«Wirksamer Wettbewerb»

Theoretisches Konzept und Praxis

Peter Hettich

Aktualisierte Fassung der Dissertation Nr. 2714 der Universität St. Gallen (2003)

Vorwort

Wohl kein anderes Rechtsgebiet erfordert derart die Anwendung auch ökonomischer Erkenntnisse wie das Wettbewerbsrecht, allen voran das Kartellrecht. Gerade diese Funktion als Schnittstelle zwischen Rechtswissenschaften und Wirtschaftswissenschaften macht die Faszination des Kartellrechts aus; dies bildet auch Motivation für vorliegende Arbeit. Dennoch tun sich gestandene Juristen, selbst diejenigen an den Schalthebeln der Wettbewerbsbehörden, schwer mit der Anwendung und Einbindung ökonomischer Erkenntnisse. Ohne diese ist aber eine wirksame Wettbewerbspolitik nicht durchführbar.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Klaus A. Vallender schulde ich grossen Dank für die hervorragende Betreuung meiner Arbeit; zu jeder Zeit war seine Tür für die Besprechung von Anliegen und Problemen offen. Auch Prof. Dr. Christian J. Meier-Schatz möchte ich für die Übernahme des Zweitreferats und wertvolle Anregungen zur Verbesserung dieser Studie danken.

Meine Eltern haben mich stets in meinen Bestrebungen in jeder Hinsicht unterstützt. Meine Freundin Annette Teuscher hat bereitwillig die erste Fassung meines Manuskriptes kontrolliert. Die Zusammenarbeit mit dem Haupt Verlag, Allen voran Herrn Matthias Haupt und Frau Susann Seinig bei der Herausgabe dieses Manuskriptes war ausgezeichnet. Ihnen Allen möchte ich ebenfalls meinen Dank aussprechen.

Für diese Arbeit wurde Rechtsprechung und Literatur bis Mai 2002 berücksichtigt. Nach diesem Zeitpunkt wurden noch vereinzelt Änderungen vorgenommen, vor allem um den aktuellen Stand der Revision des Kartellgesetzes und die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bücherkartell wiedergeben zu können.

Zürich, im Januar/März 2003 Peter Hettich

Inhaltsübersicht

Einleitende Bemerkungen 1

Teil I: Konkretisierung von Wirtschaftsrecht 3

1 Kartellrecht als Wirtschaftsrecht 3

2 Wirksamer Wettbewerb als Generalklausel 13

3 Methode der Konkretisierung 17

Teil II: Konkretisierung der Generalklausel «wirksamer Wettbewerb» 31

1 Grammatisches Auslegungselement 31

2 Systematisches Auslegungselement 37

3 Historisches Auslegungselement 59

4 Teleologisches Auslegungselement 88

5 Verfassung als Auslegungselement 100

6 Völkerrecht als Auslegungselement 129

7 Realien als Auslegungselement 144

8 Folgenbewertung als Auslegungselement 153

9 Judikatur und Verwaltungspraxis als Auslegungselement 160

10 Rechtsvergleichung als Auslegungselement 276

11 Funktionales Auslegungselement 332

Teil III: Vereinigung der gebildeten Thesen 421

Inhalt

Vorwort V
Inhaltsübersicht VII
Inhalt VIII
Literatur XX
Materialien LI
Entscheide LV
Abbildungen LXVII
Tabellen LXVII
Abkürzungen LXVIII

Einleitende Bemerkungen 1

Teil I: Konkretisierung von Wirtschaftsrecht 3

1 Kartellrecht als Wirtschaftsrecht 3

1.1 Charakterisierung des Wirtschaftsrechts 3
1.2 Merkmale des Wirtschaftsrechts 6
1.2.1 Funktionalität und Folgenorientierung 7
1.2.2 Institutionalität und Interdisziplinarität 8
1.2.3 Flexibilität 9
1.2.4 Internationalität 9
1.2.5 Regelung wirtschaftlicher Gesamtabläufe 10
1.2.6 Gemeinwohlrelevanz 11

2 Wirksamer Wettbewerb als Generalklausel 13

2.1 Ungenügen des Subsumtionsmodells 13
2.2 Zwang zur Normprofilierung durch den Rechtsanwender 14

3 Methode der Konkretisierung 17

3.1 Entwicklung eines Methodenkanons 17
3.1.1 Klassische Auslegung 17
3.1.2 «Moderne» (existentiale) Hermeneutik 19
3.1.3 Topik 22
3.1.4 Methodologische Folgerungen 25
3.2 Anwendung der Auslegungselemente 28

Teil II: Konkretisierung der Generalklausel «wirksamer Wettbewerb» 31

1 Grammatisches Auslegungselement 31

1.1 Vorbemerkungen 31
1.2 Grammatische Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» 32
1.2.1 Allgemeiner Sprachgebrauch 33
1.2.2 Fachsprachliche Bedeutung 33
a) Wirtschaftswissenschaft 34
b) Rechtswissenschaft 35
1.3 Thesenbildung 36

2 Systematisches Auslegungselement 37

2.1 Vorbemerkungen 37
2.2 Systematische Einordnung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» 38
2.2.1 Kartellgesetz und konkretisierende Verordnungen 38
a) Zweckartikel 38
b) Wettbewerbsabreden 39
c) Marktbeherrschende Unternehmen 44
d) Unternehmenszusammenschlüsse 45
e) Relativierung des Primats der Erhaltung «wirksamen Wettbewerbs» 49
2.2.2 Preisüberwachungsgesetz, insbesondere Art. 12 49
2.2.3 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 51
2.2.4 Weitere Erlasse mit wettbewerbspolitischem Bezug 52
2.3 Thesenbildung 54
2.3.1 Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning» 55
2.3.2 Abgrenzungsfunktion des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» 56
2.3.3 Beschränkte Konkretisierbarkeit des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» durch die Systematik 57

3 Historisches Auslegungselement 59

3.1 Vorbemerkungen 59
3.2 Historische Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» 60
3.2.1 Historische Gesamtsituation bei Erlass des Kartellgesetzes 60
3.2.2 Kartellgesetze von 1962 und 1985 61
a) Grundzüge der Kartellgesetze von 1962 und 1985 61
b) Konzept des «möglichen Wettbewerbs» 63

3.2.3 Vorentwurf vom 3. September 1993 64
a) Grundzüge des Vorentwurfs 64
b) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» 66
3.2.4 Entwurf vom 23. November 1994 67
a) Grundzüge des Entwurfs 67
b) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» gemäss der Botschaft des Bundesrates 67
c) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» in den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen 69
d) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» in den Beratungen der Räte 72
3.2.5 Referendumsvorlage vom 6. Oktober 1995 76
a) Grundzüge der Vorlage 76
b) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» in der öffentlichen Diskussion 76
3.2.6 Exkurs: Entwurf zur Änderung des KG vom 7. November 2001 77
a) Grundzüge der geplanten Änderung 78
b) Konzeptionelle Auswirkungen 81
3.3 Thesenbildung 81
3.3.1 Abschied vom Konzept des «möglichen Wettbewerbs» 81
3.3.2 Offenheit für neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse und Ablehnung eines allgemeingültigen Wettbewerbskonzepts 83
3.3.3 Beschränkte Konkretisierung des Begriffs «wirksamen Wettbewerbs» 84
3.3.4 Konkretisierung der Rechtfertigungsgründe 84
a) Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz 84
b) Rechtfertigung aus überwiegenden öffentlichen Interessen 86

4 Teleologisches Auslegungselement 88

4.1 Vorbemerkungen 88
4.2 Teleologische Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» 89
4.2.1 Kartellgesetz – Art. 1 KG: Zweck 89
4.2.2 Art. 2 und 3 KG: Geltungs- und Anwendungsbereich 90
4.2.3 Art. 5 KG: Unzulässige Wettbewerbsabreden 92
4.2.4 Art. 7 KG: Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen 93
4.2.5 Art. 9 KG: Meldung von Zusammenschlüssen 95

4.2.6 Art. 10 KG: Beurteilung von Zusammenschlüssen 95
4.2.7 Art. 8 und Art. 11 KG: Ausnahmsweise Zulassung 96
4.2.8 Einzelne Verfahrensvorschriften: Anpassungsfähigkeit an geänderte Sachverhalte 96
4.2.9 Sanktionenregelung: Kartellgesetzzweckwidrige Anreize zur Kartellbildung 98
4.3 Thesenbildung 99

5 Verfassung als Auslegungselement 100

5.1 Vorbemerkungen 100
5.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf die Verfassung 101
5.2.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen der Wettbewerbspolitik 103
a) Relevante Bezugsnormen 103
b) Annahme eines relevanten Bezugssystems 106
5.2.2 Verfassungsauftrag zum Schutz des Wettbewerbs 111
a) Konkretisierung anhand der relevanten Bezugsnormen 111
b) Konkretisierung anhand des relevanten Bezugssystems 112
c) Exkurs: Ordnungspolitische Offenheit der Bundesverfassung von 1874 113
5.3 Thesenbildung 114
5.3.1 Inhalte der Kartellgesetzgebung und –konkretisierung 115
a) Auftrag der Wettbewerbskommission zum Schutz des Wettbewerbs 115
b) Ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat 115
c) Vorbehalt staatlicher Vorschriften 117
5.3.2 Grenzen der Kartellgesetzgebung und –konkretisierung 118
a) Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen 118
b) Bewilligungspflicht / Meldepflicht für Wettbewerbsbeschränkungen 119
c) Sanktionen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen 122

6 Völkerrecht als Auslegungselement 129

6.1 Vorbemerkungen 129
6.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf völkerrechtliche Verpflichtungen 129
6.2.1 Welthandelsordnung 131
a) GATT 1994 131
b) GATS 132

c) TRIPS ... 132
d) Weitere wettbewerbsrechtlich relevante Normen ... 133
e) Bedeutung ... 134
6.2.2 Freihandelsabkommen und sektorielle Abkommen ... 134
a) Wettbewerbsrechtlich relevante Normen ... 135
b) Bedeutung ... 135
6.2.3 OECD ... 138
a) Wettbewerbsrechtlich relevante Normen ... 138
b) Bedeutung ... 139
6.2.4 UNCTAD ... 139
a) Wettbewerbsrechtlich relevante Normen ... 139
b) Bedeutung ... 141
6.3 Thesenbildung ... 141
6.3.1 Bedeutung der Verpflichtungen im internationalen Bereich zur Wahrung «wirksamen Wettbewerbs» ... 142
6.3.2 Bedeutung der unverbindlichen Empfehlungen zur Wahrung «wirksamen Wettbewerbs» ... 143

7 Realien als Auslegungselement ... 144

7.1 Vorbemerkungen ... 144
7.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf die Realien ... 145
7.2.1 Wettbewerbstheoretische Zusammenhänge ... 145
7.2.2 Gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge ... 145
a) Schweiz als kleine, offene Volkswirtschaft ... 145
b) Internationale Wettbewerbsfähigkeit ... 149
7.3 Thesenbildung ... 152

8 Folgenbewertung als Auslegungselement ... 153

8.1 Vorbemerkungen ... 153
8.2 Folgen der Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» ... 154
8.2.1 Regelvollziehende Folgenerwägungen ... 155
8.2.2 Regelbildende Folgenerwägungen ... 156
8.3 Thesenbildung ... 159

9 Judikatur und Verwaltungspraxis als Auslegungselement ... 160

9.1 Vorbemerkungen ... 160
9.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» durch Judikatur und Verwaltungspraxis ... 161
9.2.1 Nicht erhebliche Beeinträchtigungen «wirksamen Wettbewerbs» ... 162
a) Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs ... 162

b) Recymet SA ... 163
c) Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce ... 164
d) SVIT-Honorarrichtlinien ... 164
e) Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen ... 165
f) Eureko Allianz ... 165
g) Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalfreiheit ... 166
h) Bahnhofskioske ... 167
i) JC Decaux / Affichage ... 167
j) Zwischenfazit ... 168
9.2.2 Erhebliche Beeinträchtigungen «wirksamen Wettbewerbs» ... 170
a) SWICO Recycling ... 170
b) Nutztierfütterung ... 171
c) Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS) ... 171
d) Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) ... 172
e) Volkswagen-Vertriebssystem ... 173
f) Zwischenfazit ... 174
9.2.3 Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» ... 175
a) Sammelrevers für Musiknoten ... 175
b) Kaminfegerwesen im Kanton Zug ... 176
c) Privattarif der Ärztegesellschaft des Kantons Bern ... 176
d) Service- und Reparaturleistungen an Öl-/Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen ... 177
e) Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz ... 178
f) Accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vitamines ... 181
g) Vertrieb von Arzneimitteln / Sanphar ... 182
h) Markt für Strassenbeläge ... 184
i) Vertrieb von Werbematerialien ... 185
j) Zwischenfazit ... 186
9.2.4 gewöhnlicher Markteinfluss ... 188
a) Porzellanfabrik Langenthal AG ... 188
b) Markt für Postsendungen ohne Adresse ... 188
c) Swiss Online AG ... 189
d) APERTO-Geschäfte ... 189
e) SBB-Gruppenreiseverkehr ... 190
f) Versandapotheke MediService AG ... 191

g) Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalfreiheit ... 191
h) Minolta ... 192
i) Kaladent AG ... 193
j) Zwischenfazit ... 193
9.2.5 «Einfache» Marktbeherrschung ... 194
a) Action Promopac / pompes à chaleur ... 194
b) Télécom PTT – données des annuaires téléphoniques ... 194
c) Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève ... 195
d) Telecom PTT / Blue Window ... 196
e) Schifffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees ... 197
f) Recymet SA ... 197
g) Telecom PTT-Fachhändlerverträge ... 198
h) Schweizer Spielemesse St. Gallen ... 199
i) Devisierungs-, (Vor-)Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB ... 199
j) Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen ... 200
k) Homologation und Sponsoring von Fussbällen ... 201
l) Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren ... 201
m) Künstliche Besamung ... 202
n) Swisscom – Angebot von Mietleitungen ... 203
o) Bahnhofskioske ... 204
p) Schweizerische Meteorologische Anstalt ... 205
q) BKW FMB Energie AG ... 206
r) Terminaux de paiement ... 207
s) Intensiv SA, Grancia ... 207
t) Watt / Migros – EEF ... 208
u) Zwischenfazit ... 209
9.2.6 Unbedenkliche Zusammenschlüsse ... 211
a) Newtelco ... 211
b) SLB / GKB / BB Bank Belp ... 212
c) BKW – AEK / Comtop ... 212
d) Batigroup Holding AG ... 213
e) Thyssen Stahl AG / Krupp Hoesch Stahl AG ... 213
f) Merial ... 214
g) General Electric Capital Corporation / Bank Aufina ... 214
h) Migros / Globus ... 215
i) Valiant Holding / Bank in Langnau ... 216
j) Anzeiger von Uster / Druckerei Wetzikon AG ... 217
k) Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen ... 217

l) ADtranz CH / Schindler Waggon AG 218
m) Siemens / Elektrowatt 219
n) Watt AG 221
o) Fastbox Ticketservice AG 222
p) Roche / Corange 222
q) Diax Mobile AG 223
r) Zschokke / Locher 224
s) Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers & Lybrand 224
t) Curti & Co. AG / Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding 226
u) Swisskey AG 226
v) Compaq Computer Corporation / Digital Equipment Corporation 227
w) Swisscom / UTA 227
x) Fried. Krupp AG Hoesch Krupp / Thyssen AG 228
y) Daimler-Benz / Chrysler 229
z) Exxon / Shell 229
aa) PubliGroup / Swisscom 230
bb) Toni AG / Säntis Holding AG 230
cc) Deutsche Post AG / Danzas Holding AG 231
dd) General Electric Capital Corporation / Bank Prokredit 232
ee) BAT / Rothmans 233
ff) Panalpina / Jacky Maeder 233
gg) Renault / Nissan 234
hh) ABB Handels- und Verwaltungs AG / Alstom SA 234
ii) Hoechst / Rhône-Poulenc 235
jj) SBB AG / Transpetrol GmbH 236
kk) GE Capital / Lisca 236
ll) Alcan / Pechiney / Algroup 237
mm) Avec. (SBB / Migros / Kiosk AG) 237
nn) Freecom / Dangaard 238
oo) Rheinmetall DeTec AG / Oerlikon Contraves AG und Oerlikon Aerospace Inc. 238
pp) Volvo AG / Scania AG 239
qq) Gétaz Romang / Miauton 239
rr) Aerospatiale Matra / DaimlerChrysler Aerospace / Construcciones Aeronáuticas 240
ss) VEBA AG / VIAG AG 241
tt) Elf Aquitaine / TotalFina 241
uu) TUI / Kuoni 242

vv) Bosch / Siemens, GU Demag Krauss-Maffei 243
ww) Thurgauer Medien AG 243
xx) TeleDanmark (Sunrise/diAx) 244
yy) SBB AG / Securitas AG 245
zz) DyStar / BASF 246
aaa) Shell Erneuerbare Energien AG / Siemens Solar GmbH (SSG) 246
bbb) Compass Group / Selecta Group 246
ccc) Zwischenfazit 247
9.2.7 «Qualifizierte» Marktbeherrschung 249
a) Publicitas / Gasser / Tschudi Druck 249
b) Le Temps 250
c) Schweizerische Post / BEVO 251
d) UBS / SBV 252
e) Bell AG / SEG-Poulets AG 254
f) Société Neuchâteloise de Presse S.A. 256
g) Batrec AG / Recymet SA 256
h) Valora Holding AG / Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa) 257
i) Rätia Energie AG 258
j) Berner Oberland Medien / Kooperation der BO mit der BZ 258
k) Glaxo Wellcome PLC / SmithKline Beecham PLC 260
l) Zwischenfazit 261
9.2.8 Überwiegende öffentliche Interessen 262
9.2.9 Erste Judikatur 263
9.3 Thesenbildung 263
9.3.1 Kompatibilität der verwendeten Kriterien 264
9.3.2 Stufenweise Anwendung des Kriterienkatalogs 265
a) Aktuelle Konkurrenz: de facto Erheblichkeitsschwellen 266
b) Potentielle Konkurrenz 267
c) Stellung der Marktgegenseite 267
9.3.3 Überblick über verwendete Kriterien 268

10 Rechtsvergleichung als Auslegungselement 276

10.1 Vorbemerkungen 276
10.2 Rechtsvergleichende Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» 278
10.2.1 Grundzüge der Europäischen Wettbewerbsordnung 279
10.2.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» durch die Praxis der Europäischen Kommission 284

a) Merck / Rhône-Poulenc – Merial ... 285
b) Krupp-Hoesch / Thyssen ... 285
c) Crédit Suisse / Winterthur ... 286
d) Siemens / Elektrowatt ... 287
e) Watt AG (II) ... 288
f) VW ... 289
g) Hoffmann-La Roche / Böhringer Mannheim ... 290
h) SBG / SBV ... 291
i) Compaq / Digital ... 292
j) Price Waterhouse / Coopers & Lybrand ... 293
k) Thyssen / Krupp ... 294
l) Exxon / Shell ... 295
m) Daimler Benz / Chrysler ... 296
n) Bertelsmann / Wissenschaftsverlag Springer ... 297
o) Deutsche Post / Danzas ... 297
p) Daimler Chrysler / ADtranz – ABB Daimler Benz Transportation ... 298
q) BAT / Rothmans ... 298
r) Renault / Nissan ... 299
s) Alstom / ABB ... 300
t) Hoechst / Rhône-Poulec ... 300
u) Exxon / Mobil ... 302
v) Freecom / Dangaard ... 304
w) TotalFina / Elf ... 304
x) Alcan / Alusuisse ... 306
y) Volvo / Scania ... 308
z) Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham ... 310
aa) EADS ... 311
bb) VEBA / VIAG ... 313
cc) Siemens / Dematic / VDO / Sachs ... 315
dd) BASF / Bayer / Hoechst – DyStar ... 316
ee) Vivendi / Canal + / Seagram ... 317
ff) Airbus ... 318
gg) Alcatel / Thomson Multimedia / JV ... 318
hh) Siemens / E.ON / Shell / SSG ... 319
ii) Bombardier / ADtranz ... 319
jj) Compass / Selecta ... 320

10.3 Thesenbildung ... 321

10.3.1 Verwendung der Praxis der Europäischen Kommission als Auslegungselement ... 321

a) Unterschiede in der Marktabgrenzung und Marktsituation ... 322

b) Unterschiede im Schutzniveau ... 323
c) Unterschiede im Verfahren ... 327
10.3.2 Exkurs: Problematik von Parallelverfahren ... 328

11 Funktionales Auslegungselement ... 332

11.1 Vorbemerkungen ... 332
11.1.1 Das funktionale Element im Allgemeinen ... 332
11.1.2 Exkurs: Ökonomische Theorie des Rechts ... 334
11.1.3 Kritik am funktionalen Auslegungselement ... 336
a) Unreflektierte Übernahme des soziologischen Funktionsbegriffs ... 336
b) Fehlen methodischer Eigenheiten ... 337
c) «Herantragen» idealtypischer Ordnungsmodelle an die Wirtschaftsverfassung ... 338
d) Verletzung der Gewaltenteilung ... 338
e) Fehlende Sozialbindung subjektiver Rechte ... 339
f) Ausklammerung von Gerechtigkeitsüberlegungen ... 340
11.1.4 Eingliederung des funktionalen Elements in den Methodenkanon ... 343
11.2 Funktionale Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» ... 345
11.2.1 Ausrichtung der Normen auf ein relevantes Bezugssystem ... 345
11.2.2 Überblick über die Leitbilder der Wettbewerbstheorie ... 346
a) Klassische dynamische Wettbewerbstheorie ... 346
b) Neoklassische statische Theorie der vollkommenen Konkurrenz ... 347
c) Ordoliberale Theorie der vollständigen Konkurrenz ... 347
d) Harvard Schule und Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs ... 348
e) Theorie der optimalen Wettbewerbsintensität ... 349
f) Systemtheoretischer Ansatz oder Leitbild der Wettbewerbsfreiheit ... 350
g) Koordinationsmängelkonzept ... 352
h) Chicago Schule und die ökonomische Analyse des Rechts ... 353
i) Harvard Schule und neue Industrieökonomik ... 355
j) Weitere Erklärungsansätze ... 357
11.2.3 Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen ... 357
a) Vorbemerkungen ... 357
b) Vollkommene Konkurrenz, Oligopol und Monopol ... 361
c) Messung von Marktmacht ... 367
d) Horizontale Kooperation ... 374

e) Vertikale Kooperation 378
f) Behinderungs- und Ausschlussstrategien dominanter Unternehmen 383
g) Horizontale Konzentration 398
h) Vertikale Konzentration 404
i) Konglomerate Konzentration 408
11.3 Thesenbildung 409
11.3.1 Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning» und Konzentration auf eindeutig schädliches Verhalten 410
11.3.2 Anwendung eines «rule of reason»-Ansatzes 414
11.3.3 Weitgehender Verzicht auf Wirtschaftspolitik mittels Wettbewerbsrecht 415
11.3.4 Abbau staatlicher Wettbewerbshindernisse und einschränkende Auslegung von Ausnahmebereichen 417

Teil III: Vereinigung der gebildeten Thesen 421

Sachregister 433

Literatur

ABERLE, GERD, *Wettbewerbstheorie* und Wettbewerbspolitik, 2. A., Stuttgart / Berlin / Köln 1992

ABREU, DILIP, Extremal Equilibria of Oligopolistic *Supergames*, in: JET 1986 (39), 191–225

– On the *Theory* of infinitely repeated Games with Discounting, in: Econometrica 1988, 383–396

ACKERMANN, THOMAS, Die neuen EG-*Wettbewerbsregeln* für vertikale Beschränkungen – Ein Wegweiser durch die geplante Gruppenfreistellungsverordnung und die geplanten Leitlinien der Kommission, in: EuZW 1999, 741–746

ADOMEIT, KLAUS, *Rechtstheorie* für Studenten: Normlogik – Methodenlehre – Rechtspolitologie, 3. A., Heidelberg 1990

ALEXY, ROBERT, Theorie der juristischen *Argumentation* – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 2. A., Frankfurt a.M. 1991

AMANN, MATTHIAS, *Zeitungsfusionskontrolle*, Zürich 2000

AMMANN, WERNER, Die *Auslegung* von Verwaltungsrecht durch das Bundesgericht, Zürich 1973

AMSTUTZ, MARC, Form und *Funktion* im Wettbewerbsbeschränkungsrecht – Bemerkungen zu BGE 127 II 32, in: SZW 2001, 248–262

– *Konzernorganisationsrecht* – Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik, Bern 1993

– *Oligopole*, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag (Hrsg. von FORSTMOSER, PETER / VON DER CRONE, HANS C. / WEBER, ROLF H. / ZOBL, DIETER), Zürich 1999, 193–216

ANDREAE, CLEMENS A., Das Gegengewichtsprinzip in der *Wirtschaftsordnung*, in: Markenartikel 1967, 643–648

ANDREAE, CLEMENS A. / GLAHE, WERNER, Das *Gegengewichtsprinzip* in der Wirtschaftsordnung – Bd. I: Wirtschaftliche Macht und Wettbewerb, Köln / Berlin / Bonn / München 1966

AREEDA, PHILLIP, Antitrust *Analysis*, 3. A., Boston / Toronto 1981

AREEDA, PHILLIP / TURNER, DONALD F., *Predatory Pricing* and related Practices under Section 2 of the Sherman Act, in: HLR 1975, 697–733

ARVANITIS, SPYROS / BEZZOLA, MONICA / DONZÉ, LAURANT ET AL., *Innovationsaktivitäten* in der Schweizer Wirtschaft – Eine Analyse der Ergebnisse der Innovationserhebung 1999, Bern 2001

ARVANITIS, SPYROS / MARMET, DAVID, Die preisliche *Wettbewerbsfähigkeit* der schweizerischen Wirtschaftszweige – Eine Analyse anhand von branchenspezifischen Lohnstückkosten, Bern 2000

ARVANITIS, SPYROS / STAIB, DANIEL, Qualitätsbezogene und *Technologische Wettbewerbsfähigkeit* der schweizerischen Industriezweige, Bern 2002

ASSMANN, HEINZ-DIETER, Wirtschaftsrecht in der *Mixed Economy* – auf der Suche nach einem Sozialmodell für das Wirtschaftsrecht, Königstein 1980

– Zur *Steuerung* gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht, in: Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts – Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie (hrsg. von ASSMANN, HEINZ-DIETER / BRÜGGEMEIER, GERT / HART, DIETER / JOERGES, CHRISTIAN), Königstein 1980, 239–341

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS, *Bundesstaatsrecht* der Schweiz Bd. 1 – neubearbeiteter Nachtrag bis 1990, Basel 1991

AUDRETSCH, DAVID B., Divergent *views* in antitrust economics, in: AB 1988, 135–160

AUER, ANDREAS / MALINVERNI, GIORGIO / HOTTELIER, MICHEL, Droit constitutionnel suisse – Vol. II: Les *droits fondamentaux*, Bern 2000

AUERT, MARION, Die *Generalklausel* im öffentlichen Recht, Köln 1960

AXELROD, ROBERT, The Evolution of *Cooperation*, New York 1984

AYDEMIR, ZAVA / BÜHLER, STEFAN, Vertical *Forclosure* – Theorie und wettbewerbspolitische Praxis, in: Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik – Festschrift für Franz Jaeger (hrsg. von FURRER, JÜRG / GEHRIG, BRUNO), Chur / Zürich 2001, 385–402

BAILEY, ELISABETH E. / PANZAR, JOHN C., The Contestability of *Airline Markets* during the Transition to Deregulation, LCP 1981 (44), 125–145

BAIN, JOE S., *Barriers* to new Competition – Their Character and Consequences in Manufacturing Industries, Cambridge 1962

– Industrial *Organization*, 2. A., New York / London / Sydney 1968

BAKER, JONATHAN B., Two Sherman Act section 1 dilemmas: parallel pricing, the *oligopoly* problem, and contemporary economic theory, in: AB 1993, 143–219

BALDI, MARINO, Die Wettbewerbsbestimmungen internationaler *Abkommen* der Schweiz und die Art. 42 / 43 des Kartellgesetzes (KG), in: Kartellrecht auf neuer Grundlage (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Bern / Stuttgart 1989, 279–308

– *Überblick* und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 1996, 3–19

– «Wirksamer *Wettbewerb*» als Schutzobjekt des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, in: Problèmes actuels de droit économique – Mélanges en l'honneur du professeur Charles-André Junod (hrsg. von KNAPP, BLAISE / OBERSON, XAVIER), Basel / Frankfurt a.M. 1997, 49–64

– Zur *Konzeption* des Entwurfs für ein neues Kartellgesetz, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform (hrsg. von ZÄCH, ROGER / ZWEIFEL, PETER), St. Gallen 1995, 253–297

– Zur *Rechtsnatur* des Freihandelsabkommens Schweiz / EWG, in: WuR 1984, 83–103

BALDI, MARINO / BORER, JÜRG, Das neue schweizerische *Kartellgesetz* – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, in: WuW 1998, 343–356

BARTLING, HARTWIG, *Leitbilder* der Wettbewerbspolitik, München 1980

BASEDOW, JÜRGEN, *Weltkartellrecht* – Ausgangslage und Ziele, Methoden und Grenzen der internationalen Vereinheitlichung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1998

BAUDENBACHER, CARL, *Funktionszuwachs* des Staates als wirtschaftsrechtliches Problem, in: SAG 1985, 57–73

– Kartellrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte gesetzesersetzender *Vereinbarungen* zwischen Staat und Wirtschaft – Ein Beitrag zu den staatlich inspirierten Selbstbeschränkungsabkommen, in: JZ 1988, 689–697

– Kartellrechtsforum 2001: Nach dem Aufstieg in die Oberste Liga 1995 nun die *Qualifikation* für die Championsleague?, in: Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik – Festschrift für Franz Jaeger (hrsg. von FURRER, JÜRG / GEHRIG, BRUNO), Chur / Zürich 2001, 353–372

– *Kommentar zu Art. 1 UWG*, in: Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (hrsg. von BAUDENBACHER, CARL), Basel / Genf / München 2001

– *Suggestivwerbung* und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978

– *Verfahren* als Alternative zur Verrechtlichung im Wirtschaftsrecht, in: ZRP 1986, 301–305

– *Vertikalbeschränkungen* im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 826–833

– Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der *allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Zürich 1983

– Zur *funktionalen Anwendung* von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, in: ZHR 1980, 145–170

– Zur *Revision* des schweizerischen Kartellgesetzes, in: AJP 1994, 1367–1375

BAUDENBACHER, CARL / CASPERS, WOLFGANG, *Markenrecht* als Wirtschaftsrecht, in: ÖBl 1996, 215–229

