen Worten kann eine selektiv restriktivere Haltung gegenüber gewissen vertikalen Restriktionen (z. B. ein Per-se-Verbot von Preisbindungen zweiter Hand) ökonomisch nicht gerechtfertigt werden. Ob sich eine vertikale Restriktion anti- oder pro-kompetitiv auswirkt, ist immer im Einzelfall zu prüfen.
- Vertikale Restriktionen sind im Allgemeinen ein effizientes Instrument zur Lösung von Koordinationsproblemen innerhalb vertikaler Produktionsketten (Internalisierung externer Effekte) und wirken sich in der Regel wohlfahrtssteigernd aus. Negative Auswirkungen von vertikalen Restriktionen können allenfalls dann auftreten, wenn der Interbrand-Wettbewerb schwach ausgeprägt ist. Als Daumenregel kann festgehalten werden, dass vertikale Restriktionen nur anti-kompetitive Auswirkungen zeitigen können, falls Unternehmen mit Marktmacht involviert sind. Sofern aufgrund der Marktstruktur

(Konzentrationslevel, Markteintrittsbedingungen, Marktdynamik etc.) ein funktionierender Interbrand-Wettbewerb besteht, ist es sehr unwahrscheinlich, dass vertikale Restriktionen schädliche Auswirkungen zeitigen. Das heisst mit anderen Worten, dass eine vertikale Restriktion, je nach der konkreten Marktstruktur und der vorhandenen Marktmacht von Unternehmen, unterschiedliche Wirkung haben kann.

- Je intensiver der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken ist, desto wahrscheinlicher ist es, dass vertikale Restriktionen effizient und wohlfahrtssteigernd sind. Wettbewerbsbehörden sollten sich bei der Beurteilung von vertikalen Restriktionen primär auf das Ausmass des bestehenden Interbrand-Wettbewerbs konzentrieren. Sofern Interbrand-Wettbewerb besteht, sind vertikale Restriktionen normalerweise ökonomisch unproblematisch. Dies gilt auch für den Fall, dass eine vertikale Restriktion den Intrabrand-Wettbewerb eliminiert.

150. Als Beispiel einer vertikalen Restriktion analysierte die ZEW/KOF die Wirkung der **Bekanntmachung der WEKO** über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im **Kraftfahrzeughandel**. Diese hat zum Ziel, den Wettbewerb im Automobilgeschäft zu fördern und dadurch den Verbrauchern Verbesserungen beim Kauf von Neufahrzeugen und beim Zugang zu Reparatur- und Serviceleistungen zu bieten. Ziel der Fallstudie war es zu untersuchen, ob die wettbewerbsschädlichen Effekte früherer vertikaler Vereinbarungen zumindest teilweise beseitigt wurden und ob Effizienzgewinne durch die neuen Verhältnisse im Automobilmarkt festzustellen sind. Insgesamt konnten ZEW/KOF feststellen, dass die Bekanntmachung eher geringfügige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Schweizer Automobilmarkt hatte. Zwar sind Änderungen identifizierbar, allerdings lassen sich diese nicht eindeutig auf die Bekanntmachung zurückführen. Vielmehr hat insbesondere die allgemeine Marktentwicklung vermutlich zu einem verstärkten Wettbewerb geführt. Dieser Prozess könnte allerdings durch die Bekanntmachung beschleunigt worden sein.

151. Im Weiteren wurden **91 Geschäfte der Wettbewerbsbehörden** analysiert. Im Rahmen dieser Analyse bestätigt sich, dass weder Leitentscheide gefällt, noch Sanktionen ausgesprochen wurden. Jedoch führten die Wettbewerbsbehörden eine Vielzahl von Geschäften durch (vor allem im Bereich der Produktemärkte), darunter auch eine Reihe von Vorabklärungen. In den behandelten Geschäfte bildeten vor allem Gebietsbeschränkungen und Preisbindungen Gegenstand der Ermittlungen; diese stellen den zentralen Bestandteil des neuen Gesetzesartikels dar. Die meisten vertikalen Restriktionen (gegen 70 % aller Geschäfte), die an die Wettbewerbsbehörden herangetragen wurden, erwiesen sich insofern als zulässig (oder Indizien für unzulässige Verhaltensweisen fehlten), als sich die betrachteten Verhaltensweisen nicht erheblich auswirkten. In ca. 10 % aller Geschäfte wurden durch die Wettbewerbsbehörden unzulässige oder möglicherweise unzulässige vertikale Restriktionen verhindert bzw. aufgelöst.