BAUMBERGER, JÖRG / GUYER, PHILIPP, *Wissensanmassung* und Gestaltungswahn – Eine Kritik des Vorentwurfs zum neuen Kartellgesetz, in: NZZ Nr. 249 vom 25. Oktober 1994, 25

BAUMOL, WILLIAM J. / PANZAR JOHN C. / WILLIG ROBERT D., *Contestable Markets* and the Theory of Industry Structure, New York / San Diego / San Francisco et al. 1982

BECK, BERNHARD, Die internationale *Wettbewerbsfähigkeit* der schweizerischen Exportindustrie, Bern / Stuttgart 1990

BELLAMY, CHRISTOPHER W. / CHILD, GRAHAM, Common Market Law of *Competition*, 4. A., London 1993

BERGER, MATHIS, Die *funktionale Konkretisierung* von Art. 2 UWG, Zürich 1997

BERGMAN, MATS A., The Role of the *Essential Facilities* Doctrine, in: AB 2001, 403–434

BERNITZ, ULF, Der Status der *Freihandelsabkommen* mit besonderer Berücksichtigung des Wettbewerbsrechts und der Lage der skandinavischen EFTA-Staaten, in: Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (hrsg. von KOPPENSTEINER, HANS-GEORG), Wien 1987, 221–238

BETTERMANN, KARL AUGUST, Die *verfassungskonforme Auslegung* – Grenzen und Gefahren, Heidelberg 1986

BIAGGINI, GIOVANNI, *Wirtschaftsfreiheit*, in: Verfassungsrecht der Schweiz (hrsg. von THÜRER, DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER, JÖRG P.), Zürich 2001, 779–793

– Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im *Vergleich* – Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen, in ZBl 1996, 49–82

BLAIR, ROGER D. / KASERMAN, DAVID L., *Vertical Integration*, Tying and Antitrust Policy, in: AER 1978, 397–402

BLUMENWITZ, DIETER, *Einführung* in das anglo-amerikanische Recht, 6. A., München 1998

BÖGE, ULF / SCHAUB, ALEXANDER, *Konvergenz* kartellrechtlicher Normen und deren Anwendung auf globale Sachverhalte, in: WuW 2001, 922–933

BOGS, HARALD, Die *verfassungskonforme Auslegung* von Gesetzen, Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1966

BÖHM, FRANZ, *Wettbewerb* und Monopolkampf – Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, Berlin 1933

BORCHERT, MANFRED / GROSSEKETTLER, HEINZ, Preis- und *Wettbewerbstheorie* – Marktprozesse als analytisches Problem und ordnungspolitische Aufgabe, Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1985

BORENSTEIN, SEVERIN, The Evolution of U.S. *Airline Competition*, in: JEP 1992, 45–73

BORER, JÜRG, Beurteilung von *Verhaltensweisen* marktbeherrschender Unternehmen, in: Das Kartellgesetz in der Praxis (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 2000, 35–44

– Erste Erfahrungen im Bereich der *Fusionskontrolle*, in: Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis (hrsg. von MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.), Bern / Stuttgart / Wien 1998, 153–172

– *Kommentar* zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998

– *Schnittstellen* der schweizerischen mit der europäischen Wettbewerbsordnung, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz – Festschrift für Professor Roger Zäch zum 60. Geburtstag (hrsg. von FORSTMOSER, PETER / VON DER CRONE, HANS CASPAR / WEBER, ROLF H. / ZOBL, DIETER), Zürich 1999, 217–226

– *Unternehmenszusammenschlüsse* – Art. 9-11 KG, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 1996, 71–85

BORNER, SILVIO / BRUNETTI, AYMO / STRAUBHAAR, THOMAS, *Schweiz AG* – Vom Sonderfall zum Sanierungsfall?, Zürich 1990

BORNER, SILVIO / BRUNETTI, AYMO / WEDER, ROLF, Ökonomische *Analyse* zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform (hrsg. von ZÄCH, ROGER / ZWEIFEL, PETER), St. Gallen 1995, 35–92

BORNER, SILVIO / PORTER, MICHAEL E. / WEDER, ROLF / ENRIGHT, MICHAEL, Internationale Wettbewerbsvorteile: Ein strategisches *Konzept* für die Schweiz, Frankfurt / New York 1991

BORK, ROBERT H., The Antitrust *Paradox* – A Policy at War with Itself, New York 1978

BOVAY, BENOÎT, *Procédure administrative*, Bern 2000

BOWMAN, WARD S. JR., *Tying Arrangements* and the Leverage Problem, in: Economic Analysis and Antitrust Law (hrsg. von CALVANI, TERRY / SIEGFRIED, JOHN), 2. A., Boston / Toronto 1988, 245–254

BRECHBÜHL, BEAT / DJALALI, JASMIN, Die zivilrechtliche *Folge* einer unzulässigen Wettbewerbsabrede, in: SZW 1997, 102–108

BREINING-KAUFMANN, CHRISTINE, Deregulierung und *Europaverträglichkeit* als Maximen der Gesetzgebung im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994 (hrsg. von WALDER, HANS ULRICH / JAAG, TOBIAS / ZOBL, DIETER), Zürich 1994, 441–462

BREM, ERNST, *Funktionale Rechtsanwendung* und Interessenjurisprudenz, in: Beiträge zur Methode des Rechts – St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981 (hrsg. von der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften und dem St. Gallischen Juristenverein), Bern 1981, 87–98

BRENNAN, TIMOTHY J., Understanding «raising rivals' costs», in: AB 1988, 95–113

BRINKER, INGO, Ansätze für eine EG-konforme *Auslegung* des nationalen Rechts, in: WuW 1996, 549–558

BROCK, WILLIAM A., Contestable Markets and the Theory of Industry Structure: A *Review* Article, in: JPE 1983, 1055–1066

BROHM, WINFRIED, *Wirtschaftsrecht* – Anrecht und Aufgabe, in: DöV 1979, 18–27

BUCHANAN, JAMES M., Constitutional *Economics*, Oxford / Cambridge 1990

– The *Domain* of Constitutional Economics, in: CPE 1990, 1–18

BUDZINSKI, OLIVER, Wirtschaftspolitische Implikationen evolutorischer *Ordnungsökonomik* – Das Beispiel ordnungskonformer ökologischer Wirtschaftspolitik, Marburg 2000

BUNTE, HERMANN-JOSEF, *Generelle Prinzipien von Art. 81 EGV*, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Bd. 1 (hrsg. von LANGEN, EUGEN / BUNTE, HERMANN-JOSEF), 9. A., Neuwied / Kriftel 2001

BÜRGI, JOHANNES A., *SMA II* – Bundesgericht vom 5. Februar 2001, in: sic! 2001, 222–230

BUTZ, DAVID A. / KLEIT, ANDREW N., Are *Vertical Restraints* Pro- or Anticompetitive? Lessons from Interstate Circuit, in: JLE 2001, 131–159

BYDLINSKI, FRANZ, *Gerechtigkeit* als rechtspraktischer Massstab kraft Sach- und Systemzusammenhangs, in: Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts – Festschrift für Theo Mayler-Maly zum 65. Geburtstag (hrsg. von BECK-MANNAGETTA, MARGARETHE / BÖHM, HELMUT / GRAF, GEORG), Wien / New York 1996, 107–162

– Juristische Methodenlehre und *Rechtsbegriff*, 2. A., Wien / New York 1991

CABRAL, LUIS M. B. / RIORDAN, MICHAEL H., The *Learning Curve*, Market Dominance, and Predatory Pricing, in: Econometrica 1994, 1115–1140

CAMPICHE, EDOUARD GEORGES, Die *verfassungskonforme Auslegung* – Stellung und Abgrenzung zur Normenkontrolle, Aarau 1978

CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Systemdenken* und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. A., Berlin 1983

CAVES RICHARD E. / PORTER MICHAEL E., From Entry to *Mobility Barriers*: conjectural Decisions and contrived Deterrence to new Competition, in: QJE 1977, 241–261

CELLI, ALESSANDRO L. / KALBERER, DAVID M., *Abfallentsorgung* beim Elektroschrott im Spannungsverhältnis zwischen Umweltrecht und Wettbewerbsrecht – SWICO-Umweltkonvention, in: sic! 1999, 327–339

CHABLOZ, ISABELLE, *Influences* du droit européen sur le droit suisse des «cartels», in: La décartellisation en Suisse: Influences européennes (hrsg. von STOFFEL, WALTER A. / DEISS, JOSEPH), Fribourg 1999, 21–54

CHENG, LEONARD, Comparing *Bertrand and Cournot* equilibria: a geometric approach, in: RAND 1985, 146–152

CHRIST, BENEDICT F., Die *Submissionsabsprache* – Rechtswirklichkeit und Rechtslage, Freiburg 1999

CHURCH, JEFFREY / WARE, ROGER, Industrial *Organization* – A Strategic Approach, Boston / Burr Ridge / Madison et al. 2000

CLARK JOHN M., Competition: Static Models and *Dynamic Aspects*, in: AER 1955, 450–462

– Toward a Concept of *Workable Competition*, in: AER 1940, 241–256

CLARKE, ROGER, *Conglomerate Firms*, in: The Economics of the Firm (hrsg. von CLARKE, ROGER / MCGUINESS, TONY), Oxford 1987, 107–132

CLERC, EVELYNE, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique – Étude comparée des solutions au titre de l'accord OMC sur les marchés publics, du droit communautaire et des nouvelles réglementations suisses, Fribourg 1997

COASE, RONALD H., The Problem of *Social Cost*, in: JLE 1960, 1–44

COMANOR, WILLIAM S., Vertical *Price-Fixing*, Vertical Market Restrictions, and the new Antitrust Policy, in HLR 1985, 983–1002

COMANOR, WILLIAM S. / LEIBENSTEIN, HARVEY, Allocative Efficiency, X-Efficiency and the Measurement of *Welfare Losses*, in: The Collected Essays of Harvey Leibenstein – Vol. 2: X-Efficiency and Micro-Micro-Theory (hrsg. von BUTTON, KENNETH), Southhampton 1989, 27–32

COOK, JOHN C. / KERSE, CHRISTOPHER S., E.C. *Merger Control*, 2. A., London / Dublin / Hong Kong 1996

COOPER, THOMAS E., Most-favored-customer pricing and *tacit collusion*, in: RAND 1986, 377–388

COOTER, ROBERT / ULEN, THOMAS, Law and *Economics*, 2. A., Reading / Menlo Park / New York et al. 1996

COTTIER, THOMAS, Die Verfassung und das Erfordernis der gesetzlichen *Grundlage*, 2. A., Chur / Zürich 1991

CROCKER, KEITH J. / LYON, THOMAS P., What do «*Facilitating Practices*» facilitate? An empirical Investigation of most-favored-nation Clauses in Natural Gas Contracts, in: JLE 1994, 297–322

DALLAFIOR, ROBERTO, *Kommentar zu Art. 7 KG*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (hrsg. von HOMBURGER, ERIC / SCHMIDHAUSER, BRUNO / HOFFET, FRANZ / DUCREY, PATRIK), Zürich 1997

DANNECKER, GERHARD, *Kommentar zu Art. 15 VO Nr. 17*, in: EG-Wettbewerbsrecht – Bd. II (hrsg. von IMMENGA, ULRICH / MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM), München 1997

DAVIDOW, JOEL, Some *Reflections* on the OECD Competition Guidelines, in: AB 1977, 441–458

– The UNCTAD Restrictive Business Practices *Code*, in: Legal Problems of Codes of Conduct for multinational Enterprises (hrsg. von HORN, NORBERT), Deventer 1980, 193–210

DAVIDSON, CARL / DENECKERE, RAYMOND, Long-run competition in *capacity*, short-run competition in price, and the Cournot model, in: RAND 1986, 404–415

DAVIES, STEVE, Vertical *Integration*, in: The Economics of the Firm (hrsg. von CLARKE, ROGER / MCGUINESS, TONY), Oxford 1987, 83–106

DEMSETZ, *Barriers* to Entry, in: AER 1982, 47–57

DESCHENAUX, HENRI, Der *Einleitungstitel*, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. 2: Einleitung und Personenrecht (hrsg. von GUTZWILLER, MAX), Basel / Stuttgart 1967, 1–284

DESELAERS, WOLFGANG / OBST, SILKE, Weissbuch zum Europäischen Kartellrecht – *Rechtssicherheit* ade?, in: EWS 2000, 41–46

DETTLING-OTT, REGULA, Abkommen über den *Luftverkehr*, in: Bilaterale Verträge Schweiz – EG: Ein Handbuch (hrsg. von THÜRER, DANIEL / WEBER, ROLF H. / ZÄCH, ROGER), Zürich 2002, 459–513

DICK, ANDREW R., When are *Cartels* Stable Contracts?, in: JLE 1996, 241–283

DIETRICH, MARCEL, *Vorbemerkungen zu Art. 39-44 KG*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (hrsg. von HOMBURGER, ERIC / SCHMIDHAUSER, BRUNO / HOFFET, FRANZ / DUCREY, PATRIK), Zürich 1997

DIRKSEN, DIRK, *Kommentar zu Art. 82 EGV*, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Bd. 1 (hrsg. von LANGEN, EUGEN / BUNTE, HERMANN-JOSEF), 9. A., Neuwied / Kriftel 2001

DIXIT, AVINASH, *Comparative Statics* for Oligopoly, in: IER 1986, 107–122

– The Role of Investment in *Entry-Deterrence*, in: EJ 1980, 95–106

DRAUZ, GÖTZ / SCHROEDER, DIRK, *Praxis* der europäischen Fusionskontrolle, 3. A., Köln 1995

DROLSHAMMER, JENS / DUCREY, PATRIK, Die *Kontrolle* von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten schweizerischen Kartellgesetz, in: WuW 1997, 14–29

DRUEY, JEAN NICOLAS, *Wirtschaftsrecht* – leben und lehren, in: ZSR 2001 I, 1–10

DUCREY, PATRIK, *Vorbemerkungen zu Art. 50-57* sowie *58 und 59 KG* / *Kommentar zu Art. 50 KG*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (hrsg. von HOMBURGER, ERIC / SCHMIDHAUSER, BRUNO / HOFFET, FRANZ / DUCREY, PATRIK), Zürich 1997

DUCREY, PATRIK / DROLSHAMMER JENS, *Kommentar zu Art. 10* und *11 KG*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (hrsg. von HOMBURGER, ERIC / SCHMIDHAUSER, BRUNO / HOFFET, FRANZ / DUCREY, PATRIK), Zürich 1997

DWORKIN, RONALD, Taking *Rights* Seriously, London 1977

EATON, CURTIS B. / LIPSEY, RICHARD G., The Theory of Market *Pre-emption*: The Persistence of Excess Capacity and Monopoly in Growing Spatial Markets, in: Economica 1979, 149–158

EGLI, PATRICIA / KOKOTT, JULIANE, *Sebago Inc*. and Ancienne Maison Dubois & Fils SA v. GB-Unic SA., in: AJIL 2000, 386–391

EICHENBERGER, KURT, *Verfassung* des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, Aarau / Frankfurt a.M. / Salzburg 1986

EIDENMÜLLER, HORST, *Effizienz* als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 2. A., Tübingen 1998

ENGISCH, KARL, Einführung in das juristische *Denken*, 8. A., Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz 1983

ESSER, JOSEF, Bemerkungen zur *Unentbehrlichkeit* des juristischen Handwerkszeugs, in: JZ 1975, 555–558

– *Grundsatz* und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956

– *Methodik* des Privatrechts, in: Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden 11. Lieferung: Methoden der Rechtswissenschaft Teil I, München / Wien 1972

– *Vorverständnis* und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970

ETTER, BORIS, *Konkurrenzverbote* beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, 481–490

EUCKEN, WALTER, Die *Wettbewerbsordnung* und ihre Verwirklichung, in: ORDO 1949 (2), 1–99

– Grundsätze der *Wirtschaftspolitik*, Tübingen 1990

EVD / seco, Schweizer *Wirtschaftspolitik* im Urteil der internationalen Organisationen, Bern 2001

FATOUROS, ARGHYRIOS A., The OECD *Guidelines* in a globalising World – OECD Working Papers VII/66, Paris 1999

FIKENTSCHER, WOLFGANG, *Methoden* des Rechts in vergleichender Darstellung – Bd. III: Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976

– *Wirtschaftsrecht* Bd. 1: Weltwirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht, München 1983

– Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an *Weissbuch* und VO-Entwurf zu Art. 81, 82 EG-Vertrag, in: WuW 2001, 446–458

FIKENTSCHER, WOLFGANG / DREXL, JOSEF, Der *Draft* International Antitrust Code – Zur institutionellen Struktur eines künftigen Weltkartellrechts, in: RIW 1994, 93–99

FIKENTSCHER, WOLFGANG / HEINEMANN, ANDREAS, Der «Draft International Antitrust Code» – Initiative für ein *Weltkartellrecht* im Rahmen des GATT, in: WuW 1994, 97–107

FIKENTSCHER, WOLFGANG / STRAUB, WOLFGANG, Der RBP-Kodex der Vereinten Nationen: *Weltkartellrichtlinien (I)*, in: GRUR Int. 1982, 637–646

– Der RBP-Kodex der Vereinten Nationen: *Weltkartellrichtlinien (II)*, in: GRUR Int. 1982, 727–739

FLEINER-GERSTER, THOMAS, *Grundzüge* des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. A., Zürich 1980

FLEISCHER, HOLGER / KÖRBER, TORSTEN, Der *Einfluss* des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht, in: WuW 2001. 6–19

FORSTHOFF, ERNST, Zur Problematik der *Verfassungsauslegung*, Stuttgart 1961

FORSTMOSER, PETER / SCHLUEP, WALTER R., Einführung in die Rechtswissenschaft – Bd. I: Einführung in das Recht, Bern 1992

FRANTZ, ROGER S., *X-Efficiency*: Theory, Evidence and Applications, 2. A., Boston / Dordrecht / London 1997

FRIDEN, GEORGES / JORNA, MARC, *Art. 85 Fallgruppen (Marktabsprachen)*, in: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Bd. 2/I: Art. 85-87 EGV (hrsg. von VON DER GROEBEN, HANS / THIESING, JOCHEN / EHLERMANN, CLAUS-DIETER), 5. A., Baden-Baden 1999

FRIEDMAN, DANIEL, On economic *applications* of evolutionary game theory, in: JEE 1998, 15–43

FRITZSCHE, JÖRG, Die *Auslegung* des § 1 GWB und die Behandlung von Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht, Köln / Berlin / Bonn / München 1993

FRÖHLER, LUDWIG, Das Wirtschaftsrecht als *Instrument* der Wirtschaftspolitik, Wien / New York 1969

FRÖHLICHER, KURT, Die *Kartellkommission* und der Wettbewerb, in: WuR 1968, 240–256

FUDENBERG, DREW / TIROLE, JEAN, A «signal-jamming» theory of *predation*, in: RAND 1986 366–376

– *Dynamic Models* of Oligopoly, Chur / London / Paris et al. 1986

FUNK, BERND-CHRISTIAN, Das *Wirtschaftsverwaltungsrecht* als Teil des Wirtschaftsrechts. Versuch einer systematischen Bestimmung, in: Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft –Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag (Hrsg. von OBERNDORFER, PETER / SCHAMBECK, HERBERT), Berlin 1980, 299–320

GABSZEWICZ, JEAN J., *Strategic Interaction* and Markets, Oxford / New York 1999

GADAMER, HANS-GEORG, *Wahrheit* und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 3. A., Tübingen 1972

GALBRAITH, JOHN K., American *Capitalism* – The Concept of Countervailing Power, New Brunswick / London 1993

GALLEGO, AURORA GARCÌA, Oligopoly experimentation of learning with *simulated markets*, JEBO 1998 (35), 333–355

GARSTKA, HANSJÜRGEN, *Generalklauseln*, in: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie (hrsg. von KOCH, HANS-JOACHIM), Kronberg 1976, 96–123

GAST, WOLFGANG, Juristische *Rhetorik* – Auslegung, Begründung, Subsumtion, 3. A., Heidelberg 1997

GEIGER, ANDREAS, Die neuen *Leitlinien* der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 EG[V] auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, in: EuZW 2000, 325–328

GELLHORN, ERNEST / KOVACIC, WILLIAM E., *Antitrust Law* and Economics, 4. A., St. Paul 1994

GEORGE, KENNETH D. / JOLL, CAROLINE / LYNK E. L., Industrial *Organisation* – Competition, Growth and Structural Change, 4. A., London / New York, 1992

GERMANN, OSCAR ADOLF, *Gesetzeslücken* und ergänzende Rechtsfindung, in: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965, 111–226

– *Methoden* der Gesetzesauslegung, in: Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965, 47–110

– *Präjudizien* als Rechtsquelle – Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, Stockholm / Göteborg / Uppsala 1960

GERWING, BERND, Kooperative *Gemeinschaftsunternehmen* im EWG-Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzungsfrage – Eine Analyse der Praxis der EG-Kommission, Köln / Berlin / Bonn / München 1994

GIACOMETTI, ZACCARIA, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen *Verwaltungsrecht*s Bd. 1, Zürich 1960

GIBBONS, ROBERT, A Primer in *Game Theory*, Harlow 1992

GIFFORD, DANIEL J., *Predatory Pricing* Analysis in the Supreme Court, in: AB 1994, 431–483

GOYDER, DANIEL G., EC *Competition* Law, 3. A., Oxford 1998

GRABITZ, EBERHARD, Die verfassungsorientierte *Konkretisierung* wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln, in: ZHR 1985, 263–299

GRANITZ, ELIZABETH / KLEIN, BENJAMIN, *Monpolization* by «Raising Rivals' Costs»: The Standard Oil Case, in: JLE 1996 1–47

GREER, DOUGLAS F., Industrial Organization and Public *Policy*, 3. A., New York / Toronto et al. 1992

GREWLICH, KLAUS W., Die UN-Konvention über einen Verhaltenskodex für *Linienkonferenzen*, in: ZaöRV 1975 742–758

GRILL, GERHARD, *Vorbemerkungen zu Art. 81-86 EGV*, *Kommentar zu Art. 81* und *82 EGV,* in: EG-Vertrag – Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften, in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung (hrsg. von LENZ, CARL OTTO), 2. A., Köln / Basel / Wien 1999

GRIMM, DIETER, *Entscheidungsfolgen* als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts, in: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, Baden-Baden 1995

GRISEL, ETIENNE, Liberté du commerce et de l'industrie – Libéralisme et droit économique en suisse – Vol. I: *Partie générale*, Bern 1993

– Liberté du commerce et de l'industrie – Libéralisme et droit économique en suisse – Vol. II: *Partie spéciale*, Bern 1995

GROSSFELD, BERNHARD / HÜBNER, ULRICH, Erklärung und *Leitsätze* der OECD für multinationale Unternehmen, in: ZGR 1978, 156–172

GÜNTHER, EBERHARD, Europäische *Konvention* zur Kontrolle internationaler Kartelle, in: WuW 1952, 243–258

GUTERSOHN, ALFRED / GEISBÜSCH, HANS-GEORG, Das Gegengewichtsprinzip in der Wirtschaftsordnung – Bd. II: Machtungleichgewichte und Gegengewichtsbildungen in der *Wirtschaftswirklichkeit*, Köln / Berlin / Bonn / München 1966

GYGI, FRITZ, Die schweizerische *Wirtschaftsverfassung*, in: ZSR 1970 II, 265–389

– *Verwaltungsrecht* – Eine Einführung, Bern 1986

– Verfassungsrechtliche *Richtpunkte* einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, in:, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht (hrsg. von GYGI, FRITZ), Bern 1986, 141–161

GYGI, FRITZ / RICHLI, PAUL, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983

– *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. A., Bern 1997

GYGI, FRITZ / SCHLUEP, WALTER R., Schweizerisches *Wirtschaftsrecht*, in: Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts – Siebzehn Landesberichte zu einem internationalen Symposion (hrsg. von RINCK, GERD), Frankfurt a.M. / Berlin 1971, 87–100

HÄBERLE, PETER, Die *Gemeinwohlproblematik* in rechtswissenschaftlicher Sicht, in: RT 1983, 257–284

– Die *Menschenwürde* als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung (hrsg. von ISENSEE, JOSEF / KIRCHHOF, PAUL), Heidelberg 1987, 815–862

– Grundrechtsgeltung und *Grundrechtsinterpretation* im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsfindung als «fünfter» Auslegungsmethode, in: JZ 1989, 913–919

HABERMAS, JÜRGEN, Zur *Rekonstruktion* des Historischen Materialismus, Frankfurt a.M. 1976

HADDOCK, DAVID D., On the *Basing-Point* System: Comment, in: AER 1990, 957–962

HÄFELIN, ULRICH, Die *verfassungskonforme Auslegung* und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge – Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 241–260

– Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef (hrsg. von HÄFELIN, ULRICH / HALLER, WALTER / MÜLLER, GEORG / SCHINDLER, DIETRICH), Zürich 1981, 91–124

HÄFELIN, ULRICH / HALLER, WALTER, Schweizerisches *Bundesstaatsrecht* – Die neue Bundesverfassung, 5. A., Zürich 2001

HÄFELIN, ULRICH / MÜLLER, GEORG, Grundriss des Allgemeinen *Verwaltungsrecht*s, 3. A., Zürich 1998

HALBHERR, PHILIPP / HARABI, NAJIB / BACHEM, MARTIN, Die schweizerische *Wettbewerbsfähigkeit* auf dem Prüfstand: Herausforderungen an Politik, Wirtschaft und Wissenschaft: Synthese der Forschungsergebnisse des Nationalen Forschungsprogramms Nr. 9, Bern / Stuttgart 1988

HANGARTNER, YVO, Das Grundrecht der *Wirtschaftsfreiheit*, in: Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik – Festschrift für Franz Jaeger (hrsg. von FURRER, JÜRG / GEHRIG, BRUNO), Chur / Zürich 2001, 337–352

– Grundzüge des schweizerischen *Staatsrecht*s Bd. I: Organisation, Zürich 1980

– Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts Bd. II: *Grundrechte*, Zürich 1982

HASSEMER, WINFRIED, *Tatbestand* und Typus – Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, Köln / Berlin / Bonn / München 1967

HAUBELT, HORST WILHELM, Die *Konkretisierung* von Generalklauseln, Augsburg 1978

HAUSER, HEINZ / SCHANZ, KAI-UWE, Das neue *GATT* – Die neue Welthandelsordnung nach Abschluss der Uruguay-Runde, München / Wien 1995

HAY, GEORGE A., *Oligopoly*, Shared Monopoly, and Antitrust Law, in: Economic Analysis and Antitrust Law (hrsg. von CALVANI, TERRY / SIEGFRIED, JOHN), 2. A., Boston / Toronto 1988, 160–184

HEER, PETER, Zum *Begriff* des «wirksamen Wettbewerbs» am Beispiel des Pharmamarktes, in: Probleme des Kartellverwaltungsrechts – Festschrift für Bruno Schmidhauser zum 60. Geburtstag (hrsg. von SCHÜRMANN, LEO), Bern 1991, 119–135

HEGNAUER, CYRIL, Grundriss des *Kindesrecht*s und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999

HEGNAUER, CYRIL / BREITSCHMID, PETER, Grundriss des *Eherecht*s, 4. A., Bern 2000

HEIDEGGER, MARTIN, *Sein und Zeit*, Frankfurt a.M. 1977

HEINI, ANTON / SCHERRER URS, *Kommentar zu Art. 60 ZGB*, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Schweizerisches Zivilgesetzbuch I: Art. 1-359 ZGB (hrsg. von HONSELL, HEINRICH / VOGT, NEDIM P. / GEISER THOMAS), Basel / Frankfurt a.M. 1996

HERBERGER, MAXIMILIAN, Die deskriptiven und normativen *Tatbestandsmerkmale* im Strafrecht, in: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie (hrsg. von KOCH, HANS-JOACHIM), Kronberg 1976, 124–154

HERDEGEN, MATTHIAS, Internationales *Wirtschaftsrecht*, 3. A., München 2002

– *Völkerrecht*, München 2000

HERDZINA, KLAUS, *Wettbewerbspolitik*, 5. A., Stuttgart 1999

HESSE, KONRAD, Grundzüge des *Verfassungsrecht*s der Bundesrepublik Deutschland, 20. A., Heidelberg 1995

HETTICH, PETER / WINKLER, STEPHAN, Aspekte der *Kartellgesetzrevision*, in: AJP 2001, 675–684

HINDERLING, HANS GEORG, Rechtsnorm und *Verstehen* – Die methodischen Folgen einer allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung, Bern 1971

HINTZE, GERHARD, Aus der Praxis des Kartellsenats beim Kammergericht, insbesondere die *Anwendungsmöglichkeit* volkswirtschaftlicher Theorien, in: WuW 1970, 571–582

HIRSBRUNNER, SIMON, Neue Entwicklungen der Europäischen *Fusionskontrolle* in den Jahren 1999-2000, in: EuZW 2001, 197–202

HIRSCH, MARTIN / BURKERT, THOMAS O. J., *Kommentar* zum EG-Kartellrecht – Bd. 1: Art. 85 und Gruppenfreistellungsverordnungen (hrsg. von GLEISS, ALFRED / HIRSCH, MARTIN), 4. A., Heidelberg 1993

HIRSCH, WERNER Z., Law and *Economics* – An introductory Analysis, 3. A., San Diego / London / Boston et al., 1999

HOFFET, FRANZ, *Kommentar zu Art. 1, 5* und *8 KG*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (hrsg. von HOMBURGER, ERIC / SCHMIDHAUSER, BRUNO / HOFFET, FRANZ / DUCREY, PATRIK), Zürich 1997

– Unternehmenszusammenschlüsse – Materielles *Fusionskontrollrecht*, Art. 9-10 KG, in: Das Kartellgesetz in der Praxis (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 2000, 45–73

– Zum Verständnis des Begriffs der Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 f. KG – Bemerkungen zum Entscheid «Engra T» des Bundesgerichts vom 13. November 1998, in: sic! 1999, 346–347

HOFFET, FRANZ / HOEHN, THOMAS, Zusammenschlusskontrolle im *Medienbereich* – Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, in: sic! 1999, 232–246

HOFMANN, HASSO, *Grundpflichten* und Grundrechte, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd. V: Allgemeine Grundrechtslehren (hrsg. von ISENSEE, JOSEF / KIRCHHOF, PAUL), Heidelberg 1992, 321–352

HOFSTETTER, KARL / SCHILTKNECHT, RETO, Fusions- und *Marktmachtkontrolle* im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: SJZ 1997, 121–130

HÖHN, ERNST, Die Bedeutung der *Verfassung* für die Auslegung der Gesetze, in: Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag (hrsg. von HALLER, WALTER / KÖLZ, ALFRED / MÜLLER, GEORG / THÜRER, DANIEL), Zürich 1989, 257–298

– Praktische Methodik der *Gesetzesauslegung*, Zürich 1993

HOLT, CHARLES A. / SCHEFFMAN, DAVID T., Facilitating practices: the effects of *advance notice* and best-price policies, in: RAND 1987, 187–197

HOMBURGER, ERIC, *Kommentar* zum Schweizerischen Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 – mit vergleichenden Hinweisen auf die Wettbewerbsrechte der BRD, EG und USA, Zürich 1990

– Kritische *Bemerkungen* zum Artikel von Prof. Dr. rer. Pol. et lic. iur. Hugo Sieber über die Kriterien der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, in: WuR 1973, 123–125

– *Wettbewerbsrecht*, in: Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts (hrsg. von SCHINDLER, DIETRICH / HERTIG, GÉRARD / KELLENBERGER, JAKOB ET AL.), Zürich 1990, 357–376

– Zur Funktion des Kartellrechts in einer auf *Privatautonomie* beruhenden Wirtschaftsordnung, in: WuR 1976, 333–346

– Zur international-kartellrechtlichen *Situation* der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Freihandelsvertrages mit der EWG, in: SJZ 1972, 337–343

HOPPMANN, ERICH, Das Konzept der optimalen *Wettbewerbsintensität* – Rivalität oder Freiheit des Wettbewerbs: Zum Problem eines wettbewerbspolitisch adäquaten Ansatzes der Wettbewerbstheorie, in: JNS 1966, 286–323

– Das *Konzept* des wirksamen Preiswettbewerbs – dargestellt am Beispiel der Arzneimittelmärkte, Tübingen 1978

– *Marktmacht* und Wettbewerb (Beurteilungskriterien und Lösungsmöglichkeiten), Tübingen 1977

HOPT, KLAUS J., Rechtssoziologische und rechtsinformatorische *Aspekte* im Wirtschaftsrecht, in: BB 1972, 1017–1024

HOTZ-HART, BEAT / MÄDER, STEFAN / VOCK, PATRICK ET AL., *Volkswirtschaft* der Schweiz, 3. A., Zürich 2001

HOVENKAMP, HERBERT, Federal Antitrust Policy – The Law of *Competition* and its Practice, 2. A., St. Paul 1999

HUBER, EUGEN, Recht und *Rechtsverwirklichung* – Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, Basel 1921

HUG, WALTHER / KAUFMANN, OTTO K., *Wirtschaftsrecht*, in: Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft Bd. 2, Bern 1955, 599–614

IMMENGA, ULRICH, Conflicts between Competition Policy and *Industrial Policy*: A Comparative View on Potential Responses, in: Towards WTO Competition Rules – Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Bern und The Hague / London / Boston 1999, 343–360

– *Kommentar zu § 8 GWB*, in: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar (hrsg. von IMMENGA, ULRICH / MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM), 3. A., München 2001

– Konzentrationskontrolle und *Sanierungsfusion*, in: ZHR 1973, 334–355

JAEGER, FRANZ, Wettbewerbstheoretische *Fundierung* des neuen schweizerischen Kartell- und Fusionsrechts, in: Finanz- und Wirtschaftspolitik in Theorie und Praxis – Festschrift zum 60. Geburtstag von Alfred Meier (hrsg. von SCHMID, HANS / SLEMBECK, TILMAN), Bern / Stuttgart / Wien 1997, 441–467

JELLINEK, WALTER, *Gesetz*, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung – Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und –verfügungen, Aalen 1964

JHERING, RUDOLPH VON, Der *Zweck* im Recht (II. Band), 4. A., Leipzig 1905

JOSKOW, PAUL L. / KLEVORICK, ALVIN K., A *Framework* for Analyzing Predatory Pricing Policy, in: YLJ 1979, 213–270

JUNG, CHRISTIAN H.A., *Kommentar zu Art. 82 EGV*, in: Das Recht der Europäischen Union (hrsg. von GRABITZ, EBERHARD / HILF, MEINHARD), München 2001

KANTZENBACH, ERHARD, Die *Funktionsfähigkeit* des Wettbewerbs, 2. A., Göttingen 1969

KANTZENBACH, ERHARD / KOTTMANN, ELKE / KRÜGER, REINALD, *Kollektive Marktbeherrschung*: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996

KAPPEL, ROLF / LANDMANN, OLIVER, Die Schweiz im globalen *Wandel* – Aussenwirtschaftliche und entwicklungspolitische Herausforderungen: Schlussbericht des Nationalen Forschungsprogramms 28, Zürich 1997

KATZ, MICHAEL L., *Vertical Contractual Relations*, in: Handbook of Industrial Organization – Volume I (hrsg. von SCHMALENSEE, RICHARD / WILLIG, ROBERT D.), Amsterdam / New York / Oxford et al., 655–721

KAUFMANN, ARTHUR, Beiträge zur Juristischen *Hermeneutik* sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen, Köln / Berlin / Bonn / München 1984

KAYSER, MARTIN / RICHTER, DAGMAR, Die neue schweizerische *Bundesverfassung*, in: ZaöRV 1999, 985–1063

KELLERHALS, ANDREAS, Wirtschaftsrecht als Recht der Wirtschaft – *Bemerkungen* zu Walter R. Schlueps Wirtschaftsrechtsverständnis, in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht – Zur Emeritierung von Walter R. Schluep (hrsg. von KELLERHALS, ANDREAS), Zürich 1995, 5–30

KELSEN, HANS, Reine *Rechtslehre*, 2. A., Wien 1960/1983

KESSIDES, IOANNIS N., *Entry* and Market Contestability: The Evidence from the United States, in: Entry and Market Contestability – An International Comparison (hrsg. von GEROSKI, PAUL / SCHWALBACH, JOACHIM), Oxford / Cambridge 1991, 23–48

KHEMANI, RUGHVIR S., SHAPIRO, DAVID M., On entry and *mobility barriers*, in: AB 1988, 115–134

KIMMINICH, OTTO / HOBE, STEPHAN, Einführung in das *Völkerrecht*, 7. A., Tübingen / Basel 2000

KINDLER, THOMAS, *Händlerverträge* in der Schweizer Automobilbranche – unter besonderer Berücksichtigung vertriebs- und wettbewerbsrechtlicher Gesichtspunkte, Bern 2000

KIRCHGÄSSNER, GEBHARD, *Homo Oeconomicus* – Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 2. A., Tübingen 2000

KIRCHNER, CHRISTIAN, *Ökonomische Analyse* des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft, in: Ökonomische Analyse des Rechts (hrsg. von ASSMANN, HEINZ-DIETER / KIRCHNER, CHRISTIAN / SCHANZE, ERICH), Kronberg 1978, 75–93

– *Ökonomische Theorie* des Rechts, Berlin / New York 1997

– Rechtliche *Rahmenbedingungen* für Kooperationen: Eine kritische Analyse des deutschen und europäischen Wettbewerbs- und Kartellrechts, in: Kooperation im Wettbewerb – Neue Formen und Gestaltungskonzepte im Zeichen von Globalisierung und Informationstechnologie (hrsg. von ENGELHARD, JOHANN / SINZ, ELMAR J.), Wiesbaden 1999, 445–477

KLAUSER, WERNER, Funktionale Rechtstheorie – Eine *Gefahr* für unsere Rechtsordnung?, in: NJW 1980, 753–754

KLEINEWEFERS, HENNER, Ökonomische *Theorie* des Rechts – Über Unterschiede zwischen dem ökonomischen und dem juristischen Denken, in: Staat und Gesellschaft – Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag (hrsg. von DICKE, DETLEV-CHRISTIAN / FLEINER-GERSTER, THOMAS), Freiburg 1987, 83–116

KLEY, ANDREAS, *Grundpflichten* Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, St. Gallen 1989

KNAAK, ROLAND / JOLLER, GALLUS, Die Beurteilung von *Parallelimporte*n im schweizerischen Patent-, Urheber- und Markenrecht – drei aktuelle Grundsatzentscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, in: WRP 2000, 1089–1097

KNAPP, BLAISE, *Grundlagen* des Verwaltungsrechts Bd. *I*, Basel / Frankfurt a.M., 1992

– *Grundlagen* des Verwaltungsrechts Bd. *II*, Basel / Frankfurt a.M., 1993

KOCH, HANS-JOACHIM, Der unbestimmte *Rechtsbegriff* im Verwaltungsrecht, in: Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie (hrsg. von KOCH, HANS-JOACHIM), Kronberg 1976, 186–213

KOCH, HANS-JOACHIM / RÜSSMANN, HELMUT, Juristische *Begründungslehre* – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982

KOLLER, ALFRED, Zur Frage der unmittelbaren *Anwendbarkeit* von Art. 23 des Freihandelsabkommen Schweiz – EWG, in: Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux (hrsg. von der Faculté de droit et des sciences économiques et sociales de l'Université de Fribourg Suisse), Fribourg 1977, 591–616

KOLLER, HEINRICH, Der *Einleitungstitel* und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, in: AJP 1999, 656–665

KÖLZ, ALFRED / HÄNER, ISABELLE, *Verwaltungsverfahren* und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998

KOPPENSTEINER, HANS-GEORG, *Wirtschaftsrecht* – Inhalts- und funktionsbezogene Überlegungen zu einer umstrittenen Kategorie, in: RT 1973, 1–36

KRAMER, ERNST A., *Entwicklungstendenzen* des Wirtschaftsrechts im ausgehenden Jahrhundert, in: SZW 1990, 249–256

– Juristische *Methodenlehre*, Bern / München 1998

– *Konvergenz* und Internationalisierung der juristischen Methode, in: Die Zukunft des Rechts (hrsg. von MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.), Basel / Genf / München 1999, 71-88

KRATTENMAKER, THOMAS G. / SALOP, STEVEN C., Anticompetitive *Exclusion*: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price, in: YLJ 1986, 209–293

KREPS, DAVID M. / SCHEINKMAN, JOSÉ A., *Quantity precommitment* and Bertrand competition yield Cournot outcomes, in: BJE 1983, 326–337

KREPS, DAVID M. / WILSON, ROBERT, *Reputation* and Imperfect Information, in: JET 1982 (27), 253–279

KRIELE, MARTIN, *Kriterien* der Gerechtigkeit, Berlin 1963

– Theorie der *Rechtsgewinnung* – entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967

LARENZ, KARL, *Methodenlehre* der Rechtswissenschaft, 6. A., Berlin / Heidelberg / New York et al. 1991

LARENZ, KARL / CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Methodenlehre* der Rechtswissenschaft, 3. A., Berlin / Heidelberg / New York et al. 1995

LECHELER, HELMUT, «*Funktion*» als Rechtsbegriff?, in: NJW 1979, 2273–2277

LEUPOLD, MICHAEL, Sind *Konkurrenzverbote* Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, in: SZW 1999, 150–153

LIENHARD, ANDREAS, *Deregulierung* – Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht?, Bern 1995

– Zum Anspruch der Gewerbegenossen auf *wettbewerbsneutrale Behandlung* durch den Staat, in: recht 1995, 210–213

LÖFFLER, HEINZ, *Kommentar* zur europäischen Fusionskontrollverordnung, Neuwied / Kriftel 2001

– *Kommentar zu Art. 2* und *Art. 21 FKVO*, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Bd. 1 (hrsg. von LANGEN, EUGEN / BUNTE, HERMANN-JOSEF), 9. A., Neuwied / Kriftel 2001

LOPATKA, JOHN E. / GODEK, PAUL E., Another Look at *Alcoa*: Raising Rivals' Costs does not improve the View, in: JLE 1992, 311–329

LUCKENBACH, HELGA, Theoretische *Grundlagen* der Wirtschaftspolitik, 2. A., München 2000

LUHMANN, NIKLAS, *Funktionale Methode* und juristische Entscheidung, in: AöR 1969, 1–31

– Funktion und *Kausalität*, in: Soziologische Aufklärung – Bd. 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme (hrsg. von LUHMANN, NIKLAS), 5. A., Opladen 1984, 9–30

– *Rechtssoziologie*, 2. A., Opladen 1983

LÜTOLF, SANDRA, *Strafbarkeit* der juristischen Person, Zürich 1997

MACHERET, AUGUSTIN, *Buts* et spécificités du droit constitutionnel suisse, in: Verfassungsrecht der Schweiz (hrsg. von THÜRER, DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER, JÖRG P.), Zürich 2001, 129–147

MAILATH, GEORGE J., Introduction: Symposium on Evolutionary *Game Theory*, in: JET 1992 (57), 259–277

MANTZAVINOS, CHRYSOSTOMOS, *Wettbewerbstheorie* – Eine kritische Auseinandersetzung, Berlin 1994

MARSHALL, ALFRED, Principles of *Economics*, 4. A., London/ New York 1898

MARTI, ARNOLD, *Selbstregulierung* anstelle staatlicher Gesetzgebung?, in: ZBl 2000, 561–586

MARTI, HANS, Die *Wirtschaftsfreiheit* der schweizerischen Bundesverfassung, Basel / Stuttgart 1976

MARVEL, HOWARD P., *Exclusive Dealing*, in: JLE 1982, 1–25

MASTRONARDI, PHILIPPE, *Funktionales Recht* – Zur Nutzung von Recht als Steuerungsmedium, in: Die Zukunft des Rechts (hrsg. von MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.), Basel / Genf / München 1999, 163–190

– Juristisches *Denken* – Eine Einführung, Bern / Stuttgart / Wien 2001

– *Menschenwürde* als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates, in: Verfassungsrecht der Schweiz (hrsg. von THÜRER, DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER, JÖRG P.), Zürich 2001, 233–246

MAURER, HARTMUT, *Staatsrecht*, München 1999

MAVROIDIS, PETROS C. / VAN SICLEN, SALLY J., The *Application* of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues, in: JWT 5/1997, 5–48

MCELROY, KATHERINE MADDOX / SIEGFRIED, JOHN J., The *Economics* of Price Fixing, in: Economic Analysis and Antitrust Law (hrsg. von CALVANI, TERRY / SIEGFRIED, JOHN), 2. A., Boston / Toronto 1988, 139–148

MCGEE, JOHN S., *Predatory Price* Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case, in: JLE 1958, 137–169

MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Der *Richter* als Gesetzgeber – Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1951

– Der Richter als *Gesetzgeber* – Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, in: Festschrift zum 70, Geburtstag von Max Guldener (hrsg. von KUMMER, MAX / WALDER, HANS ULRICH), Zürich 1973, 189–206

– Die Bedeutung der Materialien für die Gesetzanwendung, in: Separatum SJZ 1952, Nr. 14/15, 1–11

– Kommentar zu Art. 1 ZGB, in: *Berner Kommentar* Bd. 1 – Einleitung und Personenrecht (hrsg. von MEIER-HAYOZ, ARTHUR), Bern 1966

MEIER-HAYOZ, ARTHUR / FORSTMOSER, PETER, Grundriss des schweizerischen *Gesellschaftsrecht*s, 7. A., Bern 1993

MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J., *Bankenfusionen* unter Schweizer Recht, in: Das Kartellgesetz in der Praxis (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 2000, 185–202

– Besprechung des BGE 126 III 129 «*Kodak*»-Urteil, in: AJP 2000, 742–749 ff.

– Das neue schweizerische *Kartellgesetz* im Überblick, in: Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis (hrsg. von MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.), Bern / Stuttgart / Wien 1998, 9–74

– Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht – Erster Band: Absatzpolitik, Vertragsgestaltung, *wettbewerbspolitische Grundlagen*, Diessenhofen 1979

– Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht – Zweiter Band: *Kartellrechtliche Bestimmungen* des EWG-Vertrags, Diessenhofen 1979

– Die Welthandelsorganisation *WTO* als Nachfolgerin des GATT, in: Civitas 1997, 253–255

– *Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen*, in: AJP 1996, 811–825

– Über Entwicklung, *Begriff* und Aufgaben des Wirtschaftsrechts – Eine Skizze zum aktuellen Stand der Wirtschaftsrechtsdiskussion, in: ZSR 1982 I, 267–312

– *Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen* – Art. 5–8, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 1996, 21–70

– Wettbewerbsrechtliche Beurteilung von *Parallelimporte*n (inkl. selektive Vertriebssysteme), in: Neue Entwicklungen des UWG in der Praxis (hrsg. von MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.), Bern / Stuttgart / Wien 2002, 53–80

– Wirtschaftsrecht und *Unternehmenspublizität*, Zürich 1989

MEINHARDT, MARCEL / MERKT, BENOÎT, «Vertikaler» *Meilenschritt* der Weko – starke Auswirkungen auch auf kleinere Unternehmen, in: NZZ Nr. 75 vom 2. April 2002, 18

MERTENS, HANS-JOACHIM / KIRCHNER, CHRISTIAN / SCHANZE, ERICH, *Wirtschaftsrecht* – Eine Problemorientierung, 2. A., Opladen 1982

MERZ, HANS, *Kommentar zu Art. 2 ZGB,* in: Berner Kommentar Bd. 1 – Einleitung und Personenrecht (hrsg. von MEIER-HAYOZ, ARTHUR), Bern 1966

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM, Das Verhältnis von Rechtswissenschaft und *Wirtschaftswissenschaft* im Aktienrecht, in: Recht und ökonomisches Gesetz – über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, Baden-Baden 1978, 383–400

MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM / VEELKEN, WINFRIED, *Kommentar zu § 36* und *§ 42 GWB*, in: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar (hrsg. von IMMENGA, ULRICH / MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM), 3. A., München 2001

MILGROM, PAUL / ROBERTS, JOHN, Limit Pricing and *Entry* under incomplete Information: An Equilibrium Analysis, in: Econometrica 1982, 443–459

MOLITOR, BRUNO, *Wirtschaftspolitik*, 6. A., München / Wien 2001

MONTEVERDE, KIRK / TEECE, DAVID J., Supplier *switching costs* and vertical integration in the automobile industry, in: BJE 1982, 206–213

MOOR, PIERRE, *Droit administratif* – Volume I: Les fondements généraux, 2. A., Bern 1994

– Droit administratif – Volume II: Les *actes administratifs* et leur contrôle, Bern 1991

MORRISON, STEVEN A. / WINSTON, CLIFFORD, Empirical Implications and Tests of the *Contestability* Hypothesis, in: JLE 1987, 53–66

MÖSCHEL, WERNHARD, Die *Sanierungsfusion* im Recht der Zusammenschlusskontrolle, in: Festschrift für Robert Fischer (hrsg. von LUTTER, MARCUS / STIMPEL, WALTER / WIEDEMANN, HERBERT), Berlin / New York 1979, 487–507

– Internationale *Wettbewerbsbeschränkungen* – Eine Regelungsskizze, in: Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag (hrsg. von LESSMANN, HERBERT / GROSSFELD, BERNHARD / VOLLMER, LOTHAR), Köln / Berlin / Bonn / München 1989, 461–469

– *Kommentar zu Art. 86 EGV*, in: EG-Wettbewerbsrecht – Bd. I (hrsg. von IMMENGA, ULRICH / MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM), München 1997

– *Kommentar zu § 19 GWB*, in: GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar (hrsg. von IMMENGA, ULRICH / MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM), 3. A., München 2001

– Recht der *Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln / Berlin / Bonn / München 1983

– *Schutzziele* des Wettbewerbsrechts, in: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag (hrsg. von LÖWISCH, MANFRED / SCHMIDT-LEITHOFF, CHRISTIAN / SCHMIEDEL, BURKHARD), München 1991, 405–421

– Vereinbarung der *Zigarettenhersteller* über eine Beschränkung der Fernsehwerbung für Zigaretten – Erlaubnis zu einem Sonderkartell nach § 8 GWB, in: BB 1972, 643–645

MÜLLER, FRIEDRICH, Juristische *Methodik* (hrsg. von CHRISTENSEN, RALPH), 7. A., Berlin 1997

MÜLLER, GEORG, *Rechtssetzung* und Staatsverträge, in: Verfassungsrecht der Schweiz (hrsg. von THÜRER, DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER, JÖRG P.), Zürich 2001, 1101–1117

MÜLLER, JÖRG P., Allgemeine *Bemerkungen* zu den Grundrechten, in: Verfassungsrecht der Schweiz (hrsg. von THÜRER, DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER, JÖRG P.), Zürich 2001, 621–645

– *Elemente* einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982

– *Grundrechte* in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, Bern 1999

MÜLLER, NIKLAUS, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum *Grundsatz* der verfassungskonformen Auslegung, Bern 1980

NASTELSKI, KARL, Unbestimmte Rechtsbegriffe, *Generalklauseln* und Revision, in: GRUR 1968, 545–549

NEILSON, WILLIAM S. / WINTER, HAROLD, Bilateral *most-favored-customer* pricing and collusion, in: RAND 1993, 147–155

NEUMANN, ULFRID, Juristische Logik, in: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (hrsg. von KAUFMANN, ARTHUR / HASSEMER, WINFRIED), 6. A., Heidelberg 1994, 292–316

NIEDERHAUSER, MARKUS D., Missbrauch der *Marktmacht* und Rechtsmissbrauch, Bern 1978

NORDMANN, FRANCIS, Die schweizerische *Fusionskontrolle* im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 1996

OECD, *Competition Elements* in international Trade Agreements: A post-Uruguay Round Overview of WTO Agreements – OECD Working Papers VII/1, Paris 1999

– Economic Surveys – *Switzerland 1991/1992*, Paris 1992
– Economic Surveys – *Switzerland 1996*, Paris 1996
– Economic Surveys – *Switzerland 1997*, Paris 1997
– Economic Surveys – *Switzerland 2000*, Paris 2000
– *Failing Firm* Defence – OCDE/GD(96)23, Paris 1996
– International *Direct Investment* Statistics Yearbook (Statistics), Paris 2000
– Main Economic *Indicators* 2000 (Statistics), Paris 2000
– *Oligopoly* – DAFFE/CLP(99)25, Paris 1999
– *Predatory Pricing*, Paris 1989
– Report on *Leniency Programmes* to fight Hard Core Cartels, DAFFE/CLP(2001)13 (23. April 2001)

OHLY, ANSGAR, Richterrecht und *Generalklausel* im Recht des unlauteren Wettbewerbs, Köln / Berlin / Bonn / München 1997

OLTEN, RAINER, Wettbewerbstheorie und *Wettbewerbspolitik*, 2. A., München / Wien 1998

ORDOVER, JANUSZ A. / WILLIG, ROBERT D., Antitrust for High-Technology Industries: Assessing *Research Joint Ventures* and Mergers, in: JLE 1985, 311–333

– An Economic Definition of *Predation*: Pricing and Product Innovation, in: YLJ 1981, 8–53

OTT, CLAUS, *Systemwandel* im Wettbewerbsrecht, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen – Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag (hrsg. von BAUR, FRITZ / ESSER, JOSEF / KÜBLER, FRIEDRICH / STEINDORFF, ERNST), Tübingen 1974, 403–436

PALASTHY, ANDRAS, Die Verweigerung der *Durchleitung* von Strom nach dem Kartellgesetz (KG), in: AJP 2000, 298–307

PAPIER, HANS-JÜRGEN, *Kommentar zu Art. 14 GG*, in: Grundgesetz – Kommentar (hrsg. von MAUNZ, THEODOR / DÜRIG, GÜNTER ET AL.), München 1994

PEDRAZZINI, MARIO M., *Unlauterer Wettbewerb* – UWG, Bern 1992

PEDRAZZINI, MARIO M. / OBERHOLZER, NIKLAUS, Grundriss des *Personenrecht*s, 4. A., Bern 1993

PEDRAZZINI, MARIO M. / VON BÜREN, ROLAND / MARBACH, EUGEN, Immaterialgüter- und *Wettbewerbsrecht*, Bern 1998

PERRY, MARTIN K., *Scale Economies*, Imperfect Competition, and Public Policy, in: JIE 1984, 313–330

PETERS, HANS-RUDOLF, *Wirtschaftssystemtheorie* und Allgemeine Ordnungspolitik, 3. A., Wien 1997

PETERSMANN, ERNST-ULRICH, Competition-oriented *Reforms* of the WTO World Trade System – Proposals and Policy Options, in: Towards WTO Competition Rules – Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Bern und The Hague / London / Boston 1999, 43–71

– International *Competition Rules* for the GATT-MTO World Trade and Legal System, in: JWT 6/1993, 35–86

– *Proposals* for negotiating international Competition Rules in the GATT-WTO World Trade and Legal System, in: Aussenwirt. 1994, 231–277

PHLIPS, LOUIS, Competition Policy: A *Game*-Theoretic Perspective, Cambridge 1995

PIOTET, PAUL, La Loi sur les *Cartels* et sa Notion de l'Association, in: JdT 1963 I, 226–229

POLEDNA, TOMAS, Staatliche *Bewilligungen* und Konzessionen, Bern 1994

PORTER, MICHAEL E., *Diversifikation* – Konzerne ohne Konzept, in: HM 4/1987, 30–49

– *Wettbewerbsstrategie* (Competitive Strategy) – Methoden zur Analyse von Branchen und Konkurrenten, 10. A., Frankfurt / New York 1999

POSNER, RICHARD A., Economic *Analysis* of Law, 4. A., Boston / Toronto / London 1992

PÜMPIN, CUNO, Strategische *Erfolgspositionen* – Methodik der dynamischen strategischen Unternehmensführung, Bern / Stuttgart / Wien 1992

QIN, CHENG-ZHONG / STUART, CHARLES, Are *Cournot and Bertrand* equilibria evolutionary stable strategies?, in: JEE 1997, 41–47

RAAS, ADRIAN, Zusammenschlusskontrolle im *Medienbereich* – Kritik an der Kritik, in: sic! 1999, 669–677

RAYBOULD, DAVID M. / FIRTH, ALISON, Law of *monopolies* – competition law and practice in the USA, EEC, Germany and the UK, London / Norwell 1991

REINERT, MANI, Praxis der Wettbewerbskommission bei Zusammenschlüssen von *Zeitungsverlage*n – ausgewählte Probleme, in: AJP 1999, 443–453

RHINER, DAMARIS, Von der *Vision* eines Weltkartellrechts, in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht – Zur Emeritierung von Walter R. Schluep (hrsg. von KELLERHALS, ANDREAS), Zürich 1995, 217–232

RHINOW, RENÉ A., Die *Bundesverfassung* 2000 – Eine Einführung, Basel / Genf / München 2000

– *Kommentar zu Art. 31* und *31bis [a]BV*, in: Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (hrsg. von AUBERT, JEAN-FRANÇOIS ET AL.), Zürich seit 1987 (1988)

– Rechtsetzung und *Methodik* – Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel / Stuttgart 1979

– Wirtschafts-, Sozial- und *Arbeitsverfassung*, in: BTJP 1999 – Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft (hrsg. von ZIMMERLI, ULRICH), Bern 2000, 157–182

– *Wirtschafts- und Eigentumsverfassung*, in: Verfassungsrecht der Schweiz (hrsg. von THÜRER, DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER, JÖRG P.), Zürich 2001, 565–577

RHINOW RENÉ A. / BIAGGINI, GIOVANNI, Verfassungsrechtliche *Aspekte* der Kartellgesetzrevision, in: in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform (hrsg. von ZÄCH, ROGER / ZWEIFEL, PETER), St. Gallen 1995, 93–144

RHINOW RENÉ A. / GUROVITS, ANDRÀS A., *Gutachten* vom 5. Juli 2001 über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD), Separatum aus RPW 2001, 592

RHINOW, RENÉ A. / SCHMID, GERHARD / BIAGGINI, GIOVANNI, Öffentliches *Wirtschaftsrecht*, Basel / Frankfurt a.M. 1998

RICHLI PAUL, *Verfahrensfragen*, in: Kartellrecht auf neuer Grundlage (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Bern / Stuttgart 1989, 197–238

– Zur Leitung der Wirtschaftspolitik durch *Verfassungsgrundsätze*, Bern 1983

RICHLI, PAUL / MÜLLER, GEORG / JAAG, TOBIAS, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* des Bundes, 2. A., Basel / Frankfurt a.M. 1998

RIEDER, PIERRE, Die *Zusammenschlusskontrolle* im Kartellgesetz, in: Probleme des Kartellverwaltungsrechts – Festschrift für Bruno Schmidhauser zum 60. Geburtstag (hrsg. von SCHÜRMANN, LEO), Bern 1991, 161–185

RIEMER, HANS M., Kommentar zu Art. 60 ZGB, in: *Berner Kommentar* – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Die Vereine (hrsg. von MEIER-HAYOZ, ARTHUR), Bern 1990

RINCK, GERD, *Begriff* und Prinzipien des Wirtschaftsrechts – Versuch einer theoretischen Grundlegung, zugleich Landesbericht für die Bundesrepublik Deutschland, in: Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts – Siebzehn Landesberichte zu einem internationalen Symposion (hrsg. von RINCK, GERD), Frankfurt a.M. / Berlin 1971, 167–184

– *Wirtschaftsrecht* – Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. A., Köln / Berlin / Bonn / München 1977

RITTNER, FRITZ, Zur *Systematik* des Wirtschaftsrechts, in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht – Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag (hrsg. von HARMS, WOLFGANG / HECKELMANN, DIETER / KNÖPFLE, ROBERT ET AL.), Berlin 1973, 320–336

– *Wirtschaftsrecht* – Ein Lehrbuch, 2. A., Heidelberg 1987

ROTH, WULF-HENNING, Die *Wettbewerbsregeln* in den Freihandelsabkommen der EWG, in: WRP 1978, 409–426

– *Kartellrecht* und Subventionen, in: Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten (hrsg. von KOPPENSTEINER, HANS-GEORG), Wien 1987, 239–265

RUFFNER, MARKUS, *Funktionale Konkretisierung* der Schlüsselartikel des neuen schweizerischen Kartellgesetzes – Diagnosemethoden von Wettbewerbsbeschränkungen und dogmatische Konzeption von Art. 6/7 und Art. 29 KG, Zürich 1990

– Neue *Wettbewerbstheorie* und schweizerisches Kartellrecht – Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Zürich 1990

– *Plädoyer* für ein selektives Kartellverbot und eine «milde» Fusionskontrolle, in: AJP 1993, 484–487

– Unzulässige *Verhaltensweisen* marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 1996, 834–846

– Wettbewerbstheoretische *Grundlagen* der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform (hrsg. von ZÄCH, ROGER / ZWEIFEL, PETER), St. Gallen 1995, 145–251

RUPPELT, HANS-JÜRGEN, *Kommentar zu § 36 GWB*, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Bd. 1 (hrsg. von LANGEN, EUGEN / BUNTE, HERMANN-JOSEF), 9. A., Neuwied / Kriftel 2001

RÜTHERS, BERND, *Rechtstheorie* – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, München 1999