152. **Zusammenfassend** lenkte der schweizerische Gesetzgeber die kartellrechtliche Behandlung von vertikalen Restriktionen mit der Verabschiedung von Art. 5 Abs. 4 KG in eine andere Richtung, als sie international zu beobachten sowie der herrschenden ökonomischen Lehre und Empirie zu entnehmen ist. Die WEKO verschärfte die vom Parlament gewählte Lösung mit der revidierten Vertikalbekanntmachung zusätzlich. Die Ergebnisse der Studie von C. Baudenbacher, die Stellungnahmen der im Rahmen der Evaluation befragten Experten/innen, die theoretischen und empirischen ökonomischen Erkenntnisse und die bisherigen Erfahrungen der schweizerischen Wettbewerbsbehörden legen Anpassungen in Gesetz und Vollzug nahe.

153. Zum einen sind die **Ziff. 10 und 12 der Vertikalbekanntmachung** durch die WEKO anzupassen:

- Je intensiver der Wettbewerb zwischen einzelnen Marken ist, desto wahrscheinlicher sind vertikale Restriktionen effizient und wohlfahrtssteigernd. Wettbewerbsbehörden sollten sich somit bei der Beurteilung von vertikalen Restriktionen primär auf das Ausmass des bestehenden Interbrand-Wettbewerbs konzentrieren. Folglich soll es möglich

sein, dass der Nachweis von Wettbewerb zwischen Anbietern verschiedener Marken (Interbrand-Wettbewerb) für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs genügen kann.

- Ob sich eine vertikale Restriktion anti- oder pro-kompetitiv auswirkt, ist im Einzelfall zu prüfen. Eine selektiv restriktivere Haltung gegenüber gewissen vertikalen Restriktionen ist ökonomisch nicht gerechtfertigt. Aus Ziff. 10 und 12 der Vertikalbekanntmachung ergibt sich aber für bestimmte vertikale Restriktionen eine automatische Bejahung der Erheblichkeit (Per-se-Erheblichkeit). Damit führt die WEKO ohne zwingenden sachlichen Grund und ohne gesetzliche Grundlage eine Fiktion zu Lasten der Unternehmen ein.

154. Zum anderen ist **Art. 5 Abs. 4 KG** durch den Gesetzgeber anzupassen:

- Im Gegensatz zu harten horizontalen Absprachen sind vertikale Vereinbarungen nicht generell schädlich, sondern im Einzelfall zu beurteilen. Auch bei Mindest- oder Festpreisen sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten drängt sich eine fallweise Beurteilung insbesondere auch der Effizienzgründe auf. Unter dem geltenden Art. 5 Abs. 4 KG bleibt die notwendige Prüfung von Effizienzgründen jedoch verwehrt, soweit die gesetzlich verankerte Vermutung auf Beseitigung des Wettbewerbs nicht widerlegt wird.
- Folglich ist auf die im Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG (Mindest- und Festpreise, Gebietsbeschränkungen) verankerte Vermutung (nicht aber auf die direkte Sanktionierbarkeit) zu verzichten. Damit ist **Art. 5 Abs. 4 KG zu streichen und Art. 49a Abs. 1 KG anzupassen**, so dass die Sanktionierbarkeit der in Art. 5 Abs. 4 KG genannten Typen von vertikalen Abreden erhalten bleiben.

155. Mit den Anpassungen im Vollzug lässt sich ein Teil der ausgeführten Probleme von Art. 5 Abs. 4 KG beseitigen. Ohne Gesetzesanpassung lastet jedoch zum einen weiterhin ein ungebührlicher Druck auf den Wettbewerbsbehörden. Zum anderen ist bei vertikalen Abreden vom Vermutungstatbestand abzusehen, so dass die Effizienzgründe in jedem Fall überprüft werden können.

156. Diesen Ausführungen ist ebenso bei der anstehenden Überprüfung der **Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden im Kraftfahrzeughandel** Rechnung zu tragen, wobei insbesondere auch die aktuellen Entwicklungen in der EU aufmerksam zu beobachten sind.¹¹⁵ Gemäss Ziff. 11 bis 17 dieser Bekanntmachung stellen verschiedene vertikale Verhaltensweisen Wettbewerbsbeschränkungen dar, die „in der Regel erheblich“ und „nicht gerechtfertigt“ sind.

¹¹⁵ Die Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31. Juli 2002 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor läuft im Jahre 2010 aus (URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002R1400:EN:NOT> [13.11.08]). Auf Basis eines evaluierenden Berichtes über die Verordnung zieht die Kommission in Erwägung, die Verordnung vorläufig nicht zu erneuern bzw. vollständig auslaufen zu lassen (URL: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/news.html [13.11.08]).