SALADIN, PETER, Das *Verwaltungsverfahrensrecht* des Bundes, Basel / Stuttgart 1979

– *Grundrechte* im Wandel – Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, 3. A., Bern 1982

– *Unternehmen* und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, in: VVDStRL 35, 7–50

– *Verwaltungsprozessrecht* und materielles Verwaltungsrecht – Einwirkungen des Verwaltungsprozess- und des Verwaltungsverfahrensrechts im Bund auf das materielle Verwaltungsrecht, in: ZSR 1975 (II), 307–351

SALESNY, PETER, Die *Wettbewerbskonzepte* der Europäischen Gemeinschaft und der Vereinigten Staaten von Amerika unter besonderer Berücksichtigung der Fusionskontrolle, Basel 1999

SALONER, GARTH, *Predation*, mergers, and incomplete information, in: RAND 1987, 165–186

SALOP STEVEN C. / SCHEFFMAN DAVID T., Raising *Rivals' Costs*, in AER 1983, 267–271

SAMBUC, THOMAS, *Folgenerwägungen* im Richterrecht – Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Berlin 1977

SARTZETAKIS, EFTICHIOS SOPHOCLES, Raising Rivals' Costs *Strategies* via Emission Permits Markets, in: RIO 1997, 751–765

SAURER, MARKUS, Kartellgesetzliche Intervention oder *Deregulierung* – Die Wahl zwischen imperfekten Alternativen bei der Fusion Bell – SEG, in: Das Kartellgesetz in der Praxis (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 2000, 167–183

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, *System* des heutigen Römischen Rechts Bd. 1, Berlin 1840

– Juristische *Methodenlehre* (hrsg. von WESENBERG, GERHARD), Stuttgart 1951

SAXER, URS, Das *Medienrecht* und das Spannungsfeld von wirtschaftlichem und publizistischem Wettbewerb, in: AJP 1999, 427–442

SCHÄFER, HANS-BERND, *Allokationseffizienz* als Grundprinzip des Zivilrechts, in: Allokationseffizienz in der Rechtsordnung (hrsg. von CLAUS, OTT / SCHÄFER, HANS-BERND), Berlin / Heidelberg / New York et al. 1989, 1–24

SCHÄFER, HANS-BERND / OTT, CLAUS, Lehrbuch der *ökonomischen Analyse* des Zivilrechts, 3. A., Berlin / Heidelberg / New York et al. 2000

SCHEFFMANN, DAVID T., The application of raising rivals' costs theory to *antitrust*, in: AB 1992, 187–206

SCHERER, FREDERIC M., The *Economics* of Vertical Restraints, in: Economic Analysis and Antitrust Law (hrsg. von CALVANI, TERRY / SIEGFRIED, JOHN), 2. A., Boston / Toronto 1988, 255–264

SCHERER FREDERIC M. / ROSS DAVID, Industrial *Market Structure* and Economic Performance, 3. A., Boston / Dallas / Geneva et al. 1990

SCHERRER, FRANK, Das europäische und das schweizerische *Fusionskontrollverfahren*, Zürich 1996

– Die schweizerische *Fusionskontrolle* – bisherige Anläufe und Ansatz zum Sprung, in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht – Zur Emeritierung von Walter R. Schluep (hrsg. von KELLERHALS, ANDREAS), Zürich 1995, 193–216

SCHIFFAUER, PETER, *Wortbedeutung* und Rechtserkenntnis – Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie, Berlin 1979

SCHINDLER, KATHARINA, *Wettbewerb* in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht – Die «Essential Facility»-Doktrin im amerikanischen, europäischen und schweizerischen Kartellrecht, Bern 1998

SCHLUEP, WALTER R., Allgemeines Wirtschaftsrecht und schweizerisches *Kartellgesetz*, in: Zum Wirtschaftsrecht – Eine Sammlung von Aufsätzen (hrsg. von MEIER-HAYOZ, ARTHUR), Bern 1978, 82–119

– Die *Beziehungen* zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Zum Wirtschaftsrecht – Eine Sammlung von Aufsätzen (hrsg. von MEIER-HAYOZ, ARTHUR), Bern 1978, 35–61

– *Entwicklungslinien* des schweizerischen Kartellgesetzes, in: AJP 1996, 795–810

– Kommentar zu Art. 1 bis Art. 19 KG und Gegenbemerkungen zu Art. 29 KG, in: *KG + PüG* – Kartellgesetz, Preisüberwachungsgesetz (hrsg. von SCHÜRMANN, LEO / SCHLUEP, WALTER R.), Zürich 1988

– Privatrechtliche Probleme der *Unternehmenskonzentration* und –kooperation, in: ZSR 1973 II, 155–557

– Schweizerische *Wettbewerbspolitik* zwischen Gestern und Morgen, in: Zum Wirtschaftsrecht – Eine Sammlung von Aufsätzen (hrsg. von MEIER-HAYOZ, ARTHUR), Bern 1978, 120–166

– Über *Funktionalität* im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994 (hrsg. von WALDER, HANS ULRICH / JAAG, TOBIAS / ZOBL, DIETER), Zürich 1994, 139–180

– Über *Kritik* im wirtschaftlichen Wettbewerb, in: Homo Creator – Festschrift für Alois Troller (hrsg. von BRÜGGER, PAUL), Basel / Stuttgart 1976, 225–254

– «*Wirksamer Wettbewerb*» – Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern / Stuttgart / Toronto 1987

– *Wirtschaftsrecht*: Wesen, Aufbau, Merkmale, Formen und Stellung im Rechtssystem, in: Zum Wirtschaftsrecht – Eine Sammlung von Aufsätzen (hrsg. von MEIER-HAYOZ, ARTHUR), Bern 1978, 1–34

– Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Verleitung zum *Vertragsbruch*, in: Mélanges Joseph Voyame (hrsg. von DESSEMONTET, FRANÇOIS), Lausanne 1989, 241–274

– *Wirtschafts- und Sozialverfassung*, in: ZSR 1978 I, 335–377

SCHMALENSEE, RICHARD, *Entry Deterrence* in the Ready-to-Eat Breakfast Cereal Industry, in: BJE 1978, 305–327

SCHMIDHAUSER, BRUNO, Entstehung und *Auslegung* von Art. 29 Abs. 2 und 3 des Kartellgesetzes vom 20. Dezember 1985, in: Staat und Gesellschaft – Festschrift für Leo Schürmann zum 70. Geburtstag (hrsg. von DICKE, DETLEV-CHRISTIAN / FLEINER-GERSTER, THOMAS), Freiburg 1987, 367–402

– *Kommentar zu Art. 2*, *3* und *7 KG,* in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (hrsg. von HOMBURGER, ERIC / SCHMIDHAUSER, BRUNO / HOFFET, FRANZ / DUCREY, PATRIK), Zürich 1997

– *Nachfragemacht*, in: AJP 1996, 847–854

SCHMIDT, INGO, *Wettbewerbspolitik* und Kartellrecht, 6. A., Stuttgart 1999

SCHMIDT, REINER, Öffentliches *Wirtschaftsrecht* – Allgemeiner Teil, Berlin / Heidelberg / New York et al. 1990

SCHMIDTCHEN, DIETER, *Fehlurteile* über das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, in: ORDO 1988, 111–135

– Property Rights, Freiheit und *Wettbewerbspolitik*, Tübingen 1983

SCHMIDT-RIMPLER, WALTER, *Wirtschaftsrecht*, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften Bd. 12, Stuttgart / Tübingen / Göttingen 1965, 686–731

SCHNEIDER, EGON, *Logik* für Juristen – Die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 5. A., München 1999

SCHNYDER, ANTON K., *Kommentar zu Art. 41 OR*, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR (hrsg. von HONSELL, HEINRICH / NEDIM, PETER VOGT / WIEGAND, WOLFGANG), 2. A., Basel / Frankfurt a.M. 1996

SCHROEDER, DIRK, *Kommentar zu Art. 81 EGV*, in: Das Recht der Europäischen Union (hrsg. von GRABITZ, EBERHARD / HILF, MEINHARD), München 2001

SCHRÖTER, HELMUTH, *Einführung zu Art. 85 EGV* und *Kommentar zu Art. 85 Abs. 1* und *3*, in: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Bd. 2/I: Art. 85-87 EGV (hrsg. von VON DER GROEBEN, HANS / THIESING, JOCHEN / EHLERMANN, CLAUS-DIETER), 5. A., Baden-Baden 1999

SCHRÖTER, HELMUTH / RATING, STEFAN, *Fallgruppen Art. 85 (Liefer- und Bezugsvereinbarungen)*, in: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag – Bd. 2/I: Art. 85-87 EGV (hrsg. von VON DER GROEBEN, HANS / THIESING, JOCHEN / EHLERMANN, CLAUS-DIETER), 5. A., Baden-Baden 1999

SCHUMPETER, JOSEPH A., *Kapitalismus*, Sozialismus und Demokratie, 7. A., Tübingen 1993

SCHÜRMANN, LEO, Der *Kartellartikel* in der Bundesverfassung, in: WuR 1958, 181–200

– Die *Tragweite* von Art. 29 Kartellgesetz, in: Probleme des Kartellverwaltungsrechts – Festschrift für Bruno Schmidhauser zum 60. Geburtstag (hrsg. von SCHÜRMANN, LEO), Bern 1991, 187–213

– Kommentar zu Art. 19-46 KG und Art. 1-27 PüG, in: *KG + PüG* – Kartellgesetz, Preisüberwachungsgesetz (hrsg. von SCHÜRMANN, LEO / SCHLUEP, WALTER R.), Zürich 1988

– *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. A., Bern 1994

– Zur neueren Entwicklung der Kartell- und *Wettbewerbspolitik* aus schweizerischer Sicht, in: WuR 1973, 77–109

SCHWALBACH, JOACHIM, Entry, Exit, *Concentration*, and Market Contestability, in: Entry and Market Contestability – An International Comparison (hrsg. von GEROSKI, PAUL / SCHWALBACH, JOACHIM), Oxford / Cambridge 1991, 121–142

SCHWARK, EBERHARD, *Anlegerschutz* durch Wirtschaftsrecht –Entwicklungslinien, Prinzipien und Fortbildung des Anlegerschutzes, zugleich ein Beitrag zur Überlagerung bürgerlich-rechtlicher Regelung und gewerbepolizeilicher Überwachung durch Wirtschaftsrecht, München 1979

SCHWARTZ, MARIUS, The Nature and Scope of *Contestability* Theory, in: Strategic Behavior and Industrial Competition – OEP Supplement (hrsg. von MORRIS, DEREK J. / SINCLAIR, P.J.N. / SLATER, M.D.E. ET AL.), Oxford 1986, 37–57

SCHWARTZ, MARIUS / REYNOLDS, ROBERT J., Contestable Markets: An Uprising in the Theory of Industry Structure: *Comment*, in: AER 1983, 488–490

SCHWARZENBACH-HANHART, HANS R., *Grundriss* des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine Einführung für Studierende und für die Praxis, 11. A., Bern 1997

SEIDL-HOHENVELDERN, IGNAZ / STEIN, TORSTEN, *Völkerrecht*, 10. A., Köln / Berlin / Bonn / München 2000

SEITZ, CLAUDIA, Fusionskontrollrechtliche *Parallelverfahren* in der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, in: WuW 2001, 126–133

SELTEN, REINHARD / MITZKEWITZ, MICHAEL / UHLICH, GERALD R., *Duopoly* Strategies programmed by experienced Players, in: Econometrica 1997, 517–555

SHAPIRO, CARL, Theories of *Oligopoly* Behavior, in: Handbook of Industrial Organization – Volume I (hrsg. von SCHMALENSEE, RICHARD / WILLIG, ROBERT D.), Amsterdam / New York / Oxford et al. 1989, 329–414

SHEPERD, GEORGE B. / SHEPERD, HELEN S. / SHEPERD WILLIAM G., *Sharper focus*: market shares in the Merger Guidelines, in: AB 2000, 835–885

SHEPHERD, WILLIAM G., «*Contestability*» vs. Competition, in: AER 1984, 572–587

– The *Economics* of Industrial Organization, 3. A., Englewood Cliffs 1990

SHY, OZ, Industrial *Organization* – Theory and Applications, Cambridge / London 1997

SIEBER, HUGO, Aktuelle Probleme der schweizerischen *Wettbewerbspolitik*, in: WuR 1967, 15–32

– Über die *Kriterien* der volkswirtschaftlichen und sozialen Schädlichkeit von Kartellwirkungen, in: WuR 1973, 48–76

SMID, STEFAN, Richterliche *Rechtserkenntnis* – Zum Zusammenhang von Recht, richtigem Urteil und Urteilsfolgen im pluralistischen Staat, Berlin 1989

SMITH, ADAM, An Inquiry into the Nature and Causes of the *Wealth of Nations* (hrsg. von CANNAN, EDWIN), New York 1937

SOMMER, PATRICK, Die *Beziehungen* zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft unter dem Blickwinkel der Funktionen internationaler Handelsabkommen, St. Gallen 1991

– Revitalisierung durch neue administrative *Hürden*? – Problematischer Entwurf zu einer schweizerischen Fusionskontrolle, in: NZZ Nr. 221 vom 23. September 1995, 22

SOSNICK, STEPHEN H., A Critique of *Concepts* of Workable Competition, in: QJE 1958, 380–423

STAMPFLI, KATHARINA, Die Prinzipien Nichtdiskriminierung, Kostenorientierung und Transparenz im Rahmen der Interkonnektion aus ökonomischer Sicht: Der Schlüssel zu wirksamen Wettbewerb?, in: Neues Fernmelderecht – Erste Orientierung (hrsg. von WEBER, ROLF H.), Zürich 1998, 75–87

STAUB, LEO / HILTI, CHRISTIAN, Wettbewerbs- und *Immaterialgüterrecht*, Lachen 1998

STEIGER, JANET D., Effectively *Enforcing* Competition Laws: Some Aspects of the U.S. Experience, in: EC and U.S. Competition Law and Policy (hrsg. von HAWK, BARRY), Irvington-on-Hudson / Deventer 1992, 1–28

STEIN, EKKEHART, *Staatsrecht*, 16. A., Tübingen 1998

STEINDORFF, ERNST, *Einführung* in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1977

– *Politik* des Gesetzes als Auslegungsmassstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag (hrsg. von PAULUS, GOTTHARD / DIEDRICHSEN, UWE / CANARIS, CLAUS-WILHELM), München 1973, 217–244

STIGLER, GEORGE J., A Theory of *Oligopoly*, in: JPE 1964, 44–61

– The Organization of *Industry*, Chicago / London 1968

STOBER, ROLF, Allgemeines *Wirtschaftsverwaltungsrecht* – Grundlagen und Prinzipien, Wirtschaftsverfassungsrecht, 12. A., Stuttgart 2000

– *Handbuch* des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, Stuttgart / Berlin / Köln 1989

STOCKENHUBER, PETER, *Kommentar zu Art. 81 EGV*, in: Das Recht der Europäischen Union (hrsg. von GRABITZ, EBERHARD / HILF, MEINHARD), München 2001

STÖCKLI, HUBERT, *Ansprüche* aus Wettbewerbsbehinderung – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Freiburg 1999

STOFFEL, WALTER A., Das schweizerische *Kartellrecht* 1996: Neues und Altes bei der Wachtablösung nach zehn Jahren, in: SZW 1996, 106–121

– Erste Erfahrungen im Bereich der *Wettbewerbsabreden*, in: Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis (hrsg. von MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.), Bern / Stuttgart / Wien 1998, 75–115

– *Neuorientierung* der Schweizer Kartellpolitik – Funktionsschutz des Wettbewerbs, in: NZZ Nr. 140 vom 19. Juni 1996, 23

– *Unzulässige Wettbewerbsabreden*, in: Das Kartellgesetz in der Praxis (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 2000, 19–34

STOPPER, MARTIN, Leitlinien für *Horizontalvereinbarungen*: Ende des Regel-Ausnahme-Prinzips von Art. 81 EG[V]?, in: EuZW 2001, 426–430

STRAW, ROBERT F., International Competition *Rules*? An Economic Analysis, Bamberg 1997

STREIT, MANFRED E., Dreizehn *Thesen* zu einer marktprozessorientierten Wettbewerbspolitk, in: Freiburger Beiträge zur Ordnungsökonomik (hrsg. von STREIT, MANFRED E.), Tübingen 1995, 218–224

– Freiheit und *Gerechtigkeit* – Ordnungspolitische Aspekte zweier gesellschaftlicher Grundwerte, in: ORDO 1988, 33–53

STRUCK, GERHARD, Topische *Jurisprudenz* – Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt a.M. 1971

SULLIVAN, THOMAS E. / HOVENKAMP, HERBERT, *Antitrust* Law, Policy and Procedure – Cases, Materials, Problems, 4. A., Charlottesville 1999

TEUBNER, GUNTHER, *Reflexives Recht*, in: ARSP 1982, 13–59

THÜRER, DANIEL, Von der sog. «*Europaverträglichkeit*»: Rechtsgestaltungsprinzip aus Verlegenheit oder Vehikel zur «stillen Revolutionierung» der schweizerischen Rechtsordnung, in: ZSR 1993 I, 91–94

TINBERGEN, JAN, *Economic Policy*: Principles and Design, Amsterdam 1956

TOLLER, MARCO, Die *Preisüberwachung* als Mittel der schweizerischen Wettbewerbspolitik – Eine wirtschaftsrechtliche Untersuchung, Zürich 1983

TRECHSEL, STEFAN / NOLL, PETER, Schweizerisches *Strafrecht* – Allgemeiner Teil I: Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 5. A., Zürich 1998

TSCHANNEN, PIERRE / ZIMMERLI, ULRICH / KIENER, REGINA, Allgemeines *Verwaltungsrecht*, Bern 2000

VALLENDER, KLAUS A., Der ordnungspolitische *Grundentscheid* der schweizerischen Bundesverfassung, in: Staat – Kirche – Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag (hrsg. von GEIS, MAX-EMANUEL / LORENZ, DIETER), München 2001

– Die *Auslegung* des Steuerrechts – unter besonderer Berücksichtigung der Aktienübertragung auf Holdinggesellschaften, 2. A., Bern / Stuttgart 1988

– Die *Konzeption* der Wirtschaftsfreiheit, in: Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen –Festschrift für Yvo Hangartner (EHRENZELLER, BERNHARD / MASTRONARDI PHILIPPE / SCHAFFHAUSER, RENÉ ET AL.), St.Gallen / Lachen 1998, 891–910

– *Grundzüge* der «neuen» Wirtschaftsverfassung, in: AJP 1999, 677–686

– *Nachführung* der Wirtschaftsverfassung, in: ZBl 1997, 489–500

– «*Objektive Auslegung*» und Erkenntnis, in: Beiträge zur Methode des Rechts – St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981 (hrsg. von der Juristischen Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften und dem St. Gallischen Juristenverein), Bern 1981, 71–86

– *Unbestimmter Rechtsbegriff* und Ermessen, in: Mélanges André Grisel (hrsg. von AUBERT, JEAN-FRANÇOIS / BOIS, PHILIPPE), Neuchâtel 1983, 819–842

– *Wirtschaft*, in: Verfassungsrecht der Schweiz (hrsg. von THÜRER, DANIEL / AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MÜLLER, JÖRG P.), Zürich 2001, 955–966

– *Wirtschaftsfreiheit* und begrenzte Staatsverantwortung, 3. A., Bern 1995

– *Wirtschaftsverfassungsrecht*, in: Wirtschaftsverwaltungsrecht in Europa (hrsg. von STOBER, ROLF), Köln / Berlin / Bonn / München 1993, 7–31

VALLENDER, KLAUS A. / HETTICH, PETER, Ausgewählte *Erlasse* zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht – Mit einer einführenden Wegleitung sowie Hinweisen auf Literatur und Praxis, 2. A., Bern 2002

VALLENDER, KLAUS A. / VEIT MARC D., *Skizze* des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, in: ZBJV Sonderband 135ter, Bern 1999

VAN DAMME, ERIC, *Evolutionary game theory*, in: EER 1994, 847–858

VAN HOECKE, MARK, *Norm*, Kontext und Entscheidung – Die Interpretationsfreiheit des Richters, Leuven / Amersfoort 1988

VARIAN, HAL R., Price *Discrimination*, in: Handbook of Industrial Organization – Volume I (hrsg. von SCHMALENSEE, RICHARD / WILLIG, ROBERT D.), Amsterdam / New York / Oxford et al., 597–654

VEELKEN, WINFRIED, Die unmittelbare *Anwendbarkeit* der Freihandelsverträge der EG mit den sog. Rest-EFTA-Staaten, in: RIW 1988, 112–122

VEIT, MARC D., Die *Gleichbehandlung* der Gewerbegenossen, in: AJP 1998, 569–575

– Die *Ordnungsfunktion* der Eigentumsgarantie – Eine ökonomische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern / Stuttgart / Wien 1999

VIEHWEG, THEODOR, *Topik* und Jurisprudenz, 5. A., München 1974

VISCUSI, KIP W. / VERNON, JOHN M. / HARRINGTON, JOSEPH E. (JR.), Economics of *Regulation* and Antitrust, 3. A., Cambridge / London 2000

VOGEL, OSCAR / SPÜHLER, KARL, Grundriss des *Zivilprozessrecht*s und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. A., Bern 2001

VON BALLMOOS, THOMAS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der *Beseitigung* wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe, in: AJP 1999, 295–301

VON BÜREN, ROLAND, Das schweizerische *Kartellrecht* im Jahr 2000, in: Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht – Siebentes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2000 (hrsg. von BAUDENBACHER, CARL), Basel / Genf / München 2000, 163–180

– *Wettbewerbsbeschränkungen* im schweizerischen und europäischen Recht, in: BTJP 1996 – Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld (hrsg. von VON BÜREN, ROLAND / COTTIER, THOMAS), Bern 1997, 11–34

VON HAYEK, FRIEDRICH A., Der Wettbewerb als *Entdeckungsverfahren*, in: Freiburger Studien (hrsg. von Walter Eucken Institut Freiburg i.Br.), Tübingen 1969, 249–265

– Die Anmassung von *Wissen*, in: ORDO 1975, 12–21

– Die *Verfassung* der Freiheit, 3. A., Tübingen 1991

VON STOEPHASIUS, HANS-PETER, *Fallgruppen zu Art. 81 EGV*, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Bd. 1 (hrsg. von LANGEN, EUGEN / BUNTE, HERMANN-JOSEF), 9. A., Neuwied / Kriftel 2001

VON WEIZSÄCKER, CHRISTIAN C., A *welfare* analysis of barriers to entry, in: BJE 1980, 399–420

– *Kooperationen* zwischen Konkurrenten aus Sicht der Wettbewerbspolitik, in: Kooperation im Wettbewerb – Neue Formen und Gestaltungskonzepte im Zeichen von Globalisierung und Informationstechnologie (hrsg. von ENGELHARD, JOHANN / SINZ, ELMAR J.), Wiesbaden 1999, 479–493

WÄLDE, THOMAS W., Juristische *Folgenorientierung* – «Policy Analysis» und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem, Königstein 1979

WALTER, REGULA, *Vorbemerkungen zu Art. 12-17 KG*, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz (hrsg. von HOMBURGER, ERIC / SCHMIDHAUSER, BRUNO / HOFFET, FRANZ / DUCREY, PATRIK), Zürich 1997

WANK, ROLF, Die *Auslegung* von Gesetzen – Eine Einführung, Köln / Berlin / Bonn / München 1997

WATTER, ROLF / LEHMANN, URS, Die *Kontrolle* von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in: AJP 1996, 855–875

WEBER, ROLF H., *Entbündelung* im Fernmeldemarkt, in: sic! 2000, 338–340

– Entstehung von Marktmacht als Deregulierungsproblem – Das Beispiel der Telekommunikationsmärkte, in: AJP 1995, 1149–1161

– *Interkonnektion V* – Bundesgericht vom 3. Oktober 2001, in: sic! 2002, 18–33

WEGNER, GERHARD, *Wirtschaftspolitik* zwischen Selbst- und Fremdsteuerung – ein neuer Ansatz, Baden-Baden 1995

– Zur *Pathologie* wirtschaftspolitischer Lenkung – Eine neue Betrachtungsweise, in: Zwischen Evolution und Institution – Neue Ansätze einer ökonomischen Theorie (hrsg. von PRIDDAT, BIRGER P. / WEGNER, GERHARD), Marburg 1996, 367–401

WEISS, WOLFGANG, *Kommentar zu Art. 81 EGV*, in: Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV / EGV (hrsg. von CALLIESS, CHRISTIAN / RUFFERT, MATTHIAS), Neuwied / Kriftel 1999

WIEDERKEHR, RENÉ, Die *Kerngehaltsgarantie* am Beispiel kantonaler Grundrechte – Zugleich ein Beitrag zu den Grundrechten als Staatsaufgaben und zu den Grundrechtsverwirklichungsbestimmungen, Bern 2000

WIELAND, JOACHIM, *Kommentar zu Art. 14 GG,* in: Grundgesetz – Kommentar (hrsg. von DREIER, HORST), Tübingen 1996

WILLIAMSON, OLIVER, *Antitrust* Economics – Mergers, Contracting, and Strategic Behavior, Oxford 1987

– Assessing Vertical Market *Restrictions*: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, in: UPLR 1979, 953–993

– *Transaction Cost* Economics: The Governance of Contractual Relations, in: Industrial Economics (hrsg. von WILLIAMSON, OLIVER E.), Great Yarmouth 1990

– Economics as an Antitrust *Defense*: The Welfare Tradeoffs, in: AER 1968, 18–36

– *Predatory Pricing*: A Strategic and Welfare Analysis, in: YLJ 1977, 284–340

– *Wage Rates* as a Barrier to Entry: The Pennington Case in Perspective, in: QJE 1968, 85–116

WILLNER, GABRIEL M., *Transfer* of Technology: The UNCTAD Code of Conduct, in: Legal Problems of Codes of Conduct for multinational Enterprises (hrsg. von HORN, NORBERT), Deventer 1980, 177–188

WOHLMANN, HERBERT, Zur *funktionalen Auslegung* im Kartellrecht, in: Freiheit und Verantwortung im Recht – Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz (hrsg. von FORSTMOSER, PETER / SCHLUEP, WALTER R.), Bern 1982, 461–473

WTO (Hrsg.), International *Trade* Statistics 2001, Genf 2001

ZÄCH, ROGER, *Einzelfragen* der Kartellrechtspraxis, in: Das Kartellgesetz in der Praxis (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Zürich 2000, 1–18

– Grundzüge des Europäischen *Wirtschaftsrecht*s, Zürich / Baden-Baden / Wien 1996

– *Kontrolle* des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis (hrsg. von MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J.), Bern / Stuttgart / Wien 1998, 117–151

– Legal Appraisal of Restrictive Agreements – *Proposals* for Statutory Provisions, in: Towards WTO Competition Rules – Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition (hrsg. von ZÄCH, ROGER), Bern und The Hague / London / Boston 1999, 173–191

– Schweizerisches *Kartellrecht,* Bern 1999

– Sind die wettbewerbsrechtlichen *Spiesse* der KMU im Vergleich zu den Grossunternehmen gleich lang?, in: Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik – Festschrift für Franz Jaeger (hrsg. von FURRER, JÜRG / GEHRIG, BRUNO), Chur / Zürich 2001, 373–384

– *Tendenzen* der juristischen Auslegungslehre, in: ZSR 1977 I, 313–343

ZACHER, HANS F., Aufgaben und *Theorie* der Wirtschaftsverfassung, in: Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft (hrsg. von SCHEUNER, ULRICH), Frankfurt a.M. 1971, 549–592

ZIPPELIUS, REINHOLD, Juristische *Methodenlehre*, 7. A., München 1999

ZWEIGERT, KONRAD, *Rechtsvergleichung* als universale Interpretationsmethode, in: RabelsZ 1949/50, 5–21

Materialien

	Materialien, auf die lediglich hingewiesen wird, werden an Ort und Stelle vollständig zitiert
Amtl. Bull. NR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat
Amtl. Bull. NR (BV)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat (Sonderdruck 1998 zur Reform der Bundesverfassung)
Amtl. Bull. StR	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat
Amtl. Bull. StR (BV)	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat (Sonderdruck 1998 zur Reform der Bundesverfassung)
Bagatellbekanntmachung	die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fallen, in: AblEG 1997 C29/03, ersetzt durch «de minimis-Bek.».
Bek. relevanter Markt	Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, in: AblEG 1997 C372/03
Bek. Vertikalabreden	Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden
Bericht BGBM	Auswirkungen des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) auf den freien Dienstleistungs- und Personenverkehr in der Schweiz – Bericht der GPK NR vom 27. Juni 2000 auf der Grundlage einer Evaluation der PVK, in: BBl 2000 6027–6050
Bericht Parallelimporte	Parallelimporte und Patentrecht – Bericht des Bundesrates vom 8. Mai 2000 in Beantwortung der Anfrage der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK) vom 24. Januar 2000
Bericht PBK	Kartell und Wettbewerb in der Schweiz – 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (hrsg. vom EVD), Bern 1957
Bericht KG	Das Kartellrecht: Standortbestimmung – Schlussbericht der PVK vom 11. Oktober 2000 zuhanden der GPK NR
Bericht VE KG	Erläuternder Bericht vom 3. September 1993 zum Vorentwurf für eine Totalrevision des Kartellgesetzes
Bericht VE KG00	Erläuternder Bericht vom 18. September 2000 zum Vorentwurf für eine Änderung des Kartellgesetzes
Botschaft BGBM	Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), in: BBl 1995 II 1213–1287
Botschaft BGFA	Botschaft des Bundesrates vom 28. April 1999 zum Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA), in: BBl 1999 6013–6077

Botschaft Bilaterale	Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, in: BBl 1999 6128–6449
Botschaft BV	Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, in: BBl 1997 I 1–544
Botschaft EFTA	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 5. Februar 1960 über die Beteiligung der Schweiz an der Europäischen Freihandels-Assoziation, in: BBl 1960 I 841–904
Botschaft rev. EFTA	Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung des Abkommens vom 21. Juni zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), in: BBl 2001 4963–5009
Botschaft EWR	Botschaft des Bundesrates vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, in: BBl 1992 IV 1–667
Botschaft Folge-EWR	Botschaft des Bundesrates vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, in: BBl 1993 I 805–892
Botschaft FHA	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 16. August 1972 über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, in: BBl 1972 II 653–744
Botschaft FMG	Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz (FMG), in: BBl 1996 1405–1487
Botschaft GATT I	Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) – (GATT-Botschaft 1), in: BBl 1994 IV 1–949
Botschaft GATT II	Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen – (GATT-Botschaft 2), in: BBl 1994 IV 950–1215
Botschaft KG62	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 18. September 1961 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen, in: BBl 1961 II 553–612
Botschaft KG85	Botschaft des Bundesrates vom 13. Mai 1981 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG), in: BBl 1981 II 1293–1377
Botschaft KG95	Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), in: BBl 1995 I 468–637
Botschaft KG01	Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, in: BBl 2002 2022 (hier: Separatum)
Botschaft PüG	Botschaft des Bundesrates vom 30. Mai 1984 zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG), in: BBl 1983 II 755–797

Botschaft Sekt-A	Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, in: BBl 1999 6128–6449
Botschaft THG	Botschaft des Bundesrates vom 15. Februar 1995 zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG), in: BBl 1995 II 521–641
Botschaft UNCTAD	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 1, Juni 1965 zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über den Beitrag der Schweiz an die Kosten der Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD), in: BBl 1965 I 1553–1556
Botschaft UWG	Botschaft des Bundesrates vom 18. Mai 1983 zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), in: BBl 1983 II 1009–1091
Botschaft Wirt.-Art.	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 10. September 1937 über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, in: BBl 1937 II 833–900
Brockhaus	Brockhaus – Die Enzyklopädie in 24 Bänden, Leipzig / Mannheim 1999
Bussen-Leitlinien EU	Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen, die gemäss Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 und gemäss Art. 65 Abs. 2 EGKS-Vertrag festgesetzt werden, in: AblEG 1998 C9/03–05
de minimis-Bek.	Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis), in: AblEG 2001 C368/13–15
Duden/Bed	Duden – Bd. 10: Bedeutungswörterbuch (hrsg. von MÜLLER, WOLFGANG), 2. A., Mannheim / Wien / Zürich 1985
Formblatt CO	Formblatt CO zur Anmeldung eines Zusammenschlusses gemäss der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates, in: Anhang VO (EG) Nr. 447/98
Horizontal-Leitlinien	die Bekanntmachung der Kommission über Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, in: AblEG 2001 C3/02
Memo Konvention	Memorandum on the proposal of the Consultative Assembly for the preparation of a European Convention for the Control of International Cartels, in: WuW 1952, 296–302
Integrationsbericht 88	Bericht des Bundesrates vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, in: BBl 1988 III 249–462
Joint Venture Guidelines	Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, issued by the Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice vom April 2000

Kommentar VKU	Kommentar vom 12. Februar 1996 zum Entwurf für eine Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
Merger Guidelines	Horizontal Merger Guidelines of the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission vom 2. April 1992 (Stand vom 8. April 1997)
Merger Guidelines 84	Ziffer 4 der U.S. Department of Justice Merger Guidelines vom 14. Juni 1984
Prot. WAK NR	Protokoll der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Nationalrates
Prot. WAK StR	Protokoll der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Ständerates
Vernehmlassung KG	Bericht vom 29. Juni 1994 über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zur Totalrevision des Kartellgesetzes
Vertikal-Leitlinien	die Mitteilung der Kommission über Leitlinien für vertikale Beschränkungen, in: AblEG 2000 C291/01
Weissbuch Verfahren	Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung von Art. 85 und 86 EGV
Zusatzbotschaft	Zusatzbotschaft des Bundesrates vom 14. Juni 2002 zur Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes (Untersuchungen in Verfahren nach dem Luftverkehrsabkommen Schweiz-EG), in: BBl 2002 5506–5514

Entscheide

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
	Zulässig / Unzulässig / Auflage oder Bedingung	✓	×	A
	Unerheblich / Erheblich / Beseitigung	u	E	B
	normaler Markteinfluss / Marktbeherrschung	m	M	
	Unbedenklicher Zusammenschluss / Qualifizierte Marktbeherrschung	q	Q	
	Sanktion / Einstellung(-sverfügung) oder einvernehmliche Regelung	S	V	
A.A. Poultry Farms v. Rode Acre Farms	881 F.2d 1396 (7th Cir. 1989)	–	–	390
ABB / Alstom	RPW 1999, 258 (1999)	q	✓	234
Accords sur les prix ... des vitamines	RPW 2000, 186 (19.4.2000)	B	V	181
Action Promopac	RPW 1997, 30 (23.4.1997)	M	✓	94 194 200 201
Adams	BGE 104 IV 175 (3.5.1978)	–	–	136
Adjudication de l'affichage GE	RPW 1997, 132 (21.5.1997)	M	✓	90 195
Adtranz CH / Schindler Waggon AG	RPW 1997, 532 (3.11.1997)	q	✓	218
Aerospatiale Matra / DC Aerospace / CASA	RPW 2000, 66 (1.3.2000)	q	✓	240 327
Airbus	RPW 2000, 645 (2000)	q	✓	237
Airbus	IV/M.2061 (18.10.2000)	–	✓	318
Airrange AG	RPW 2000, 445 (21.8.2000)	q	✓	210
Albrecht v. Herald Co.	390 U.S. 145 (4.3.1968)	–	–	378
Alcan / Alusuisse	IV/M.1663 (14.3.2000)	–	A	306 237
Alcan / Pechiney	IV/M.1715 (14.3.2000)	–	–	300
Alcan / Pechiney / Algroup	RPW 1999, 604 (4.10.1999)	q	✓	237
Alcatel / Thomson Multimedia	RPW 2000, 639 (13.10.2000)	q	✓	211
Alcatel / Thomson Multimedia / JV	IV/M.2048 (26.10.2000)	–	✓	318
Alex Martin	BGE 90 II 333 (10.11.1964) =Pra 1965, Nr.35	–	–	121 156
Alstom / ABB	IV/M.1484 (2.6.1999)	–	✓	300
Alstom / ABB – Alstom Power	IV/M.1909 (5.5.2000)	–	✓	300
Anzeiger von Uster / Druckerei Wetzikon	RPW 1997, 519 (6.10.1997)	q	✓	217
APERTO-Geschäfte	RPW 1998, 1 (3.11.1997)	m	✓	189
Ärztliche Notfalldienste Stadt Zürich	RPW 1998, 198 (24.2.1998)	–	–	90

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing	472 U.S. 585 (19.6.1985)	–	–	391 394 396
Ass. fribourgoise des écoles de circulation	RPW 2000, 167 (8.5.2000)	E	×	172
Associated Press v. U.S.	326 U.S. 1 (18.6.1945)	–	–	397
Autobahn-Notrufsäulen	RPW 1997, 329 (1997)	–	–	90
Automatic Radio Mfg.Co. v. Ford Motor Co.	390 F.2d 113 (1st Cir. 1968)	–	–	396
Avec. (SBB / Migros / Kiosk AG)	RPW 2000, 36 (3.2.2000)	q	✓	237
Axel Springer Verlag / Handelszeitung	RPW 1999, 177 (9.2.1999)	q	✓	211
Bahnhofskioske	RPW 1999, 400 (5.7.1999)	u M	✓ ✓	167 204
Bâloise Holding / Solothurner Bank SoBa	RPW 2000, 643 (20.9.2000)	q	✓	246
Banner.ch	RPW 2000, 650 (10.11.2000)	q	✓	211
BASF / Bayer / Hoechst – DyStar	IV/M.1987 (5.9.2000)	–	✓	316
Basler Kantonalbank / Coop Bank	RPW 2000, 40 (17.1.2000)	q	✓	211
BAT / Rothmans	RPW 1999, 255 (3.3.1999)	q	✓	233
BAT / Rothmans	IV/M.1415 (17.3.1999)	–	✓	298
Batigroup Holding AG	RPW 1997, 201 (17.6.1997)	q	✓	213
Batigroup Holding AG / Stamm-Gruppe	RPW 1998, 277 (22.6.1998)	q	✓	211 212
Batrec / Recymet	RPW 1999, 172 (1999)	Q	✓	163 197 256 402
Beendigung JV BP Amoco/Mobil	RPW 2000, 53 (31.12.1999)	q	✓	211
Bell AG / SEG-Poulets AG	RPW 1998, 392 (7.9.1998)	Q	A	254
Berkey Photo, Inc. Eastman Kodak Co.	603 F.2d 263 (2nd Cir. 1979)	–	–	391
Berner Oberland Medien AG / BO, BZ	RPW 2000, 414 (10.5.2000)	Q	✓	258 265 402 402
Berner Tagblatt Medien / Schaer Thun II	RPW 2000, 646 (23.11.2000)	q	✓	259 277
Bertelsmann Springer / EMAP Deutschland	RPW 2000, 653 (5.10.2000)	q	✓	226
Bertelsmann Springer / Schück Söhne AG	RPW 2001, 115 (22.12.2000)	q	✓	226
Bertelsmann / Wissenschaftsverlag Springer	IV/M.1377 (15.2.1999)	–	✓	297
BKW – AEK / Comtop	RPW 1997, 51 (17.4.1997)	q	✓	212
BKW – AEK / Comtop II	RPW 1997, 237 (2.6.1997)	S	✓	212

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
BKW – AEK / Comtop III	RPW 1998, 461 (15.5.1998)	S	×	126 212 277
BKW – AEK / Comtop IV	RPW 1998, 620 (16.11.1998)	S	V	212
BKW FMB Energie AG	RPW 2000, 29 (7.2.2000)	M	V	206
Board of Trade of City of Chicago v. US	246 U.S. 231 (4.3.1918)	–	–	376
Boder	BGE 101 Ib 33 (14.2.1975) =Pra 1975, Nr. 103	S	✓	126
Bombardier / ADtranz	RPW 2001, 129 (20.11.2000)	q	✓	218 265 327
Bombardier / ADtranz	IV/M.2139 (3.4.2001)	–	A	319
Bon Appétit Holding / Usego Hofer Curti	RPW 1999, 478 (1999)	q	✓	226
Bon Appétit Gastronomie AG / Bell Gastro	RPW 2000, 256 (2000)	q	✓	211
Bosch / Siemens / GU Demag Krauss-Maffei	RPW 2000, 448 (25.8.2000)	q	✓	243
BP / JV Dissolution	IV/M.1820 (2.2.2000)	–	✓	300
Braderie	BGerE 2P.96/2000 (8.6.2001)	–	–	116
Broadcast Music, Inc. v. CBS	441 U.S. 1 (17.4.1979)	–	–	376
Brooke Group v. Brown & Williamson Tob.	509 U.S. 209 (21.6.1993)	–	–	390
Brown Shoe v. United States	370 U.S. 294 (25.6.1962)	–	–	407
Buchdruckerei Buchs / AG für die NZZ	RPW 2000, 41 (5.1.2000)	q	✓	234
Bundesbeiträge an Bauten	VPB 1996, Nr. 48 (6.4.1995)	–	–	97
California Computer Products v. IBM Corp.	613 F.2d 727 (9th Cir. 1979)	–	–	396
Carrier Corporation / Toshiba Corporation	RPW 1999, 176 (1999)	q	✓	211
Chambre genevoise de l'étanchéité (CGE)	RPW 2001, 110 (5.3.2001)	B	V	171
Chanel	BGE 122 III 469 (23.10.1996)	–	–	104
Chase Manhattan / J.P. Morgan	RPW 2001, 125 (9.11.2000)	q	✓	211
CHS Electronics / Vobis Microcomputer	RPW 1998, 420 (1998)	q	✓	211
Commcare / Swisscom	BGerE 2A.503 und 505/2000 (3.10.2001)	–	–	418
Compaq Computer / Digital Equipment	RPW 1998, 274 (26.3.1998)	q	✓	227
Compaq / Digital	IV/M.1120 (23.3.1998)	–	✓	292
Compass Group / Selecta Group	RPW 2001, 344 (30.3.2001)	q	✓	246
Compass / Selecta	IV/M.2373 (8.5.2001)	–	✓	320
Comtop II	RPW 1998, 89 (16.2.1998)	q	✓	212
Continental T.V. v. GTE Sylvania Inc.	433 U.S. 36 (23.6.1977)	–	–	378
Credit Suisse Group / Belcom	RPW 1999, 476 (9.7.1999)	q	✓	277
Credit Suisse Group / Winterthur Vers.	RPW 1997, 524 (15.10.1997)	q	✓	217

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Crédit Suisse / Winterthur	IV/M.985 (15.10.1997)	–	✓	286
Curti & Co. AG / SSG Holding	RPW 1998, 247 (13.5.1998)	q	✓	226 266
Curti & Co. AG	RPW 1998, 613 (1998)	S	✓	125 126 226
Dai-Ichi Kangyo / Fuji Bank / IBJ	RPW 2000, 453 (23.8.2000)	q	✓	211
Daimler-Benz / Chrysler	RPW 1998, 418 (13.7.1998)	q	✓	229 296
Daimler-Benz / Chrysler	IV/M.1204 (22.7.1998)	–	✓	229 296
Daimler Chrysler AG / ADtranz	RPW 1999, 175 (18.2.1999)	q	✓	217
Daimler Chrysler / ADtranz ABB	IV/M.1446 (15.3.1999)	–	✓	298
Deutsche Post AG / Danzas Holding AG	RPW 1999, 125 (10.2.1999)	q	✓	231
Deutsche Post / Danzas	IV/M.1410 (17.2.1999)	–	✓	297
Devisierungsprogramme CRB/SBV	RPW 1998, 369 (27.4.1998)	M	V	199
Diax / SBCIS	RPW 1997, 197 (16.6.1997)	q	✓	205
Diax Mobile AG	RPW 1998, 86 (9.1.1998)	q	✓	223
Dipl. Ing. Fust / Electro plus AG	RPW 2001, 342 (16.3.2001)	q	✓	211
Distribution Feldschlösschen	RPW 1999, 57 (11.2.1999)	M	×	201
Dow Jones Reuters Business Interactive	RPW 2000, 43 (20.5.1999)	q	✓	211
DyStar / BASF	RPW 2001, 141 (12.9.2000)	q	✓	246
EADS	IV/M.1745 (11.5.2000)	–	A	311
Eastman Kodak v. Image Technical Services	504 U.S. 451 (8.6.1992)	–	–	94 381 397
Echirolles Distribution SA	EuGH Rs C-9/99 (3.10.2000)	–	–	180
Elf Aquitaine / TotalFina	RPW 2000, 228 (17.2.2000)	q	✓	241 329
EM.TV / SLEC	RPW 2000, 233 (31.3.2000)	q	✓	211
Engra T	BGE 124 III 495 (13.11.1998) =RPW 1998, 718	–	–	82 101
ESTEL	RPW 1998, 412 (1998)	q	✓	211
Eureko Allianz	RPW 1998, 582 (1998)	u	✓	165 229
Exxon / Mobil	RPW 1999, 478 (1999)	q	✓	211
Exxon / Mobil	IV/M.1383 (29.9.1999)	–	A	302
Exxon / Shell	RPW 1998, 600 (1998)	q	✓	166 229

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Exxon / Shell	IV/M.1137 (8.7.1998)	–	A	295
F./OG Kt. BE	BGE 116 Ia 237 (12.10.1990)	–	–	104 107
Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs	RPW 1997, 452 (10.10.1997)	u	✓	82 162
Fastbox Ticketservice	RPW 1997, 572 (15.12.1997)	q	✓	222
Felix Service SA / Minolta (Schweiz) AG	RPW 2000, 716 (14.12.2000)	m	✓	188
Freecom / Dangaard	RPW 2000, 43 (23.11.1999)	q	✓	238
Freecom / Dangaard	IV/JV.26 (1.12.1999)	–	✓	304
Gasversorgung Rothenburg	RPW 1998, 425 (6.7.1998)	M	–	90 194
Gebr. Tobler AG / Alruma AG	RPW 2000, 255 (2000)	q	✓	211
Gencor / Kommission	EuGH Rs T-102/96 (25.3.1999)	–	–	137 279
General Electric / Honeywell	IV/M.2220 (3.7.2001)	–	×	137 279
General Electric Capital / Bank Aufina	RPW 1997, 358 (4.8.1997)	q	✓	214 232 236
General Electric Capital / Bank Prokredit	RPW 1999, 144 (18.5.1998)	q	✓	214 232 236
GE Capital / Lisca	RPW 1999, 602 (17.9.1999)	q	✓	214 232 236
Georg Müller / Kt. AG	BGE 124 I 11 (30.1.1998)	–	–	107
Georg von Holtzbrinck / Dow Jones	RPW 1999, 601 (20.9.1999)	q	✓	211
Gétaz Romang / Miauton	RPW 2000, 54 (11.11.1999)	q	✓	239
Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham	RPW 2001, 338 (29.6.2001)	Q	A	260 322 329
Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham	IV/M.1846 (8.5.2000)	–	A	310
Göhner Merkur AG	RPW 2000, 448 (14.8.2000)	q	✓	211
Hallwag AG / Büchler Grafino AG	RPW 2001, 136 (2.2.2001)	q	✓	226
Heilpraktiker	BGE 125 I 322 (4.6.1999)	–	–	417
Hoechst / Rhône-Poulenc	RPW 1999, 484 (15.7.1999)	q	✓	235
Hoechst / Rhône-Poulenc	IV/M.1378 (9.8.1999)	–	A	300
Hoffmann-La Roche	EuGH Rs 85/76 (13.2.1979)	M	×	127
Hoffmann-La Roche / Böhringer Mannheim	IV/M.950 (4.2.1998)	–	A	290

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Homologation von Fussbällen	RPW 1998, 567 (10.12.1998)	M	✓	200 201
HSBC Holdings plc / Crédit Commercial F	RPW 2000, 450 (17.7.2000)	q	✓	211
Hypo- und Vereinbank / Bank Austria	RPW 2001, 118 (22.11.2000)	q	✓	211
Imprimeries Saint-Paul / Le Pays	RPW 2000, 671 (28.11.2000)	q	✓	226
Intensiv SA, Grancia	RPW 2001, 95 (18.12.2001)	M	×	207 266 267
International Shoe Co. v. FTC	280 U.S. 291 (6.1.1930)	–	–	402
Investitionshilfegesetz	BverfGE 4, 7 (20.7.1954)	–	–	102
ITV / IVG – TUI (Suisse) AG	RPW 1999, 482 (18.7.1999)	q	✓	211
Japan – Semiconductors	Gatt-Panel L/6309, 35S/116 (4.5.1988)	–	–	132
JC Decaux / Affichage	RPW 2001, 306 (7.5.2001)	u	✓	166 167 264 268 328
Kaladent AG	RPW 2001, 88 (29.1.2001)	m	✓	188 265
Kaminfegerwesen im Kanton Zug	RPW 1997, 472 (1.12.1997)	B	V	176 323
Klor's v. Broadway-Hale Stores	359 U.S. 207 (6.4.1959)	–	–	394
Kodak	BGE 126 III 129 (7.12.1999)	–	–	104 151
Krupp Hoesch / Thyssen	RPW 1998, 415 (8.7.1998)	q	✓	213 228
Krupp-Hoesch / Thyssen	IV/M.925, (11.8.1997)	–	–	285
Künstliche Besamung	RPW 1999, 75 (1.3.1999)	M	×	202
Künstliche Besamung (vorsorgliche Massn.)	RPW 1997, 243 (25.4.1997)	–	×	202
Künstliche Besamung (vorsorgliche Massn.)	RPW 1997, 618 (3.11.1997)	–	×	202
Landesbank Hessen-Thüringen / Bayr. LB	RPW 2001, 335 (26.2.2001)	q	✓	211
Lebensmittelbuch	VPB 1980, Nr. 28 (6.6.1979)	–	–	116
Lepori / Borelli	BGE 124 I 310 (28.8.1998)	–	–	103
Le Temps	RPW 1998, 40 (1.12.1997)	Q	A	250 402
Le Temps II	RPW 1998, 114 (23.2.1998)	–	–	250
Le Temps III	BGE 124 II 499 (10.8.1998) =RPW 1998, 498	–	–	250

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Maglite	EFTA Rs E-2/97 (3.12.1997)	–	–	277
Matsushita Electric Ind. v. Zenith Radio	475 U.S. 574 (26.3.1986)	–	–	390
Markt für Postsendungen ohne Adresse	RPW 1997, 301 (4.7.1997)	m	✓	188
Markt für Strassenbeläge	RPW 2000, 588 (4.12.2000)	B	×	57 184 267
Merck / Rhône-Poulenc – Merial	IV/M.885 (2.7.1997)	–	–	285
Merial	RPW 1997, 350 (18.8.1997)	q	✓	214
Merial II	RPW 1998, 98 (16.2.1998)	S	✓	214
Migros / Globus	RPW 1997, 364 (1.9.1997)	q	✓	192 215
Milchproduzenten	VPB 1970,Nr.100 (10.9.1970)	–	–	116
Miniera	BGE 88 II 209 (11.9.1962)	–	–	121
Minolta	RPW 1999, 247 (1.3.1999)	m	✓	94 192 216
Monopole d'affichage	BGE 125 I 209 (26.4.1999)	–	–	195
Nagra / Nidwalden	BGE 119 Ia 390 (29.7.1968)	–	–	340
Newtelco	RPW 1997, 46 (17.3.1997)	q	✓	211
Nintendo	BGE 124 III 321 (20.7.1998)	–	–	104
Nordic Capital / Hiag / Nyborn	RPW 2000, 443 (24.7.2000)	q	✓	234
Nutztierfütterung	RPW 1997, 175 (16.6.1997)	E	V	171
NZZ-Gruppe / Bertelsmann AG (Software)	RPW 2000, 253 (18.5.2000)	q	✓	211
Otter Tail Power Co. v. United States	410 U.S. 366 (22.2.1973)	–	–	397
Panalpina / Jacky Maeder	RPW 1999, 256 (29.4.1999)	q	✓	233
Paschall v. Kansas City Star Co.	727 F.2d 692 (8th Cir. 1984)	–	–	397
Plakatanschlag Arosa	BGerE 2P.131/2001 (13.11.2001)	–	–	195
Porzellanfabrik Langenthal AG	RPW 1997, 32 (18.4.1997)	m	✓	188
Presse Publications SR / Senger Media	RPW 2001, 128 (27.12.2000)	q	✓	211
Price Waterhouse / Coopers & Lybrand	IV/M.1016 (20.5.1998)	–	✓	293 322
Privattarif der Ärztegesellschaft Kt. BE	RPW 1997, 481 (7.1.1998)	B	V	176
Prix des quotidiens tessinois	RPW 2000, 16 (7.2.2000)	B	V	171
Prix pour les boissons	RPW 2000, 25 (7.2.2000)	B	V	171
Publicitas / Gasser / Tschudi Druck	RPW 1997, 179 (2.6.1997)	Q	✓	249
Publifon Gebühren	RPW 2001, 232 (2001)	M	✓	203
PubliGroup / Swisscom	RPW 1998, 601 (9.10.1998)	q	✓	230

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Railtour Suisse / RailAway	RPW 2000, 45 (31.12.1999)	q	✓	234
Rätia Energie AG	RPW 2000, 235 (27.3.2000)	Q	✓	258
Rechtspraktikantenbewilligung	BGE 125 II 315 (1.6.1999)	–	–	417
Recymet SA	RPW 1997, 490 (15.12.1997)	u	✓	163
		M	✓	197
Renault / Nissan	RPW 1999, 258 (1999)	q	✓	234
Renault / Nissan	IV/M.1519 (12.5.1999)	–	✓	299
Revi. Price Waterhouse / Coopers&Lybrand	RPW 1998, 214 (20.4.1998)	q	✓	224
				322
Rheinmetall DeTec / Oerlikon Contraves	RPW 2000, 50 (12.11.1999)	q	✓	238
Rhône-Poulenc / Merck	RPW 2000, 690 (4.7.2000)	S	×	126
				214
Rhône-Poulenc / Merck II	BGerE 2A.387/2000 (24.4.2001), =RPW 2001, 443	S	✓	212
				331
Roche / Corange	RPW 1998, 62 (1.12.1997)	q	✓	222
Sachversicherung GL	BGE 124 I 25 (27.2.1998)	–	–	107
Sammelrevers für Musiknoten	RPW 1997, 334 (1.9.1997)	B	×	175
				178
Sammelrevers für Musiknoten II	RPW 1998, 478 (1998)	B	×	175
Sammelrevers Verlagserzeugnisse	RPW 1999, 441 (6.9.1999)	B	×	175
				178
Sammelrevers Verlagserzeugnisse II	RPW 2001, 381	B	×	57
	RPW 2001, 412 (21.5.2001)			116
				178
Sammelrevers Verlagserzeugnisse III	BGerE 2A.298/2001 BGerE 2A.299/2001 (22.8.2001)	–	–	178
Sammelrevers Verlagserzeugnisse IV	BGerE 2A.298/2001 BGerE 2A.299/2001 (14.8.2002)	–	✓	180
Sat.1 (Schweiz) / Ringier AG	RPW 2000, 46 (15.1.2000)	q	✓	211
SBB-Gruppenreiseverkehr	RPW 1998, 10 (3.11.1997)	m	✓	90
				190
SBB AG / Securitas AG	RPW 2001, 121 (22.11.2000)	q	✓	245
SBB AG / Transpetrol GmbH	RPW 1999, 487 (3.8.1999)	q	✓	236
SBG / SBV	IV/M.1108 (4.3.1998)	–	✓	291
Schifffahrtsges. des Vierwaldstättersees	RPW 1997, 465 (3.11.1997)	M	V	197
Schmuklersky	BGE 62 II 32 (11.2.1936)	–	–	121
Schulen ans Internet	RPW 1997, 311 (22.8.1997)	M	✓	196

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Schweiz. Bankiervereinigung / EVD	BGE 117 Ib 481 (25.10.91)	–	–	97
Schweizerische Meteorologische Anstalt	RPW 1999, 415 (6.9.1999)	M	×	205 123
Schweizerische Meteorologische Anstalt II	RPW 2000, 461 (15.8.2000)	–	–	97 205
Schweizerische Meteorologische Anstalt III	RPW 2001, 210 (5.2.2001), = BGE 127 II 32	–	–	205
Schweizerische Post / BEVO	RPW 1998, 265 (6.4.1998)	Q	✓	186 251
Schweizer Spielemesse St. Gallen	RPW 1998, 14 (4.2.1998)	M	✓	199
Serviceleistungen an Öl-/ Gasbrennern	RPW 1998, 382 (17.8.1998)	B	×	177
Serviceleistungen an Öl-/ Gasbrennern II	RPW 1999, 503 (23.9.1999)	B	✓	97 177
Serviceleistungen an Öl-/ Gasbrennern III	RPW 1999, 611 (6.12.1999)	B	V	97 177
Shell Erneuerbare Energien / Siemens Solar	RPW 2001, 332 (1.3.2001)	q	✓	246
Siemens / Atecs Mannesmann AG	RPW 2001, 134 (5.1.2001)	q	✓	241 329
Siemens / Bosch / Atecs	IV/M.1922 (11.8.2000)	–	✓	308
Siemens / Demag Krauss-Maffei	IV/M.2224 (20.12.2000)	–	✓	308
Siemens / Dematic / VDO / Sachs	IV/M.2059 (29.8.2000)	–	A	315
Siemens / Elektrowatt	RPW 1997, 540 (1.12.1997)	q	✓	219 327
Siemens / Elektrowatt	IV/M.913 (18.11.1997)	–	A	287
Siemens / E.ON / Shell / SSG	IV/M.2367 (27.3.2001)	–	–	319
Silhouette	EuGH Rs C-355/96 (16.7.1998)	–	–	277
SLB / GKB / BB Bank Belp	RPW 1997, 48 (4.4.1997)	q	✓	212
Société Neuchâteloise de Presse S.A.	RPW 1999, 133 (15.3.1999)	Q	✓	256
Spitallisten für Halbprivatversicherungen	RPW 1999, 220 (19.4.1999)	u m	✓ ✓	166 191 265
Standard Oil Co. of New Jersey v. US	221 U.S. 1 (1910)	–	–	394
State Oil Company v. Khan	118 S.Ct. 275 (4.11.1997)	–	–	378
St. Galler Tagblatt AG / Medien Z Holding	RPW 2000, 249 (15.5.2000)	q	✓	211
Südostschweiz Pressevertrieb AG	RPW 2000, 230 (24.3.2000)	Q	✓	186 252

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
SVIT-Honorarrichtlinien	RPW 1998, 189 (28.5.1998)	u	✓	164 266 268
SWICO Recycling	RPW 1997, 142 (30.6.1997)	E	V	170
SWICO Recycling II	RPW 1999, 373 (22.9.1999)	E	✓	85 170
Swisscom / Debitel	RPW 1999, 480 (10.8.1999)	q	✓	227
Swisscom / UTA	RPW 1998, 412 (13.7.1998)	q	✓	227
Swisskey AG	RPW 1998, 252 (6.4.1998)	q	✓	226
Swiss Online AG	RPW 1997, 322 (15.9.1997)	m	✓	189
Tamedia / Belcom	RPW 2001, 721 (1.10.2001)	M	A	403
TA Media / Verlag Finanz und Wirtschaft	RPW 2000, 398 (27.1.2000)	q	✓	226
Tarifs des régisseurs/courtiers en immeubles	RPW 1998, 185 (18.5.1998)	u	✓	164
TDC Switzerland / Swisscom	Komkom (5.2.2002)	–	–	418
Teleclub AG / Cablecom Holding AG	RPW 1999, 618 (4.11.1999)	–	–	57
Telecom PTT / blue window	RPW 1997, 161 (5.5.1997)	M	×	90 196
Télécom PTT – données des annuaires	RPW 1997, 131 (1.5.1997)	M	✓	194
Telecom PTT – Fachhändlerverträge	RPW 1997, 506 (15.12.1997)	M	×	198
Telecom PTT – Fachhändlerverträge II	RPW 1998, 655 (12.11.1998)	–	–	35 57 198
Telecom PTT – Fachhändlerverträge III	RPW 1998, 599 (21.12.1998)	–	V	198
TeleDanmark (Sunrise / diAx)	RPW 2000, 673 (22.11.2000)	q	✓	244 266
Tele Züri AG	RPW 1999, 479 (14.7.1999)	q	✓	211
Terminaux de paiement	RPW 2001, 59 (18.12.2000)	M	✓	207
Thomson / Alcatel / Alsthom	RPW 1998, 274 (1998)	q	✓	211
Thurgauer Medien AG	RPW 2000, 662 (31.10.2000)	q	✓	243
Thyssen / Krupp	IV/M.1278 (2.6.1998)	–	–	294
Thyssen Stahl AG / Krupp Hoesch Stahl AG	RPW 1997, 344 (28.7.1997)	q	✓	213 228 330
Toni AG / Säntis Holding AG	RPW 1999, 93 (1.3.1999)	q	✓	230
TotalFina/Elf	IV/M.1628 (9.2.2000)	–	A	304 323
TUI / Kuoni	RPW 2000, 399 (8.5.2000)	q	✓	242 268

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
UBS / SBV	RPW 1998, 278 (20.4.1998)	Q	A	252 278 322 323 329
United Mine Workers v. Pennington et al.	381 U.S. 657 (7.6.1965)	–	–	394
United States v. Arnold, Schwinn & Co.	388 U.S. 365 (12.6.1967)	–	–	378
United States v. Columbia Steel Co.	334 U.S. 495 (7.6.1948)	–	–	407
United States v. Du Pont Nemours & Co.	353 U.S. 586 (3.6.1957)	–	–	407
United States v. Terminal R.R. Ass'n St.L.	224 U.S. 383 (22.4.1912)	–	–	397
United States v. Topco Associates, Inc.	405 U.S. 596 (29.3.1972)	–	–	376
United States v. Yellow Cab Co.	332 U.S. 218 (23.6.1947)	–	–	407
U.S. v. Aluminium Co. of America	148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945)	–	–	391 394
Usego Hofer Curti AG / Groupe Magro SA	RPW 2000, 396 (2000)	q	✓	211
Valiant Holding / Bank in Langnau	RPW 1997, 515 (29.9.1997)	q	✓	216
Valora Holding / Melisa	RPW 1999, 469 (5.7.1999)	Q	✓	257
VEBA AG / VIAG AG	RPW 2000, 224 (6.4.2000)	q	✓	241
VEBA / VIAG	IV/M.1673 (13.6.2000)	–	A	313
Vertrieb von Arzneimitteln / Sanphar	RPW 2000, 320 (7.6.2000)	B	×	182 222 264
Vertrieb von Frankiermaschinen	RPW 1998, 545 (6.8.1998)	u M	✓ ✓	165 200 201
Vertrieb von Markenart. im Detailhandel	RPW 2000, 212 (5.6.2000)	–	–	216
Vertrieb von Werbematerialien	RPW 2001, 239 (11.5.2001)	B	×	185 252
Versandapotheke MediService	RPW 1998, 549 (24.9.1998)	m	✓	191
Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz	RPW 1998, 20 (6.2.1998)	E	✓	171 327
Vivendi / Canal + / Seagram	IV/M.2050 (13.10.2000)	–	A	317
Vivendi / Canal + / The Seagram Company	RPW 2000, 636 (4.10.2000)	q	✓	211
Vivendi / Vivendi Environnement / EDF	RPW 2001, 132 (15.12.2000)	q	✓	211
Vivendi Environnement / Novartis Int.	RPW 2000, 657 (22.11.2000)	q	✓	211
Vodafone AirTouch / Vivendi / Canal +	RPW 2000, 411 (3.8.2000)	q	✓	211
Vodafone / Vivendi / Canal +	IV/JV.48 (20.7.2000)	–	A	315

Entscheid	Fundstelle	T	E	S
Volkswagen-Vertriebssystem	RPW 2000, 196 (8.5.2000)	E	V	173 322 328
Volvo AG / Scania AG	RPW 2000, 51 (7.12.1999)	q	✓	239 323
Volvo / Scania	IV/M.1672 (15.3.2000)	–	×	308 323 323
VW	IV/35.733 (28.1.1998)	–	×	289 322
V. / Staatsrat Genf	BGE 123 I 212 (4.7.1997)	–	–	103 104
Watt AG	RPW 1997, 558 (4.12.1997)	q	✓	221
Watt AG (II)	IV/M.958 (4.12.1997)	–	✓	288
Watt / Migros – EBL	RPW 2001, 293 (7.5.2001)	–	–	91 113
Watt / Migros – EEF	RPW 2001, 255 (5.3.2001)	M	×	113 208
X / C-AG und D-AG	RPW 2000, 257 (8.5.2000)	S	✓	125 125
X. / Justizdepartement GR	BGE 125 I 267 (4.5.1999)	–	–	103 104 417
X. / Verein RA ZH	BGE 123 I 12 (12.2.1997)	–	–	103
X. / Sanitätsdepartement GR	BGE 125 I 276 (14.6.1999)	–	–	53
xDSL-Dienste der Swisscom	RPW 2001, 73 (7.2.2001)	M	✓	204
Zahnprothetiker	BGE 125 I 276 (14.6.1999)	–	–	417
Zigarettenpreise	RPW 2001, 235 (23.3.2001)	–	–	233
Zschokke / Locher	RPW 1998, 91 (11.12.1997)	q	✓	224
§ 1747 Abs. 3 BGB	BverfGE 24, 119 (30.8.1993)	–	–	342

Abbildungen

Abb. 1: Kriterien für «workable competition» 34
Abb. 2: Prüfungsraster für Wettbewerbsabreden 40
Abb. 3: Grade des Markteinflusses 47
Abb. 4: Ausnahmebereiche ohne Wettbewerbskoordination 113
Abb. 5: Kartellrechtliche Folgenanalyse (mögliche Wirkungen/Wechselwirkungen) 154
Abb. 6: Schematische Darstellung des Sammelrevers 179
Abb. 7: Quantitative Entsprechung versch. Arten von Wettbewerbsbeschränkungen 268
Abb. 8: Ausschluss von Strategien im evolutorischen Korridor 360
Abb. 9: Gleichgewichtsbedingung bei vollkommener Konkurrenz (Unternehmen, Markt) 362
Abb. 10: Effekte eines Monopols auf die Wirtschaftsleistung 363
Abb. 11: Output, Konsumenten- und Produzentenrente bei vertikalen Beschränkungen ... 380
Abb. 12: Profit aus Koppelungspraktiken 382
Abb. 13: Statisches Modell der dominanten Firma mit competitive fringe 384
Abb. 14: Preispfad der dominanten Firma und Wachstumspfad des competitive fringe 385
Abb. 15: Limit pricing gemäss Bain-Stylos-Postulat 386
Abb. 16: Grenzkostenkurve bei strategischer Investition; Auswirkungen auf den Eintritt . 393
Abb. 17: Welfare «Tradeoff» Model und Quiet Life Hypothesis 399
Abb. 18: Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität 400
Abb. 19: Sukzessive Monopole, vor und nach der Integration 405
Abb. 20: Vertikale Integration unter fixen und variablen Inputfaktorenverhältnissen 406
Abb. 21: Abschottungseffekte bei niedriger und hoher Konzentration 408

Tabellen

Tab. 1: Entwicklung des Bruttoinlandproduktes 146
Tab. 2: Aussenhandel nach Ländern und Ländergruppen 147
Tab. 3: Schweizerische Direktinvestitionen ins Ausland (Industrieländer) 148
Tab. 4: Ausländische Direktinvestitionen in der Schweiz (Industrieländer) 148

Abkürzungen

Allgemein

A.	Auflage
Abb.	Abbildung
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Bd.	Band
BGerE	Bundesgerichtsentscheid
BIP	Bruttoinlandprodukt
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bzw.	beziehungsweise
ca.	cirka (ungefähr)
d.h.	das heisst
DOJ	Department of Justice
E.	Erwägung
EC	European Community (Europäische Gemeinschaft)
ECOSOC	Economic and Social Council (Wirtschafts- und Sozialrat der UN)
EEC	European Economic Community (Europäische Wirtschaftsgemeinschaft)
EFTA	European Free Trade Association (Europäische Freihandelszone)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN	Fussnote
FTC	Federal Trade Commission
gl. M.	gleicher Meinung
GPK	Geschäftsprüfungskommission (des Nationalrates / des Ständerates)
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung

HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
h.L.	herrschende Lehre
hrsg.	herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JV	Joint Venture
lit.	litera (Buchstabe)
LSVA	Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Developement (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
PBK	Preisbildungskommission
Prot.	Protokoll
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrollstelle
Reko/Wef	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
sog.	sogenannt(e)
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat
u.a.	unter anderem
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development (Konferenz für Handel und Entwicklung der Vereinten Nationen)
UK	United Kingdom (Vereinigtes Königreich)
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
U.S.C.	United States Code
Vgl.	Vergleiche
VGU	Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen
WAK	Kommission für Wirtschaft und Abgaben (des Nationalrates / des Ständerates)
Weko	Wettbewerbskommission
WLL	Wireless Local Loop (drahtloser Lokalanschluss)

WTO	World Trade Organization (Welthandelsorganisation)
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil

Erlasse

aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, AS 1 1
BayLV	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946
BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz), SR 943.02
BGFA	Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz), SR 935.61
BoeB	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.1
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
DIAC	Draft International Antitrust Code
EBG	Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957, SR 742.101
E EFTA-A	Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation, in: BBl 2001 5028–5410
EFTA-A	Übereinkommen vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31
EGKS-A	Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, SR 0.632.402
EGKS-V	Vertrag vom 18. April 1951 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Amsterdam)
E KG	Entwurf vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), in: BBl 1995 I 638–655
E KG01	Entwurf vom 7. November 2001 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, in: BBl 2001 (Separatum)
E KG01 (NR)	Entwurf vom 7. November 2001 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen in der Version des Nationalrates gemäss Schlussabstimmung vom 26.09.2002

E KG01 (StR)	Entwurf vom 7. November 2001 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen in der Version des Ständerates gemäss Schlussabstimmung vom 20.03.2003
E VKU	Entwurf vom 12. Februar 1996 zu einer Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüsse (Verordnung über Unternehmenszusammenschlüsse)
EMG	Elektrizitätsmarktgesetz vom 15. Dezember 2000, in: BBl 2000, 6189–6202
EWR-A	Abkommen vom 2, Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, in: BBl 1992 IV 668–1638
FHA	Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (Freihandelsabkommen), SR 0.632.401
FKVO	Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10
GATT 1947	General Agreement on Tariffs and Trade 1947 (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1947), SR 0.632.21
GATT 1994	General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994), SR 0.632.20 Anhang II.1A.1
GATS	General Agreement on Trade in Services, SR 0.632.20 Anhang II.1B
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
GV	Giftverordnung vom 19. September 1983, SR 813.01
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (Neubekanntmachung des GWB vom 27. Juli 1957)
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251
KG62	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1962 über Kartelle und ähnliche Organisationen, AS 1964 53
KG85	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1985 über Kartell und ähnliche Organisationen, AS 1986 874 und AS 1992 288 Anhang Ziff. 12
KV AG	Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980, SAR 110.000, SR 131.227
LFG	Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz), SR 748.0
LFV	Verordnung vom 14. November 1973 über die Luftfahrt (Luftfahrtverordnung), SR 748.01
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41
LuftVA	Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68

Marken-RL	Erste Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, in: AblEG 1989 L40/1–7
OECD-A	Übereinkommen über die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 14. Dezember 1960, SR 0.970.4
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz), SR 173.110
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
PG	Postgesetz vom 30. April 1997, SR 783.0
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, revidiert in Stockholm am 14. Juli 1967, SR 0.232.04
RBP	The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (Kodex multilateral gebilligter gerechter Grundsätze und Regeln zur Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Geschäftspraktiken)
rev. VO Nr. 17	Vorschlag der Kommission vom 27. September 2000 für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln, KOM(2000) 582
RL Postdienste	Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität, AblEG 1998 L15, 14–25
SchKG	Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1
Sekt-A	Sektorielle Abkommen vom 23. Juni 1999 zwischen der Schweiz und der EG, in: BBl 1999 6489–7110
Sherman Act	Sherman Act vom 2. Juli 1890, 15 U.S.C. § 1–7
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
THG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse, SR 946.51
TOT-Code	Transfer of Technology-Code
TRIPS	Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum), SR 0.632.20 Anhang II.1C
UeB aBV	Übergangsbestimmungen der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV)
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VE KG	Vorentwurf vom 3. September 1993 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)

VE KG00	Vorentwurf vom 18. September 2000 zu einer Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz)
VKU	Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4
VO Nr.17	Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, AblEG 1962 013/204–211
VO Nr.123/85	Verordnung (EWG) Nr. 123/85 der Kommission vom 12. Dezember 1984 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, AblEG 1985 L15/16–25
VO Nr.1475/95	Verordnung (EG) Nr. 1475/95 der Kommission vom 28. Juni 1995 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, in: AblEG 1995 L145/25–34
VO Nr.447/98	Verordnung (EG) Nr. 447/98 der Kommission vom 1. März 1998 über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in: AblEG 1998 L61/1–28
VO Nr.2790/99	Verordnung (EG) Nr. 2790/99 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, in: AblEG 1999 L336/21–25
VO Nr.2658/00	Verordnung (EG) Nr. 2658/00 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, in: AblEG 2000 L304/3–6
VO Nr.2659/00	Verordnung (EG) Nr. 2659/00 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, in: AblEG 2000 L304/7–12
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021
WG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz), SR 514.54
WTO-A	Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

Periodika

AB	The Antitrust Bulletin – The Journal of American and foreign Antistrust and Trade Regulation (New York)
AblEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Luxemburg)

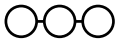
AER	The American Economic Review (Menasha / Wisconsin)
AJIL	The American Journal of International Law (Washington D.C.)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (St. Gallen / Lachen)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (Bern)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Wiesbaden)
Aussenwirt.	Aussenwirtschaft – Schweizerische Zeitschrift für internationale Wirtschaftsbeziehungen (Zürich)
BB	Der Betriebs-Berater (Heidelberg)
BBl	Bundesblatt (Bern)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BJE	Bell Journal of Economics (New York), später: RAND
BTJP	Berner Tage für juristische Praxis (Bern)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Tübingen)
CPE	Constitutional Political Economy (Fairfax)
DöV	Die öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Wirtschaftspolitik (Stuttgart)
Econometrica	Econometrica – Journal of the Econometric Society (Evanston)
Economica	Economica (Oxford)
EER	European Economic Review (Amsterdam / London / New York et al.)
EJ	Economic Journal (Oxford)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (München / Frankfurt a.M.)
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht – Betriebs-Berater für Europarecht (Heidelberg)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Weinheim)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Weinheim)
HLR	Harvard Law Review (Cambridge)
HM	Harvard Manager – Theorie und Praxis des Managements (Lengerich)
IER	International Economic Review (Philadelphia)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
JEBO	Journal of Economic Behavior & Organization (Amsterdam / Lausanne / New York et al.)
JEE	Journal of Evolutionary Economics (Berlin / Heidelberg)
JEP	Journal of Economic Perspectives (Stanford)
JET	Journal of Economic Theory (New York / London / Paris et al.)
JIE	Journal of Industrial Economics (Oxford)
JLE	Journal of Law and Economics (Chicago)
JNS	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik (Stuttgart)
JPE	The Journal of Political Economy (Chicago)

JWT	Journal of World Trade – Law, Economics, Public Policy (Genf)
JZ	Juristenzeitung (Tübingen)
LCP	Law and Contemporary Problems (Durham)
Markenartikel	Der Markenartikel – Monatsschrift zur Förderung der Qualitätsware (München)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München / Frankfurt)
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Wien)
OEP	Oxford Economic Papers (Oxford)
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Stuttgart / New York)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel)
QJE	The Quarterly Journal of Economics (Cambridge / New York)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Tübingen)
RAND	The RAND Journal of Economics (Washington)
RIO	Review of Industrial Organization (Dordrecht)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft – Betriebs-Berater International (Heidelberg)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (Bern)
RT	Rechtstheorie – Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts (Berlin)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft – Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich), später: SZW
S.Ct.	Supreme Court Reporter (Washington)
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Zürich)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zürich)
UPLR	University of Pennsylvania Law Review (Buffalo)
U.S.	United States Reports (Washington)
Volkswirt.	Die Volkswirtschaft – Das Magazin für Wirtschaftspolitik (Münsingen)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern)
VKK	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission (Bern), später VKKP, RPW
VKKP	Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers (Bern), später RPW
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Berlin / New York)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis – Mit Kartellrecht und Werberecht (Frankfurt a.M.)

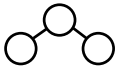
WuR	Wirtschaft und Recht (Rüschlikon)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Düsseldorf)
YLJ	The Yale Law Journal (New Haven)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Berlin / New York)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Heidelberg)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (München / Frankfurt)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)

Symbole

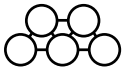
Folgende Symbole sollen die Übersicht über die in II/9 und II/10 beschriebene Praxis erleichtern und haben lediglich Hinweischarakter



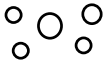
Horizontale Wettbewerbsabrede



Vertikale Wettbewerbsabrede



Vertikale Wettbewerbsabreden mit Horizontalwirkung
Kombinierte Abreden



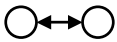
Keine Marktbeherrschung



Behinderungsverhalten marktbeherrschender Unternehmen



Ausbeutungsverhalten marktbeherrschender Unternehmen



Unternehmenszusammenschluss,
Fusion (ohne Marktbeherrschung)



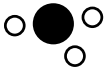
Erlangung der alleinigen Kontrolle (ohne Marktbeherrschung)



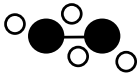
Erlangung der gemeinsamen Kontrolle (ohne Marktbeherrschung)



Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (ohne Marktbeherrschung)



Alleinige Marktbeherrschung



Kollektive Marktbeherrschung (Duopol, Oligopol)

Einleitende Bemerkungen

Schlüsselbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 ist der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs». Der Gesetzgeber hat auf eine Definition dieses zentralen Begriffs wohl zu Recht verzichtet, wird Wettbewerb im Allgemeinen doch als dynamischer Prozess angesehen, dessen Erscheinungsformen und Ergebnisse im Einzelfall völlig offen sind. Eine Definition des Wettbewerbs über Erscheinungsformen oder Ergebnisse würde daher das eigentliche Ziel einer Wettbewerbspolitik, die Ermöglichung und Bewahrung nicht deterministischer, sich evolutionär entwickelnder Marktprozesse unterlaufen. So findet der Begriff «wirksamer Wettbewerb» als Generalklausel, dessen Ausfüllung weitgehend der Praxis überlassen ist, Aufnahme in das Kartellgesetz. 1

Ziel dieser Abhandlung ist die Darlegung eines theoretischen Konzepts «wirksamer Wettbewerb» sowie dessen Konkretisierung und Operationalisierung anhand der Praxis der Wettbewerbskommission und der Europäischen Kommission. Es versteht sich von selbst, dass ein typisch wirtschaftsrechtlicher Begriff wie «wirksamer Wettbewerb» nicht ohne den Einbezug funktionaler Aspekte, in diesem Zusammenhang also wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse, erfolgen kann. Auch wenn der hier skizzierte wirtschaftswissenschaftliche Wettbewerbsbegriff kaum als eindeutig und empirisch abgesichert bezeichnet werden kann – wie dies im Übrigen auch bei juristischen Begriffen häufig der Fall ist –, erscheint eine Beantwortung wettbewerbsrechtlicher Fragestellungen ohne den Einbezug ökonomischer Erkenntnisse undenkbar. 2

Der Aufbau dieser Abhandlung ergibt sich aus den Regeln, welche die juristische Methodenlehre zur Ermittlung des Sinnes von Rechtsbegriffen entwickelt hat: den Auslegungselementen. Die nähere Klassifizierung des Rechtsbegriffs «wirksamer Wettbewerb» als Generalklausel deutet schon an, dass dabei nicht nur auf die klassischen Interpretationselemente Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte und Teleologie zurückgegriffen werden kann. Die Konkretisierung hat in erster Linie durch den Beizug weiterer Elemente (des Vorverständnisses) zu erfolgen, welche aus den Typenmerkmalen des Wirtschaftsrechts hergeleitet werden können. Methodisch kann der Einbezug durch die Wahl einer topischen Struktur in der Abhandlung bewerkstelligt werden. 3

4 Die Arbeit gliedert sich in drei Hauptteile: In einem ersten Teil werden Problemstellung und Arbeitsmethodik dargelegt; in einem zweiten Teil wird der Begriff «wirksamer Wettbewerb» gemäss der gewählten Methode konkretisiert, bevor daran anschliessend die erarbeiteten Teilergebnisse in einem dritten Teil vereinigt werden.

Teil I: Konkretisierung von Wirtschaftsrecht

1 Kartellrecht als Wirtschaftsrecht

1.1 Charakterisierung des Wirtschaftsrechts

Die Versuche einer *Definition des Wirtschaftsrechts* sind zahlreich; eine allgemein akzeptierte Fassung ist noch nicht gefunden.[1] So ist auch eine genaue gegenständliche Abgrenzung des Wirtschaftsrechts als Inbegriff bestimmter Normen nicht erfolgt. Nach Ansicht der h.L. soll eine solche Abgrenzung auch gar nicht möglich sein, u.a. aufgrund der fehlenden spezifischen Differenz zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Recht und des Fehlschlagens traditioneller Systematisierung nach öffentlichem und privatem Recht.[2] Während ein Teil der Lehre sich daher mit der Unterscheidung von Kern- und Randbereichen, wirtschaftsrelevanten und wirtschaftsbezogenen Normen des Wirtschaftsrechts behilft[3], geht ein anderer Teil der Lehre in Richtung einer offenen, typologischen Erfassung des Wirtschaftsrechts.[4] Diese erlaubt die Identifizierung wirtschaftsrechtlicher Normen anhand typischer Merkmale des Wirtschaftsrechts. Im Folgenden wird kurz auf den Begriff des Wirtschaftsrechts eingegangen. 5

Nach der Auffassung SCHLUEPS kann das Wirtschaftsrecht verstanden werden als das *Recht der Wirtschaft*; die Wirtschaft wird zum Objekt des Wirtschaftsrechts.[5] 6

---

1 Vgl. Die Zusammenstellung ausgewählter Lehrmeinungen zum Begriff des Wirtschaftsrechts bei VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 21 ff.

2 Vgl. dazu SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 3 f.; BROHM, Wirtschaftsrecht, 19 ff.; BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 146 f.; MEIER-SCHATZ, Begriff, 294 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 24; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 5; MERTENS/KIRCHNER/ SCHANZE, Wirtschaftsrecht, 187; SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 52 ff.; STEINDORFF, Einführung, 5; HOPT, Aspekte, 1017; ASSMANN, Mixed Economy, 168; a.M. FIKENTSCHER, Wirtschaftsrecht, 31; KELLERHALS, Bemerkungen, 9; STOBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12 f.

3 Vgl. BROHM, Wirtschaftsrecht, 23 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht, 20 f.

4 Vgl. BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 79; BAUDENBACHER/CASPERS, Markenrecht, 216; MEIER-SCHATZ, Begriff, 295; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 4; SCHLUEP, Kartellgesetz, 91 ff.; FUNK, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 314; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 5; LIENHARD, Deregulierung, 4 f.

5 Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 4. Weiter auch GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 31; GYGI/SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 88 f.; BAUDENBACHER/CASPERS, Markenrecht, 215 f. Explizit abgelehnt wird diese Konzeption von KOPPENSTEINER, Wirtschaftsrecht, 9 ff., der eine Ausuferung des Wirtschaftsrechtsbegriffs befürchtet. KOPPENSTEINER, Wirtschaftsrecht, 34 ff. versteht Wirtschaftsrecht vielmehr als Unternehmensrecht, «als Recht innerer Organisa-

So normiert Wirtschaftsrecht das Wirtschaften, also «jene menschliche Tätigkeit, welche der Bereitstellung (Erzeugung und Verteilung) der knappen Mittel zum Zwecke der Bedarfsdeckung dient.»[6] Das Wirtschaftsrecht lässt sich somit «als Recht der wirtschaftlichen Koordination oder als Recht der Wirtschaftsordnung herausstellen und kennzeichnen.»[7] *Inhalt* des Wirtschaftsrechts ist danach die Verrechtlichung des Koordinationssystems – Wettbewerb, Plan, Gruppenvereinbarungen – durch Normierung des politischen Grundentscheids[8].[9] Einzubeziehen sind aber auch jene Normen, die das rechtlich vorgesehene Koordinationssystem durchbrechen, also nicht systemverwirklichend, sondern systemmodifizierend sind.[10] So – als Wirtschaftsordnungs- und Wirtschaftslenkungsrecht – verstandenes Wirtschaftsrecht schliesst das Wirtschaftspolizeirecht begrifflich aus.[11] Andere Autoren hingegen beziehen das Wirtschaftspolizeirecht in das Wirtschaftsrecht mit ein; so habe das Wirtschaftspolizeirecht auch in hohem Mass ordnungsrelevante Dimension, da die Ausgestaltung des «Wie» des Wirtschaftens erheblich von Überlegungen der Gefahrenabwehr geprägt und daher beachtlich vom Polizeirecht abhängig sei.[12] In diesem Sinne ist es *Aufgabe* des Wirtschaftsrechts, an übergeordneten Zielen

---

tion plus Aussenbeziehungen des Unternehmens», ergänzt durch das Recht der makroökonomischen Rahmenordnung, so z.B. des Recht der Notenbank.

6 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 6; FUNK, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 310; STOBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17 f.

7 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 10. Vgl. weiter auch VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 24 f.; RICHLI/MÜLLER/JAAG, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht, 20 f.; GYGI/SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 89; LIENHARD, Deregulierung, 5. Diese Kennzeichnung kann auch bei vermehrtem Einbau von selbststeuernden (reflexiven) Elementen in das Wirtschaftsrecht beibehalten werden; vgl. dazu MEIER-SCHATZ, Unternehmenspublizität, 48 ff.; SCHLUEP, Funktionalität, 153.

8 Zum ordnungspolitischen Grundentscheid der schweizerischen Bundesverfassung VALLENDER, Grundentscheid, 1033 ff. Weiter II/5.2.1, b).

9 Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 11; dagegen sieht DRUEY, Wirtschaftsrecht, 3 nicht im Zweck der Gestaltung der Wirtschaft das wichtigste Merkmal des Wirtschaftsrechts, sondern einfach im wirtschaftlichen Anwendungsbereich. Freilich «zerfleddere» damit der Begriff des Wirtschaftsrechts, könne man dann auch z.B. das Erbrecht u.U. zum Wirtschaftsrecht zählen.

10 Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 12; SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 41.

11 Nach SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 17 ist der Schutz der Polizeigüter nicht koordinationsspezifisch und steht darum ausserhalb des Wirtschaftsrechts. Auch RINCK, Begriff, 171 versteht Wirtschaftsrecht primär als Recht der Wirtschaftslenkung. Vgl. weiter RITTNER, Wirtschaftsrecht, 15; STOBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11.

12 Vgl. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 25 f. Vgl. weiter RICHLI/MÜLLER/JAAG, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht, 20 f.; FUNK, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 320; HUG/KAUFMANN, Wirtschaftsrecht, 599, 602.

orientiert die Koordinationsmechanismen zur Geltung und zum Funktionieren zu bringen und die Grundlagen für ein möglichst gefahrloses Wirtschaften zu legen.[13]

Unbestritten erfüllt das Wirtschaftsrecht eine *Querschnittsfunktion*, umfasst es doch neben seinem Kern viele Normen klassischer, eigenständiger Rechtsmaterien wie des Arbeitsrechts, des Gesellschaftsrechts oder des Steuerrechts.[14] Es kann hoheitliche und privatautonome Elemente und damit öffentliches wie auch privates Recht beinhalten.[15] Soweit sich die Verfassung der Normierung des politischen Grundentscheids annimmt, spricht man von «Wirtschaftsverfassungsrecht».[16] 7

Seine *Wurzeln* hat das so verstandene Wirtschaftsrecht in der liberalen Wirtschaftsrechtskonzeption; es hatte daher ursprünglich lediglich die äussere Ordnung des Marktgeschehens zu gewährleisten. Die Entwicklung ging hin zu einem instrumental verstandenen Wirtschaftsrecht, welches Zielen und Zwecken des politischen Systems zu dienen hat. Mit der zunehmenden Komplexität des Marktprozesses wird eine Anpassung des Rechts an die Komplexitätsbedingungen der hochdifferenzierten Informationsgesellschaft diskutiert. So nehmen sich die Vertreter eines reflexiven Wirtschaftsrechts als Ausgangspunkt die Entlastung des überforderten politisch-rechtlichen Staatsinterventionismus vor und suchen in der Folge nach neuen Formen der Selbstregulierung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bereiche (TEUBNER[17], MEIER-SCHATZ[18]).[19] 8

Nach der h.L. bildet das Wettbewerbsrecht Wirtschaftsrecht, dient es doch «unmittelbar der Erhaltung einer bestimmten Form des Wirtschaftens, nämlich des Wirtschaftens unter Wettbewerb».[20] Es erstaunt daher nicht, dass sich im Wettbewerbs- 9

---

13 Vgl. VALLENDER, Grundzüge, 677.

14 Vgl. BROHM, Wirtschaftsrecht, 25; STOBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 13; MEIER-SCHATZ, Begriff, 304.

15 Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 32; LIENHARD, Deregulierung, 4.

16 Vgl. zum Begriff VALLENDER, Grundentscheid, 1035; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 13 ff. und Wirtschafts- und Sozialverfassung, 335 ff.

17 Vgl. TEUBNER, Reflexives Recht, 13 ff. Grundlegend zur Evolution des Rechts HABERMAS, Rekonstruktion, 260 ff. und LUHMANN, Rechtssoziologie, 132 ff.

18 Vgl. MEIER-SCHATZ, Unternehmenspublizität, 48 ff.

19 Zur historischen Entwicklung des Wirtschaftsrechts MEIER-SCHATZ, Unternehmenspublizität, 34 ff. Weiter II/11.2.3, a), N 697.

20 HOPT, Aspekte, 1019; vgl. weiter SCHLUEP, Vertragsbruch, 241; SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 53; BROHM, Wirtschaftsrecht, 24. A.M. RITTNER, Systematik, 335, der wohl das Kartellrecht, aber nicht das (private) Wettbewerbsrecht zum Wirtschaftsrecht zählt.

recht, insbesondere im Kartellrecht, die Merkmale des Wirtschaftsrechts jeweils mehr oder weniger verwirklicht finden.[21]

1.2 Merkmale des Wirtschaftsrechts

10 In Anlehnung an SCHLUEP lassen sich mehrere Typenmerkmale des Wirtschaftsrechts herausstellen, die angesichts der Unmöglichkeit einer klassenlogischen Definition eine typologische Beschreibung des Wirtschaftsrechts ermöglichen sollen.[22] Diesen per definitionem typenbestimmenden Merkmalen des Wirtschaftsrechts ist *auch bei der Konkretisierungsarbeit Rechnung zu tragen*. Die typenbestimmenden Merkmale einer Norm sind m.a.W. nicht durch entgegengesetzte Konkretisierung zu relativieren. Das Gebot der typus-konformen Konkretisierung wird zunächst nur für die Funktionalität[23] (den Beitrag einer Norm zur Verwirklichung der geltenden Wirtschaftsverfassung) formuliert, doch lässt sich dieses Postulat ohne Weiteres auch auf die anderen Merkmale des Wirtschaftsrechts, die alle in unmittelbarem oder mittelbarem Zusammenhang mit der Funktionalität des Wirtschaftsrechts stehen[24], übertragen. *Die Typenmerkmale des Wirtschaftsrechts prägen so auch den in dieser Arbeit verwendeten Methodenkanon.*

11 Die nachfolgend beschriebenen Merkmale müssen nicht spezifisch wirtschaftsrechtlicher Natur sein; sie lassen sich demzufolge auch in anderen Rechtsgebieten antreffen.[25] Umgekehrt ist Wirtschaftsrecht durch seine Definition in keiner Weise so festgelegt, dass eine wirtschaftsrechtliche Norm nur dann vorläge, wenn in ihr sämtliche der nachfolgend beschriebenen Merkmale anzutreffen sind.[26] Die Typenmerkmale des Wirtschaftsrechts können je nach Norm in unterschiedlichen

---

21 Vgl. noch zum KG62 und KG85 SCHLUEP, Kartellgesetz, 98 ff. und RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 7 ff.

22 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 158 ff.

23 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, 126; HÖHN, Gesetzesauslegung, 224 f.; FRÖHLER, Wirtschaftsrecht, 174 ff.; SCHLUEP, Kartellgesetz, 95 f.; a.M. BROHM, Wirtschaftsrecht, 20; WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 461 ff.; STOBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 27 f.; FRITZSCHE, Auslegung, 17 f.; dazu ausführlich II/11.1.3.

24 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 166.

25 So steht z.B. das Kindesrecht im Zeichen der Wahrung des Kindeswohls; es ist diesbezüglich funktional; vgl. z.B. HEGNAUER, Kindesrecht, 24, 30. Das Eherecht bildet eine Institution – die Ehe – aus und wird durch diese Institution auch verändert; HEGNAUER/BREITSCHMID, Eherecht, 27 und NZZ Nr. 78 vom 3. April 2001, 64 – «Weltpremiere» in Amsterdam: Erste Schwulen-Ehe in Holland – Belgien will nachziehen.

Stärkegraden auftreten und können sich bis zu einem gewissen Grade auch wechselseitig vertreten.[27] Entscheidender Gedanke ist jedoch immer der *gesamtwirtschaftliche Bezug* der Norm, die Institutionalisierung oder Relativierung eines Koordinationsmechanismus.[28] Die übrigen Merkmale erhalten ihre Bedeutung in Verbindung mit eben diesem Koordinationsgedanken.

1.2.1 Funktionalität und Folgenorientierung

Funktion des Wirtschaftsrechts ist die Institutionalisierung und Gestaltung einer (wirtschaftlichen) Grundordnung.[29] Wirtschaftsrechtliche Normen haben das Wirtschaften zu organisieren, stehen m.a.W. im Dienste der Organisation des (gesollten) Wirtschaftssystems.[30] Konsequenterweise sind sie so auszugestalten und zu konkretisieren, dass sie ihre Funktion im Rahmen der Wirtschaftsverfassung erfüllen können.[31] Im Zweifel ist bei der Rechtsanwendung diejenige Normhypothese vorzuziehen, welche am ehesten mit den Forderungen der Wirtschaftsverfassung im Einklang steht.[32] Eine solche Auswahl kann nur aufgrund einer Prognosestellung getroffen werden, welche sich ihrerseits ökonomischer Modelle bedient.[33] Diese Prognosestellungen machen die funktionale Betrachtungsweise denn auch zu einem betont *folgenorientierten Verfahren*.[34] 12

Die *Funktion des schweizerischen Kartellgesetzes* widerspiegelt sich in Art. 1 KG. Zweck des Kartellgesetzes ist danach die Mit-Konkretisierung der Wirtschaftsverfassung, konkret die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen sowie die Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen 13

---

26 Vgl. allgemein LARENZ, Methodenlehre, 221; BYDLINSKI, Rechtsbegriff, 544.
27 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 303; BYDLINSKI, Rechtsbegriff, 544.
28 Ähnlich BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 146.
29 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 158; LIENHARD, Deregulierung, 4 f.
30 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 158 f.; ähnlich FIKENTSCHER, Wirtschaftsrecht, 33 f.; HOMBURGER, Privatautonomie, 344.
31 Vgl. AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, 128 f.; GYGI/SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 92; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 82; SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 44 f.
32 Vgl. BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 134 f.; MEIER-SCHATZ, Begriff, 297 f.
33 Vgl. AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, 129.
34 Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 147.

Ordnung.[35] Die *Folgenorientierung des Kartellgesetzes* findet sich besonderes ausgeprägt in Art. 10 Abs. 2 KG. Die Wettbewerbskommission hat danach für ihren Entscheid «auch die voraussehbare Marktentwicklung in den auf die Entscheidung folgenden Jahren mit zu berücksichtigen.»[36]

1.2.2 Institutionalität und Interdisziplinarität

14 Aus der Funktionalität des Wirtschaftsrechts folgt seine *Institutionalität*.[37] Das Wirtschaftsrecht knüpft danach an den vorrechtlichen Sinnzusammenhang des Wirtschaftens an und bildet dabei Rechtsinstitute – verstanden als vorgefundene Lebensinstitute, welche die Rechtsordnung strukturieren – aus.[38] Umgekehrt prägen und verändern diese Rechtsinstitute auch die Lebensinstitute, an die sie anknüpfen.[39] Das Wirtschaftsrecht kommt daher an den Eigengesetzlichkeiten der Wirtschaft nicht vorbei: «Institutionalisierung und Gestaltung einer Wirtschaftsverfassung, deren Kern direkt oder indirekt an ordnungspolitische Muster der Wirtschaftswissenschaften anknüpft, lassen sich nicht ohne Rekurs auf eben diese Wirtschaftswissenschaften vollbringen.»[40] Dies aber nicht im Sinne einer unreflektierten Übernahme oder absoluten Bindung an die Wirtschaftswissenschaft; vielmehr soll dieser Rekurs im Sinne einer parallelen Anwendung der Erkenntnisse der Wirtschafts- als auch Rechtswissenschaft erfolgen.[41]

15 Die Anknüpfung an Sinnzusammenhänge des Wirtschaftens zeigt sich besonders in Art. 5 Abs. 2 KG. Die Rechtfertigungsmöglichkeit für Wettbewerbsabreden, die den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen, orientiert

---

35 Art. 1 KG. Nach Auffassung des Bundesrates konkretisiert der Zweckartikel den materiellen Inhalt der verfassungsmässigen Kompetenz und verdeutlicht die dem Gesetz zugrundeliegenden materiellen Leitbilder; vgl. Botschaft KG95, 532; ausführlich dazu II/2.2.1, a) sowie II/4.2.1; zum Inhalt der verfassungsmässigen Kompetenz II/5.2.2.

36 Botschaft KG95, 584.

37 Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 22; DRUEY, Wirtschaftsrecht, 2; BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 135; MESTMÄCKER, Wirtschaftswissenschaften, 384 f.

38 Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 22 f.; MESTMÄCKER, Wirtschaftswissenschaften, 385; LIENHARD, Deregulierung, 5.

39 Vgl. BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 135.

40 SCHLUEP, Funktionalität, 160; vgl. weiter SCHMIDT-RIMPLER, Wirtschaftsrecht, 703 f.; SCHWARK, Anlegerschutz, 62 f.; HOPT, Aspekte, 1023 f.; ASSMANN, Steuerung, 317.

41 Vgl. Ausführlich II/11.1.1, N 649.

sich an wirtschaftswissenschaftlichen Inhalten, namentlich an *Gesichtspunkten wirtschaftlicher Effizienz*.

1.2.3 Flexibilität

Das Wirtschaftsrecht zeichnet sich aufgrund seiner Dynamik durch ein grosses Bedürfnis nach Flexibilität aus. Die Notwendigkeit, sich wandelnden Verhältnissen anpassen zu können, *erfordert offene Regelungen mit Generalklauseln*, unbestimmten Rechtsbegriffen und Gesetzesdelegationen an die Exekutive.[42] So soll denn auch der «wirksame Wettbewerb» – Schlüsselbegriff des schweizerischen Wettbewerbsrechts[43] – als Generalklausel die Anpassungsfähigkeit der Wettbewerbspolitik sicherstellen.[44] In die gleiche Kerbe schlagen Art. 30 Abs. 3 KG und Art. 31 Abs. 3 KG, welche den Widerruf einer einvernehmlichen Regelung bei wesentlicher Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse[45] bzw. die Befristung der ausnahmsweisen Zulassung einer nach Art. 5 oder 7 KG unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung verankern. 16

1.2.4 Internationalität

Die Globalisierung der Märkte bedingt auch eine *Internationalisierung des Wirtschaftsrechts*, welche sich in der Schweiz insbesondere als (autonom vollzogene) Rechtsangleichung an das Recht ihrer Handelspartner, namentlich der Europäischen Union, äussert.[46] Daneben erfolgt Rechtsvereinheitlichung auch konsensual, durch Abschluss völkerrechtlicher Verträge oder Beitritt zu internationalen Organi- 17

---

42 Vgl. RICHLI/MÜLLER/JAAG, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3; SCHWARK, Anlegerschutz, 61 ff.; SCHLUEP, Funktionalität, 162; HOPT, Aspekte, 1024; STEINDORFF, Politik, 230. GRABITZ, Konkretisierung, 273 f.; Insbesondere zur Gewährleistung von Flexibilität schlägt BAUDENBACHER, Funktionszuwachs, 66 die Reduktion staatlicher Tätigkeit zugunsten der Steuerung durch Verfahren, insbesondere durch Verhandlungssysteme, vor.

43 Vgl. dazu grundlegend SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 1 ff.

44 Vgl. Botschaft KG95, 511.

45 Vgl. zur analogen Regelung in Art. 11 Abs. 2 PüG SCHLUEP, Funktionalität, 162.

46 Vgl. KRAMER, Entwicklungstendenzen, 254; SCHLUEP, Kartellgesetz, 96; THÜRER, Europaverträglichkeit, 93 postuliert eine Argumentationslast bei Abweichen von europäisch sich durchsetzenden Standards in zentralen Bereichen des Binnenmarktes; kritisch zum «konzept- und konturlosen automatischen Nachvollzug ausländischer Regelungen» BREINING-KAUFMANN, Europaverträglichkeit, 460 f.

sationen.[47] Gewisse Teile des Wirtschaftsrechts, insbesondere Teile des Wettbewerbsrechts, sind aber nach wie vor national ausgerichtet und kollidieren aufgrund der Internationalität des Wirtschaftens mit fremden, anders ausgerichteten Rechtsordnungen. Einen gewissen Ausgleich schafft hier das Wirtschaftskollisionsrecht, im schweizerischen Kartellrecht repräsentiert durch Verankerung des Auswirkungsprinzips (Art. 2 Abs. 2 KG sowie ergänzend für privatrechtliche Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen Art. 137 IPRG[48]) und spezieller Vorschriften zur Ausführung internationaler Abkommen (Art. 58 f. KG).[49]

1.2.5 Regelung wirtschaftlicher Gesamtabläufe

18 Nach SCHMIDT-RIMPLER darf die dem (Wirtschafts-)Recht «aufgegebene richtige Gestaltung des wirtschaftlichen und sozialen Lebens (...) nicht allein basieren auf der Betrachtung und Wertung der wirtschaftlichen Verhältnisse untereinander (...). Vielmehr muss sie auch die inneren Beziehungen, die wechselseitige Abhängigkeit und die Wirkungsverflochtenheit aller dieser Verhältnisse und der in ihnen wirkenden Kräfte und den daraus entspringenden *Gesamtzusammenhang der wirtschaftlichen Einzelvorgänge* berücksichtigen, durch den sie zu einem Ganzen, der Gesamtwirtschaft, verbunden werden.»[50] M.a.W. soll das Verhalten der Wirtschaftssubjekte untereinander und das Verhalten der Staatsorgane auch abhängig von der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftssystems überhaupt sein.[51] Kartellrecht betrifft

---

47 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 164 f.; RITTNER, Wirtschaftsrecht, 22 f.

48 Vgl. zum Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 2 KG und Art. 137 IPRG Botschaft KG95, 536 und BORER, Schnittstellen, 222.

49 Vgl. zum KG85 SCHLUEP, Funktionalität, 164 f.; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 10 und zum KG62 SCHLUEP, Kartellgesetz, 119.

50 SCHMIDT-RIMPLER, Wirtschaftsrecht, 690. Vgl. weiter SCHWARK, Anlegerschutz, 64 ff.; AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, 132 f.; SCHLUEP, Funktionalität, 165; RITTNER, Wirtschaftsrecht, 13 f.; MEIER-SCHATZ, Begriff, 297; RINCK, Wirtschaftsrecht, 3.

51 Dies begründet die Forderung nach einer selbst-reflexiven (selbst-steuernden) Gestaltung des Wirtschaftsrechts. Die Wirtschaftssubjekte sollen sich der Effekte ihres Handelns auf das System bewusst werden und diese als Entscheidungsparameter berücksichtigen. Vgl. dazu AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, 132 f.; SCHLUEP, Funktionalität, 145 ff.; MEIER-SCHATZ, Unternehmenspublizität, 48 ff.; BAUDENBACHER, Verfahren, 303 ff.; HOPT, Aspekte, 1018 f.

als Marktrecht im besonderen Mass wirtschaftliche Gesamtabläufe und weniger die einzelnen Wirtschaftssubjekte wie Unternehmen und Haushalte.[52]

So hat die Wettbewerbskommission laufend die Wettbewerbsverhältnisse zu beobachten (Art. 45 Abs. 1 KG), Empfehlungen zur Förderung wirksamen Wettbewerbs zu unterbreiten (Art. 45 Abs. 2 KG) sowie Stellung zu Entwürfen wettbewerbsbeeinflussender Erlasse zu nehmen (Art. 46 Abs. 2 KG). Das Kartellgesetz wird so *zum Recht der wirtschaftlichen Koordination schlechthin*, unabhängig von der «Lösung isolierter Sektoralprobleme».[53] 19

1.2.6 Gemeinwohlrelevanz

Wirtschaftsrecht als Koordinationsrecht verwirklicht je nach Koordinationsmechanismus unterschiedliche Teilaspekte des Gemeinwohls.[54] Insoweit *steht Wirtschaftsrecht im Dienste des Gemeinwohls*.[55] Da die zur Verfügung stehenden Koordinationsmechanismen verschiedene Aspekte des Gemeinwohls verwirklichen, entwickeln sich politische Optimierungsversuche, die sich rechtlich in der sog. «mixed economy» niederschlagen.[56] 20

Die Verwirklichung von Aspekten des Gemeinwohls im Kartellrecht zeigt sich deutlich an der Möglichkeit, an sich unzulässige Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen[57] zuzulassen 21

---

52 Vgl. SCHLUEP, Kartellrecht, 107; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 8; SCHWARK, Anlegerschutz, 66; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 84; Botschaft KG, 472 f.

53 Analog zum KG62 SCHLUEP, Kartellgesetz, 117.

54 Begrifflich ist das «Gemeinwohl» kaum zu fassen; vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 19; SCHLUEP, Kartellrecht, 92; SCHLUEP, Funktionalität, 166, FN 119; HÄBERLE, Gemeinwohlproblematik, 258 ff.; BERGER, Funktionale Konkretisierung, 60.

55 Vgl. SCHLUEP, Kartellrecht, 91; zur Gemeinwohlausrichtung des Wirtschaftsrechts auch STEINDORFF, Einführung, 8; RITTNER, Wirtschaftsrecht, 13; MEIER-SCHATZ, Begriff, 297; AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, 132; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 8 f.; SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 57; RINCK, Begriff, 180 f.; RINCK, Wirtschaftsrecht, 3; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 80; HOMBURGER, Privatautonomie, 343.

56 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 166; SCHLUEP, Wettbewerbspolitik, 120; MEIER-SCHATZ, Begriff, 299 f.; ausführlich ASSMANN, Mixed Economy, 228 ff.; PETERS, Wirtschaftssystemtheorie, 63. Kritisch zum Begriff «mixed economy» FIKENTSCHER, Wirtschaftsrecht, 7 f.

57 Nach der h.L. kann «Gemeinwohl» mit dem «öffentlichen Interesse» gleichgesetzt werden; vgl. dazu HÄBERLE, Gemeinwohlproblematik, 257.

(Art. 8 und Art. 11 KG). Der Ausnahmecharakter der Bestimmung weist darauf hin, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass im Normalfall das Gemeinwohl am ehesten durch Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs Verwirklichung findet.[58]

[58] Vgl. MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 813 f.; vgl. II/2.2.1, e), N 89.

2 Wirksamer Wettbewerb als Generalklausel

Schlüsselbegriff des geltenden Kartellgesetzes ist der «wirksame Wettbewerb». Im Zentrum steht die Frage, ob und allenfalls in welchem Masse «wirksamer Wettbewerb» beeinträchtigt ist.[59] Die Beantwortung dieser Frage bereitet einige Schwierigkeiten, da dem Gesetz selbst wenig Hinweise zum diesbezüglichen Vorgehen entnommen werden können. Auf diese Problematik wird im Folgenden eingegangen. 22

2.1 Ungenügen des Subsumtionsmodells

Idealbild der Rechtsanwendung in der traditionellen Methodenlehre ist die syllogistische subsumierende Deduktion der Entscheidung aus dem Gesetz (*Subsumtionsmodell* oder *Justizsyllogismus*[60]):[61] 23

Rechtssatz (Obersatz): Für alle Tatbestände T soll Rechtsfolge R eintreten
Sachverhalt (Untersatz): Sachverhalt S verwirklicht (ist ein Fall von) T
Urteil (Schlusssatz): Für S gilt R

Das *Wesen der Rechtsanwendung* liegt also darin, für konkrete Lebenssachverhalte den treffenden Obersatz zu ermitteln, den Untersatz – die zweite Prämisse – zu 24

---

[59] Vereinfacht kann die Konzeption des geltenden Kartellgesetzes wie folgt dargestellt werden (Art. 5 und 7–11 KG): *Unerhebliche Beschränkungen des Wettbewerbs* durch Abreden sind zulässig; *Erhebliche Beschränkungen des Wettbewerbs* durch Abreden sind grundsätzlich unzulässig, wenn sie nicht durch Gründe wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden können; *Beseitigung wirksamen Wettbewerbs* durch Abreden ist grundsätzlich unzulässig; *missbräuchliche Ausübung von Marktmacht* ist grundsätzlich unzulässig; Unternehmenszusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung, durch die *wirksamer Wettbewerb beseitigt* werden kann, begründen oder verstärken, sind grundsätzlich unzulässig.

[60] Der Justizsyllogismus basiert auf den Schlussfolgerungen der traditionalen Logik (Syllogistik). Diese kennt den Justizsyllogismus als Anwendungsfall des Schluss vom modus barbara:

Obersatz:	M	a	P	*zu lesen:* alle M sind (affirmo) P
Untersatz:	S	a	M	alle S sind M
Schlusssatz:	S	a	P	daraus folgt: Alle S sind P

Aus allgemein bejahenden Obersatz – bei rechtsbegründenden Normen ist der Obersatz stets allgemein bejahend – und allgemein bejahenden Untersatz kann ein allgemein bejahender Schlusssatz gefolgert werden. Der Justizsyllogismus kann auch als modus ponens dargestellt werden: Wenn «S» «M» ist, dann gilt für «S» «P». Vgl. NEUMANN, Logik, 141 und 293; SCHNEIDER, Logik, 141; LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 92; ENGISCH, Denken, 49; FIKENTSCHER, Methoden, 745 ff.

[61] Vgl. KRIELE, Rechtsgewinnung, 47; LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 91 f.

bilden und aus der abstrakten Rechtsfolge R des Obersatzes die konkrete Rechtsfolge R^S des Schlusssatzes zu formen.[62] Die Subsumtion scheint ein logisches Verfahren zu sein, das der Willkür des Richters keinen Raum lässt.[63] Praktikabel ist das Verfahren – dies scheint in der Lehre gesichert – hingegen nicht.[64] Wo nicht von vornherein klar ist, dass die Merkmale des Sachverhalts in ihrer Bedeutung mit denjenigen des Tatbestandes übereinstimmen, ist die strenge Deduktion des richterlichen Urteils ohne wertende Regelbildung durch den Richter denknotwendig ausgeschlossen.[65] Arbeitet der Gesetzgeber mit unbestimmten Rechtsbegriffen, verzichtet er m.a.W. auf eine Bestimmung von T durch Merkmale M_1 bis M_X, so wird die Anwendung des Subsumtionsmodells gänzlich illusorisch.

2.2 Zwang zur Normprofilierung durch den Rechtsanwender

25 Die Subsumtion erfordert, dass der Tatbestand[66] durch Merkmale M_1 bis M_X definiert ist, welche die Zuordnung eines Sachverhalts zu diesem Tatbestand erst ermöglichen. Eben diese Zuordnung ist in den meisten Fällen nicht ohne Weiteres vollziehbar. Juristische Aussagen und Begriffe weisen immer einen *unterschiedli-*

---

62 Die Subsumtionstheorie geht davon aus, dass der Obersatz des syllogistischen Schlusssatzes vorgegeben ist, d.h. dass der Rechtsanwender im Untersatz also feststellen kann, dass die Tatbestandsmerkmale im Obersatz im konkreten Sachverhalt gegeben sind und dass darum die gesetzliche Rechtsfolge eintreten muss; vgl. LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 93 ff.

63 Vgl. KRIELE, Rechtsgewinnung, 50; ADOMEIT, Rechtstheorie, 46 f.

64 Die Probleme des Subsumtionsmodells sind hinlänglich bekannt: Die in Frage kommenden Obersätze – Gesetzesnormen, sollten die Obersätze überhaupt im Gesetz zu finden sein – zeichnen sich selten durch die gewünschte Klarheit in Bezug auf einen konkreten Lebenssachverhalt aus, sie bedürfen m.a.W. der Auslegung. Hinzu kommt, dass der Tatbestand T – insbesondere im Falle einer Generalklausel – sich selten durch Merkmale so eindeutig definieren lässt, dass die Subsumtion eines bestimmten Sachverhaltes S im Sinne eines logischen Schlusses möglich wäre; die Zuordnung von S zu T bedarf dann der Wertung. Schliesslich gibt die abstrakte Rechtsfolge R meist nur einen Rahmen vor, innerhalb dessen der Rechtsanwender die konkrete Rechtsfolge R^S zu formulieren hat. Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 130; LARENZ/CANARIS, Methodenlehre, 93 ff.

65 Dazu VALLENDER, Auslegung, 101 unter Zuhilfenahme logischer Beweisregeln; vgl. weiter LARENZ, Methodenlehre, 216 ff. So auch die Feststellung von MEIER-HAYOZ, Gesetzgeber, 202, wonach wir uns vom Modell «des Richters als Paragraphenautomaten» endgültig verabschieden können.

66 Normen bestehen – wie gesehen – grundsätzlich aus Tatbestand und Rechtsfolge. Normen können allerdings auch – in der Form von Verweisungen oder Definitionen – unvollständig sein. Sie erlangen dann erst Bedeutung im Zusammenhang mit einer echten, vollständigen Norm; ausführlich ADOMEIT, Rechtstheorie, 17 ff.

chen Grad von Bestimmtheit auf und bedürfen meist weiterer Konkretisierung.[67] Die Grenze zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen bis hin zu den Generalklauseln ist fliessend, denn nahezu alle vom Gesetzgeber verwendeten Begriffe können jeweils nur aus dem Bedeutungszusammenhang sowie aus dem Zweck und der Funktion der jeweiligen Rechtsnorm verstanden werden.[68] Der Justizsyllogismus kann darum in den meisten Fällen nicht ohne Weiteres vollzogen werden; im Falle einer sog. Generalklausel werden die rechtsanwendenden Behörden offen gezwungen, *die Profilierung des Tatbestandes selbst vorzunehmen*.[69]

Unbestimmte Rechtsbegriffe zeichnen sich also dadurch aus, dass ihre Bedeutung 26
in vielen Einzelfällen weder die Anwendbarkeit noch die Unanwendbarkeit des Begriffs klar ergibt.[70] Im Zusammenhang mit der Konkretisierung interessant sind v.a. die normativen Normtextelemente im Tatbestand. Im Gegensatz zu deskriptiven Tatbestandsmerkmalen, die einen Wirklichkeitssachverhalt umschreiben und somit sinnlich wahrnehmbar sind, beziehen sich normative Tatbestandselemente – vereinfacht gesagt – auf Abstraktionen und Wertungen.[71] Sie sind nur geistig verstehbar und bedürfen bei ihrer Verwendung im Einzelfall einer Wertung des Rechtsanwenders.[72]

Diese Unbestimmtheit wird noch gesteigert bei sog. *Generalklauseln*. KRAMER 27
bezeichnet Generalklauseln als «auf gesellschaftliche Wertungen bezogene, normative Tatbestandselemente, die sich durch eine besonders qualifizierte Vagheit aus-

---

67 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 188 ff.

68 Vgl. NASTELSKI, Generalklauseln, 545.

69 Vgl. ESSER, Vorverständnis, 59; MEIER-HAYOZ, Richter, 64; GERMANN, Gesetzeslücken, 170 f.; OTT, Systemwandel, 417.

70 Mit den Worten der analytischen Sprachphilosophie ausgedrückt hat der unbestimmte Rechtsbegriff die Eigenschaft, dass es neben (positiven) Kandidaten, die den Begriff klar erfüllen und (negativen) Kandidaten, die den Begriff klar nicht erfüllen, auch viele (neutrale) Kandidaten gibt, bei denen die Zuordnung unsicher, zweifelhaft ist. Die Zuordnung dieser neutralen Kandidaten ist das Problem, vor das der Rechtsanwender gestellt wird. Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 189 f.; KOCH, Rechtsbegriff, 198 und 200 f.

71 Zur Unterscheidung ausführlich KRAMER, Methodenlehre, 43 ff.; HERBERGER, Tatbestandsmerkmale, 127 ff. Vgl. aber die Kritik zu dieser Unterscheidung bei GARSTKA, Generalklauseln, 104 f., der darauf hinweist, dass normative Begriffe auch deskriptive Elemente enthalten können.

72 Vgl. NASTELSKI, Generalklauseln, 545. Die Lehre spricht dementsprechend auch von «wertausfüllungsbedüftigen Begriffen»; vgl. CANARIS, Systemdenken, 82; ESSER, Vorverständnis, 56 ff.; VALLENDER, Unbestimmter Rechtsbegriff, 836 f.; GRABITZ, Konkretisierung, 277 f.

zeichnen und den zentralen Gehalt einer gesetzlichen Regelung ausmachen.»[73] Generalklauseln öffnen die Tür für die Anwendung ausserrechtlicher Massstäbe – insbesondere wirtschaftlicher Überlegungen – und sichern die Flexibilität einer Norm im Einzelfall und im Wandel der Zeit; der Preis ist eine fehlende Rechtssicherheit und eine Beeinträchtigung des Gewaltenteilungsmodells.[74] Nach der Auffassung des Bundesrates handelt es sich – was m.E. zutrifft – auch bei dem Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» um eine solche Generalklausel.[75] Die Verwendung der Generalklausel soll eine anpassungsfähige Wettbewerbspolitik und Offenheit für neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse sicherstellen.[76] Ob es sich bei dem im schweizerischen Kartellgesetz verwendeten Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» nur um einen unbestimmten Rechtsbegriff oder um eine Generalklausel handelt muss hier aber nicht näher erörtert werden, da diese – nach dem hier gewählten Vorgehen – bei der Konkretisierung methodisch dieselben Probleme aufwerfen.[77] Auf die Methode der Konkretisierung wird im Folgenden eingegangen.

---

[73] KRAMER, Methodenlehre, 51. Eine allgemein akzeptierte Definition des Begriffs der Generalklausel scheint bisher noch nicht gefunden worden zu sein; vgl. zu dieser Problematik ausführlich GARSTKA, Generalklauseln, 96 ff.; HAUBELT, Konkretisierung, 4 ff.; AUERT, Generalklausel, 29 ff.; KOCH, Generalklauseln, 546.

[74] Sowohl Vorteile als auch Nachteile ergeben sich daraus, dass der wesentliche Teil der Normkonkretisierung nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch den Richter erfolgt; vgl. LARENZ, Methodenlehre, 288 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 52 ff.; BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 152; STEINDORFF, Politik, 227; Botschaft KG95, 511.

[75] Vgl. Botschaft KG95, 511. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 37 ordnet nach eingehender Analyse der juristischen Begriffslehre den «wirksamer Wettbewerb» als unbestimmten Begriff, Ermessensbegriff, funktionsbestimmten Begriff, Typusbegriff, Generalklausel und dispositiven Begriff ein.

[76] Vgl. Botschaft KG95, 511.

[77] Geht man allerdings, wie ein nicht unbedeutender Teil der Lehre annimmt, von der Sonderung zwischen Auslegung und Lückenfüllung aus, so werfen die Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln jeweils andere methodische Probleme auf. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind danach nur durch Auslegung, Generalklauseln – als sog. Lücken intra legem – auf dem Wege der Lückenfüllung zu konkretisieren; vgl. dazu KRAMER, Methodenlehre, 39; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 262 ff. Begreift man jede Auslegung als produktiven Vorgang, so wird die Sonderung zwischen Auslegung und Lückenfüllung gegenstandslos; vgl. dazu ESSER, Methodik, 28; HÄFELIN, Lückenfüllung, 121 ff. und FN I/102.

3 Methode der Konkretisierung

3.1 Entwicklung eines Methodenkanons

Ziel der Auslegung ist nach herrschender Lehre das Erkennen des wirklichen Sinnes, des objektiven Inhalts einer Norm.[78] Zu diesem Zweck stellt die Lehre *Auslegungselemente* zur Verfügung, deren Anwendung verschiedene mögliche Facetten eines Norminhalts aufzeigen soll.[79] Im Folgenden wird der in dieser Arbeit verwendete Methodenkanon entwickelt. 28

3.1.1 Klassische Auslegung

Die *klassische Methodenlehre* stützt sich weitgehend auf SAVIGNY ab, der zur Gesetzesinterpretation vier zulässige Elemente der Interpretation unterscheidet: das grammatische, das logische, das historische und das systematische Element.[80] Die Auslegung nach Sinn und Zweck – von SAVIGNY noch abgelehnt[81] – wird erst mit VON JHERING zu einem wesentlichen Teil des Interpretationskanons.[82] Dem klassischen Methodenkanon werden heute die Elemente der grammatischen, systematischen i.w.S., historischen und teleologischen Interpretation zugerechnet. Das logi- 29

---

78 Vgl. HINDERLING, Verstehen, 106; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 140; vgl. dazu aber die Ausführungen in I/3.1.1.

79 Seit VON SAVIGNY sind dies im mindesten vier Elemente, doch hat der Katalog an Elementen im Anschluss an die Erkenntnisse GADAMERS und VIEHWEGS Erweiterungen erfahren.

80 Vgl. SAVIGNY, System, 212 ff. In seinem Frühwerk unterscheidet SAVIGNY nur drei Elemente: das logische, grammatische und historische. Der logische Bestandteil «besteht in Darstellung des Inhalts des Gesetzes in seinem Entstehen und gibt das Verhältnis der Teile unter sich an. Er ist eine genetische Darstellung des Gedankens im Gesetz. Allein der Gedanke muss doch ausgesprochen werden, es sind also Regeln der Sprache nötig, und hieraus entsteht (...) der grammatische Bestandteil, notwendige Bedingung des logischen. Ebenso verhält sich zum logischen (...) der historische. Das Gesetz wird in einer bestimmten Zeit, einem bestimmten Volke gegeben, man muss also diese historischen Bestimmungen wissen, um den Gedanken des Gesetzes wissen zu können.» SAVIGNY, Methodenlehre, 19.

81 So sowohl im Frühwerk, SAVIGNY, Methodenlehre, 40: «Man sieht, diese Operation [die Auslegung nach Sinn und Zweck] ist schon so willkürlich, dass von einer wahren Interpretation gar nicht die Rede sein kann, denn das, was hier der Richter dem Gesetz hinzutun muss, kann durch dasselbe nicht objektiv geworden sein»; als auch vorsichtiger in der späteren Ausarbeitung, SAVIGNY, System, 220: «Ungleich bedenklicher, und nur mit grosser Vorsicht zulässig, ist der Gebrauch des Gesetzesgrundes zur Auslegung der Gesetze».

82 JHERING, Zweck, IX: «Dieselben [allgemeinen Ideen, auf die es abgesehen war] münden sämtlich in den einen Gedanken, der den Grundgedanken dieses Werks bildet: den Zweck.»; vgl. dazu VAN HOECKE, Norm, 218; KRAMER, Methodenlehre, 110 f.; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 192.

sche Interpretationselement, das Elemente des systematischen, aber auch des teleologischen Auslegungselements enthält[83], ist heute in der Rechtstheorie weitgehend verschwunden.[84]

30 Umstritten ist einerseits, ob die Auslegungslehre Normen so interpretieren soll, wie sie zum Zeitpunkt der Entstehung verstanden wurden (*historisch*), oder so, wie sie zum heutigen Zeitpunkt verstanden werden (*zeitgemäss*). Andererseits ist umstritten, ob eine Norm nach dem Willen des Gesetzgebers (*subjektiv*) oder nach dem Willen des Gesetzes[85] (*objektiv*[86]) ausgelegt werden soll.[87] Es liegt auf der Hand, dass die Kontroverse nicht in genereller Weise, sondern vielmehr unter Berücksichtigung der konkreten Auslegungssituation zu entscheiden ist; feststellbar sind aber Tendenzen in Richtung einer grundsätzlich objektiv-zeitgemässen Auslegung.[88]

31 Der ursprünglich vor allem für das Privatrecht entwickelte klassische Methodenkanon[89] kommt grundsätzlich *auch im Verwaltungsrecht* zur Anwendung.[90] Er wurde

---

83 Vgl. VAN HOECKE, Norm, 112 f.

84 Beachte aber noch FLEINER-GERSTER, Grundzüge, 97 f.

85 Kritisch dazu RÜTHERS, Rechtstheorie, 404: «Die Normen und Gesetze haben keinen ‹Willen›, sie drücken den Gestaltungswillen der normsetzenden Instanz aus. Um seiner Gestaltungsziele willen wird ein Gesetz erlassen. Es ist daher irreführend und mystifizierend, von einem ‹Willen des Gesetzes› zu sprechen.» Ziel der Auslegung müsse es demnach sein, diese im Gesetz enthaltene Wertentscheidung der Normsetzer zu ermitteln.

86 Zur Missverständlichkeit der Verwendung des Begriffs «objektiv» VALLENDER, Objektive Auslegung, 78 ff., 84: «Sie [die objektive Auslegung] ermöglicht es dem Scheine nach, die Idee der allgemeinen Verbindlichkeit des Gesetzes mit der Notwendigkeit seiner dauernden Anpassung an geänderte Verhältnisse zu vereinen. Diese Leistung ist wohl einer der Hauptgründe für ihr Beharrungsvermögen trotz Wegfall derjenigen Prämisse, die allein sie als vernünftig ausweisen konnte – die Annahme einer erkennbaren, von menschlicher Setzung unabhängigen, hierarchisch strukturierten Ordnung von Werten.»

87 Der Lehrstreit wird von HÖHN, Gesetzesauslegung, 121 f. als wenig ergiebig bezeichnet; vgl. aber KRAMER, Methodenlehre, 88 ff. und MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 140 ff.

88 Ausführlich VALLENDER, Objektive Auslegung, 74 ff.; vgl. weiter MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 140, 168 ff.; LARENZ, Methodenlehre, 316 ff., 318; VALLENDER, Auslegung, 29; KRAMER, Methodenlehre, 101 ff.; GERMANN, Methoden, 66 ff.

89 Vgl. SAVIGNY, Methodenlehre, 13.

90 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 176, entgegen GIACOMETTI, Verwaltungsrecht, 204, der für die Auslegung des Verwaltungsrechts im Sinne der Ausfüllung echter Lücken eigene Regeln fordert.

jedoch seit seiner Begründung durch SAVIGNY von einem Teil der Lehre um die Elemente der völkerrechts- und verfassungskonformen Auslegung erweitert.[91]

3.1.2 «Moderne» (existentiale) Hermeneutik

Als «bahnbrechend» für die Methodenlehre wird der hermeneutische Ansatz GADAMERS bezeichnet, dessen Erkenntnisse, entwickelt im Anschluss an die existenzialen Analysen HEIDEGGERS, in der Rechtswissenschaft allgemein Anerkennung gefunden haben.[92] 32

Auslegung – als Ausbildung des Verstehens begriffen[93] – ist nach HEIDEGGER «nie ein voraussetzungsloses Erfassen eines Vorgegebenen.»[94] Der Interpret zieht danach zur Auslegung immer auch sein eigenes *Vorverständnis* heran. Die Auslegung «wirft nicht gleichsam über das nackte Vorhandene eine ‹Bedeutung› und beklebt es nicht mit einem Wert, sondern mit dem innerweltlichen Begegnenden als solchem hat es je schon eine im Weltverstehen erschlossene Bewandtnis, die durch die Auslegung herausgelegt wird.»[95] Die so verstandene Auslegung bewegt sich daher in einem «*Zirkel*» oder einer «*Spirale*»[96] zwischen Verstandenem und Verstehen und erschliesst so den Sinn eines Textes.[97] «In diesem Zirkel ein vitiosum sehen und nach Wegen Ausschau halten, ihn zu vermeiden, ja ihn auch nur als unvermeidliche Unvollkommenheit ‹empfinden›, heisst das Verstehen von Grund aus missverstehen.»[98] 33

---

91 Die verfassungskonforme Auslegung soll «naturgemäss bei der Auslegung des öffentlichen Rechts eine wichtige Rolle» spielen; HÖHN, Verfassung, 266.

92 Wegbereitend ESSER, Vorverständnis, 133; vgl. weiter HÖHN, Gesetzesauslegung, 134 f.; LARENZ, Methodenlehre, 206 ff.; RHINOW, Methodik, 135 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 223 ff.; MÜLLER F., Methodik, 29 ff.

93 Vgl. HEIDEGGER, Sein und Zeit, 197.

94 HEIDEGGER, Sein und Zeit, 200.

95 HEIDEGGER, Sein und Zeit, 199.

96 Wie in der Lehre zutreffend festgestellt wird, besteht der Verstehensprozess nicht in einem eigentlichen Zirkel, vielmehr in einer Spirale, denn durch den (unendlichen) Vorgang von Verifizieren und Korrigieren des Vorverständnisses in Bezug auf den auszulegenden Text werden immer höhere Ebenen – und nicht etwa immer wieder die gleiche Ebene – des Verständnisses erreicht; vgl. HASSEMER, Tatbestand, 107 f.; KAUFMANN, Hermeneutik, 77; LARENZ, Methodenlehre, 206 f.

97 Vgl. HEIDEGGER, Sein und Zeit, 202; weiter GADAMER, Wahrheit, 275.

98 HEIDEGGER, Sein und Zeit, 203.

34 Aufbauend auf diesem Ansatz begreift GADAMER das Verstehen als ein *ständiges Entwerfen von Auslegungsmöglichkeiten*.[99] Sobald sich ein erster Sinn im Text zeigt, wird auch eine erste Vor-Meinung über das Ganze gebildet, die sich an der Sache bewähren muss und die dementsprechend auch wieder durch eine neue Vor-Meinung revidiert werden kann, sollte die zuerst Gebildete sich als sachunangemessen erweisen.[100] «Ein mit methodischem Bewusstsein geführtes Verstehen wird [nun] bestrebt sein müssen, seine Antizipationen [oder Vor-Meinungen] nicht einfach zu vollziehen, sondern sie selber bewusst zu machen, um sie zu kontrollieren und dadurch von der Sache her das rechte Verständnis zu gewinnen.»[101] Allerdings kann auch durch die Bewusstmachung der Vor-Meinungen der Zirkel der Hermeneutik nie aufgelöst werden – eine Gleichstellung von Interpret und Urheber kann nicht stattfinden. Der Sinn eines Textes hängt nicht vom Autor und seinem ursprünglichem Publikum ab, sondern wird durch das geschichtliche Vorverständnis des (naturgemäss nachfolgenden) Interpreten mitbestimmt. Daher geht der Sinn eines Textes immer über das Verständnis des Urhebers hinaus, was das Verstehen zu einem produktiven – nicht nur reproduktiven – Vorgang macht.[102]

35 Aus diesen Erkenntnissen ergeben sich einige *Konsequenzen für die klassische Methodenlehre*. Nach ESSER ist die rein sprachliche Interpretation eines Rechtstextes im Hinblick auf eine konkrete Ordnungsfrage schon aufgrund des Allgemeinheitsanspruchs rechtlicher Normierungen ein hoffnungsloses Unterfangen.[103] Die Vorstellung, Rechtsnormen könnten aufgrund eines festgeschriebenen Methodenkanons ohne einen vom Vorverständnis des Rechtsanwenders geleiteten Verstehensprozess interpretiert werden, erweist sich als unhaltbar.[104] «Für die Interpretation im Recht wird vielmehr ausschlaggebend, dass ja mit einer bestimmten Er-

---

99 Vgl. GADAMER, Wahrheit, 251 f.
100 Vgl. GADAMER, Wahrheit, 251 f.
101 GADAMER, Wahrheit, 254.
102 Durch das Begreifen des Verstehens als produktiven Vorgang lassen sich Auslegung, Lückenfüllung und Rechtsfortbildung nicht mehr als wesensverschiedene Tätigkeiten trennen. Vgl. GADAMER, Wahrheit, 280; HINDERLING, Verstehen, 145 f.; ESSER, Methodik, 28; RHINOW, Methodik, 143; VALLENDER, Auslegung, 139 ff.; HÄFELIN, Lückenfüllung, 121 ff.; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 113 f.; a.M. aufgrund des Vorteils klarerer Erfassung der Auslegungsmethode MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 137 ff.; GERMANN, Methoden, 108 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 39 ff.; FORSTHOFF, Verfassungsauslegung, 39.
103 Vgl. ESSER, Vorverständnis, 135; weiter ZÄCH, Tendenzen, 331.
104 Vgl. RHINOW, Methodik, 143 f.; HINDERLING, Verstehen, 145 f.

wartung an die Lösungsmöglichkeit von Konfliktsfragen an jene zu interpretierenden Texte herangetreten wird und dass diese Erwartung die Interpretationsmöglichkeit begrenzt und erschliesst.»[105] «Damit gibt es neben oder über dem ‹kognitiven› hermeneutischen Zirkel für die Methodik einer praktischen Wissenschaft noch einen ‹applikativen› Zirkel: Die für das Ergebnis massgebende Bemühung um das richtige Begriffs- und Normverständnis wird schon von vornherein bestimmt durch die Vorstellung des Ergebnisses, das als rechtsadäquat der Normanwendung zugeschrieben werden muss und das unter dem Richtigkeitspostulat steht, welches eben an diese Rechtsnorm gestellt wird.»[106]

MÜLLER begründet die Notwendigkeit des Einbezugs des Vorverständnisses insbe- 36
sondere mit der dadurch gewonnenen *Erhöhung der Rationalität* und Richtigkeit der produzierten Entscheidungen.[107] Aufgabe der Dogmatik, Theorie und Methodik soll es danach sein, die spezifisch juristischen Momente des Vorverständnisses zu analysieren und sie damit als strukturierten, kontrollierbaren und diskutierbaren Faktor in den Vorgang der Normkonkretisierung einzubringen.[108] Das Problem des Vorverständnisses, das sich nach MÜLLER in der Nichtausschliessbarkeit von Wertungen und subjektiv vermittelten Wertmassstäben äussert, kann nicht durch Beseitigen, sondern nur durch Offenlegung eben dieser erforderlichen und tatsächlich erfolgenden Wertungen bekämpft werden.[109]

Die Hermeneutik kann *keine Methode*, kein Verfahren des Verstehens liefern, 37
sondern nur die Bedingungen aufklären, unter denen Verstehen geschieht.[110] Ver-

---

105 Das Interesse des Juristen am Gesetz geht somit dahin, im Gesetz ein für seine Entscheidung sinnvolles Weisungsmuster zu finden. «Er will nichts anderes, als den Text daraufhin zu verstehen, ob er anhand seiner ratio seine ‹befriedigende› Entscheidung fällen kann oder nicht»; ‹Befriedigend› im Sinne einer generell sachgerechten, im Einklang mit dem gesamten Ordnungssystem stehenden Entscheidung; ESSER, Vorverständnis, 136.

106 ESSER, Methodik, 32; vgl. weiter HINDERLING, Verstehen, 143 ff.

107 Vgl. MÜLLER F., Methodik, 195.

108 «In deren Rahmen müssen auch die Inhalte des Vorverständnisses ohne Camouflage in den Begründungszusammenhang eingeführt werden, sollen sie nicht unkontrollierbare Fehlerquellen bilden.» MÜLLER F., Methodik, 195 ff., 198.

109 Vgl. MÜLLER F., Methodik, 196 ff.; weiter ZÄCH, Tendenzen, 334 f.

110 Vgl. GADAMER, Wahrheit, 279; Auch ESSER, Unentbehrlichkeit, 555 präzisiert, dass seine Abhandlungen nicht dahingehend verstanden werde dürfen, dass der Rechtsanwender «Methoden nach seinem Vorverständnis auswählen soll.» Zerstört wurde zwar die Vorstellung vorverständnisfreier und subjektunabhängiger Interpretation und damit die Lehren rein kognitiver Erfassung vorgegebener Rechtsnormen, doch lässt sich aus den Erkenntnissen der Her-

schiedene Autoren füllen die durch die Hermeneutik offengelegte Unzulänglichkeit des klassischen Methodenkanons durch Verweis auf das topische Verfahren, das im Folgenden näher beleuchtet wird.[111]

3.1.3 Topik

38 Die Unmöglichkeit *ausschliesslicher Deduktion* einer Einzelfall-Lösung aus dem Gesetz[112] und die Unzulänglichkeit der klassischen Auslegungselemente[113] – insbesondere bei Generalklauseln – führen bei Festhalten am klassischen Methodenkanon dazu, dass der Rechtsanwender seinen Entscheid mit Hilfe seines Vorverständnisses, verschanzt hinter pauschal bezeichnenden oder unter falscher Flagge segelnden rhetorischen Argumenten, trifft.[114]

39 Die von VIEHWEG wiederentdeckte *Topik* vermittelt nun eine problemorientierte, ja problemabhängige[115] Denktechnik, die methodisch den Einbezug sowohl rechtlicher als auch ausserrechtlicher Argumente ermöglicht.[116] Der klassische Methodenkanon wird dadurch keineswegs überflüssig, kann nun aber um weitere Gesichtspunkte erweitert werden. Die Topik dient der Problem*erörterung*; sie findet darum nur dort Anwendung, «wo es sich um bestimmte Problemkreise handelt, in deren Natur es liegt, nie ganz ihren Problemcharakter zu verlieren.»[117] In dieser

---

meneutik keine Anleitung zur Bewältigung des Methodenproblems entnehmen; vgl. RHINOW, Methodik, 144 f.

111 Vgl. RHINOW, Methodik, 146 ff. m.w.H.; HÖHN, Gesetzesauslegung, 119; BAUDENBACHER, Funktionszuwachs, 61.

112 Vgl. ALEXY, Argumentation, 17; HÖHN, Gesetzesauslegung, 129 ff.; VALLENDER, Auslegung, 89 ff.; RHINOW, Methodik, 143 ff.; MÜLLER F., Methodik, 96; LARENZ, Methodenlehre, 120 ff.; ESSER, Methodik, 27 ff.; ADOMEIT, Rechtstheorie, 77 ff.; SCHNEIDER, Logik, 15; KRAMER, Methodenlehre, 205; KELSEN, Rechtslehre, 349 f.; HINDERLING, Verstehen, 135; ZÄCH, Tendenzen, 325 f., 331.

113 Diese geben vielfach wenig für die konkrete Entscheidung her oder liefern widersprüchliche Resultate; vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 129 f.

114 Vgl. MÜLLER F., Methodik, 197; KRIELE, Rechtsgewinnung, 124. Auch MEIER-HAYOZ, Gesetzgeber, 197 stellt fest, dass die Gerichte ihre Entscheide lieber auf Tatbestandsfiktionen, Billigkeitsentscheidungen und interpretatorische Scheinbegründungen stützen als sie «offen» in freier Rechtsfindung zu treffen.

115 Durch die Betonung der Problemabhängigkeit der Topik relativiert sich der Vorwurf von CANARIS, Systemdenken, 136, dass ja eigentlich alles wissenschaftliche – und damit auch alles rechtliche – Denken unter den Begriff Problemdenken fällt.

116 Vgl. VIEHWEG, Topik, 31.

117 VIEHWEG, Topik, 38. Wo es gelingt, «ein Ableitungssystem herzustellen, wonach, von der logischen Seite her gesehen, jede Wissenschaft streben muss, ist die Topik weitgehend verab-

«Weglosigkeit» will die Topik «Winke geben, wie man sich in einer solchen Situation verhält, um nicht rettungslos stecken zu bleiben.»[118]

Durch die Entwicklung sog. Topoi oder *Topoikataloge*[119] soll funktional ein bestimmtes Problemverständnis festgelegt oder aufgebaut werden. Topoi weisen darauf hin, was näherer Erwägung wert scheint.[120] Sie bieten dem Rechtsanwender darum bei der Entscheidfindung einen gewissen Halt. Die Problemgebundenheit der Topoi verlangt aber Beweglichkeit und Erweiterungsfähigkeit.[121] Topoikataloge sind darum nie abgeschlossen und können stets durch neue, relevant erscheinende Gesichtspunkte ergänzt werden. Die Flexibilität und Problemgebundenheit der Topik zeigt sich auch darin, dass Gesichtspunkte, die bei einem Problem ausschlaggebend für den Entscheid waren, in einem anderen Fall im Hintergrund bleiben können. Ein Topos kann m.a.W. je nach Problemlage eine andere Wertung erfahren – «sehr relevant», «relevant», «irrelevant», etc. –, im Gegensatz zu einem System, wo jede Aussage als «wahr» oder «falsch» nachprüfbar sein muss.[122] 40

Die Bedeutung der topischen Denkweise für die Rechtswissenschaft ist *umstritten*. Als stossend wurde insbesondere die Gleichbehandlung normunmittelbarer und normmittelbarer Topoi und die damit einhergehende fehlende rechtliche Legitimation dieser normmittelbaren Topoi empfunden. Die Kritik gründet in einer Aussage VIEHWEGS, dass einzige Kontrollinstanz für die zur Problemlösung gefundenen Prämissen die Diskussion sei: «Was in der Disputation durch Annahme ausgewie- 41

schiedet.» Die Möglichkeit der (rein logischen) Deduktion macht hier die topische Denkweise entbehrlich; das System übernimmt die Führung; VIEHWEG, Topik, 44.

118 VIEHWEG, Topik, 31.

119 VIEHWEG, Topik, 35 ff., unterscheidet *zwei Stufen der Topik*. Auf einer ersten Stufe werden mehr oder weniger zufällige Gesichtspunkte in beliebiger Auswahl versuchsweise aufgegriffen. Diese Gesichtspunkte werden nun im Hinblick auf Prämissen analysiert, um Folgerungen ziehen zu können, die das Problem einleuchtend erschliessen. Bestimmte leitende Gesichtspunkte können die Orientierung lenken, doch werden sie nicht explizit gemacht (Topik erster Stufe). Auf einer zweiten Stufe wird ein stets bereites Repertoire an Gesichtspunkten – ein sog. Topoikatalog – erstellt, der für ein bestimmtes Problem geeignet scheint. So kann ein spezialisierter Topoikatalog alle Argumente enthalten, die in Sondergebieten immer wieder auftauchen und sich als Problemlösungsinstrument bewährt haben. Ein solcher Katalog enthält allerdings erst im *Zusammenhang mit dem konkreten Problem* seinen Sinn; er ist kein Ableitungszusammenhang.

120 Vgl. VIEHWEG, Topik, 41.

121 Vgl. VIEHWEG, Topik, 42.

122 Vgl. VIEHWEG, Topik, 44.

sen ist, ist als Prämisse zugelassen.»[123] Dagegen wurde eingewendet, dass die Prämissen für den Juristen «durch das objektive Recht, insbesondere durch das Gesetz festgelegt und (...) einer ‹Legitimation› durch den Gesprächspartner (...) weder fähig noch bedürftig [sind].»[124] HÖHN will den sich aus der Norm selbst ergebenden Topoi besondere Beachtung schenken.[125] Weiter einschränkend betrachtet MÜLLER den möglichen Wortsinn als äusserste Grenze der zulässigen Konkretisierung.[126] FORSTHOFF lehnt zumindest für die Belange der Verfassungsinterpretation eine Erweiterung des klassischen Methodenkanons ab.[127] Trotz dieser Vorbehalte räumen auch Kritiker der Topik ein, dass dort, wo es an hinreichend konkretisierten positiv-rechtlichen Wertungen fehlt, insbesondere bei wertausfüllenden Generalklauseln, die topische Denkweise «gleichwohl eine bedeutsame Funktion zu erfüllen hat.»[128] So seien bei Normen, die im Wesentlichen erst der Richter – quasi als Gesetzgeber (Art. 1 ZGB) – mit Inhalt füllt, die Charakteristika topischen Denkens ohne Weiteres nachweisbar.[129]

42 Von der Struktur des konkreten Falles her zeigt die Topik die Vielgestaltigkeit des Rechtsmaterials und die grundsätzliche Offenheit der Struktur der Rechtsordnung auf. Die klassischen Auslegungselemente erscheinen aus diesem Standpunkt als einzelne Gesichtspunkte eines Topoikatalogs, der allerdings noch weitere, auch

---

123 VIEHWEG, Topik, 43.

124 CANARIS, Systemdenken, 142; vgl. weiter ALEXY, Argumentation, 40 f.

125 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 119.

126 Im Gegensatz zur Topik, die den Normtext nur als einen Topos unter (gleichwertigen) Anderen ansehen kann; Vgl. MÜLLER F., Methodik, 97 ff. und 218 ff. und die Kritik seiner Sichtweise bei RHINOW, Methodik, 158 ff. und FN II/5.

127 Vgl. FORSTHOFF, Verfassungsauslegung, 33, 39: «Es lässt sich allerdings schlechthin nicht bestreiten, dass ein solches Verfahren mit rechtsstaatlicher Verfassungsauslegung nichts mehr zu tun hat. Denn nach rechtsstaatlicher Auffassung steht der Interpret unter der Verfassung. In diesem Falle macht er sich – gewollt oder ungewollt – zum Herren der Verfassung, indem er ihr den Entscheidungscharakter nimmt und damit die Entscheidungskompetenz für sich usurpiert.»

128 CANARIS, Systemdenken, 149; vgl. weiter ENGISCH, Denken, 196; so ist wohl auch die Feststellung von MÜLLER F., Methodik, 224 ff. zu werten, dass die positive Konkretisierungsleistung des grammatischen Elements, die Indizwirkung des Normtexts im Falle von Generalklauseln geringer als üblich ist. Vgl. zur Bedeutung der Topik für die Interpretation von Generalklauseln weiter ESSER, Grundsatz, 51 ff.; STRUCK, Jurisprudenz, 18.

129 Vgl. CANARIS, Systemdenken, 150.

ausserrechtliche Gesichtspunkte enthält.[130] Eine feste Rangordnung zwischen diesen Gesichtspunkten kann nach topischen Grundsätzen nicht bestehen, doch fordert zumindest ein Teil der Lehre die Verarbeitung der Topoikataloge hin zu einem offenen System, beispielsweise durch stärkere Berücksichtigung normunmittelbarer Topoi.[131] Gerade aus der fehlenden Systematisierung(-smöglichkeit) ergibt sich aber auch, dass das Verfahren der Topik nicht zu einer allein richtigen Lösung im absoluten Sinn hinführen kann.[132] Immerhin gestehen auch Kritiker der Topik eine *bedeutsame Funktion bei der Konkretisierung von Generalklauseln* zu, was eine topische Vorgehensweise im vorliegenden Fall nahelegt. Im Folgenden wird darum der klassische Methodenkanon durch weitere für die vorliegende Arbeit relevante Gesichtspunkte ergänzt. Den Weg zur Entscheidung im konkreten Fall ebnet aber nicht die Topik, sondern wird allenfalls durch eine Theorie der juristischen Argumentation erleichtert.[133]

3.1.4 Methodologische Folgerungen

Die klassischen Auslegungselemente bleiben wichtige Gesichtspunkte einer Gesetz- 43
zesinterpretation, die möglichst *alle relevanten Gesichtspunkte* einbeziehen will. Der klassische Methodenkanon bedarf aber der Ergänzung.[134] Hand dazu bieten die *Typenmerkmale des Wirtschaftsrechts*, die den Weg für eine Konkretisierung vorzeichnen.

Eine Regelung kann – dies gilt sowohl für die Rechtsetzung als auch für die 44
Rechtsanwendung –die *faktischen Gegebenheiten eines Fachgebiets*, seien es Erkenntnisse aus den Wirtschaftswissenschaften, aus Natur und Technik sowie Sitten

---

130 Vgl. ESSER, Vorverständnis, 158; HÖHN, Gesetzesauslegung, 136 ff. Weiter STRUCK, Jurisprudenz, 64 ff., der einen Vorteil der Topik in der Ergänzung des dogmatischen Denkens sowie der Loslösung von Kategorien und Begriffsjurisprudenz sieht.

131 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 119; MÜLLER F., Methodik, 97 ff. und 218 ff.; CANARIS, Systemdenken, 152; wohl auch LARENZ, Methodenlehre, 147; KRIELE, Rechtsgewinnung, 145; STRUCK, Jurisprudenz, 7; als wenig realistisch bezeichnet bei ESSER, Vorverständnis, 153.

132 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 119.

133 ALEXY, Argumentation, 40 ff. Zum Stand der Diskussion ausführlich ALEXY, Argumentation, passim.

134 Hinweise auf ergänzende Elemente finden sich in den Materialien, der Lehre und den Präjudizien, deren Verfasser wohl im Sinne VIEHWEGS als die «Besten und Angesehensten» gelten und den zusätzlichen Prämissen eine gewisse allgemeine Akzeptanz verleihen können.

und Gebräuche nicht einfach übergehen.[135] Im Wirtschaftsrecht (Wettbewerbsrecht) sind dies insbesondere Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften (Wettbewerbstheorie).[136] Hier soll nach einem Teil der Lehre die *funktionale Methode* zum Zuge kommen.[137] «Danach ist im Zweifel diejenige Normhypothese vorzuziehen, welche am ehesten mit der Wirtschaftsverfassung im Einklang steht.»[138] Die funktionale Betrachtungsweise verlangt die Klärung der Frage, welches Wirtschaftssystem von der Wirtschaftsverfassung konstituiert wird und welches die Funktionsbedingungen dieses Systems sind.[139] Diese Funktionsbedingungen können aber nicht aufgrund rechtlicher, sondern nur aufgrund wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse gewonnen werden.[140]

45 Noch weiter als die Forderung nach dem Einbezug fachspezifischer Elemente geht die Forderung nach dem Einbezug der *Realien*, das heisst der gesamten tatsächlichen Verhältnisse, in denen das Gesetz wurzelt und die es ordnen will.[141]

46 Die Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen und von Generalklauseln obliegt – wie wir oben gesehen haben – dem Rechtsanwender. Unter diesem Gesichtspunkt ist es selbstverständlich, dass zur Konkretisierung von Generalklauseln die schon ergangene *Judikatur und Verwaltungspraxis* zu berücksichtigen ist.[142]

47 Zur Begründung von Entscheiden werden in der Schweiz vielfach auch *ausländische Rechtsordnungen und Judikatur* herangezogen.[143] Aufgrund der Handels- und Investitionsströme ist davon auszugehen, dass für schweizerische Unternehmen die Wettbewerbsordnung der EU von besonderer Bedeutung ist.[144] Auch lehnt sich das

---

135 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 225; RHINOW, Methodik, 72 ff.; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 210 ff.; RINCK, Wirtschaftsrecht, 2.

136 RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 39; BAUDENBACHER, funktionale Anwendung, 149; HINTZE, Anwendungsmöglichkeit, 579.

137 Grundlegend BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, passim.

138 BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 134.

139 Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 148.

140 Es ergeben sich hier Überschneidungen mit dem realistischen Element und dem Element der verfassungskonformen Auslegung, auf die nachfolgend einzugehen ist (II/11.1.4).

141 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 210 ff.

142 Der Theorie bereitete die methodische Einbindung der Präjudizien allerdings einige Mühe; vgl. dazu RÜTHERS, Rechtstheorie, 133 ff.; KRIELE, Rechtsgewinnung, 244 ff.; VALLENDER, Auslegung, 143 ff.; LARENZ, Methodenlehre, 429 ff.; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 501.

143 MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 364 f.

144 Botschaft KG95, 528 f.; Kommentar VKU, 2.

schweizerische Kartellgesetz in gewissen Bereichen an die Vorgaben des Wettbewerbsrechts der EU an.[145] Der Einbezug zumindest dieser Wettbewerbsordnung drängt sich darum für eine Normkonkretisierung förmlich auf.

Rechtsanwendung geschieht zwar im Hinblick auf einen konkreten Einzelfall, es spricht jedoch einiges dafür, dass die Rechtsanwendung in der Zukunft in gleich gelagerten Fällen gleich erfolgen wird, es sei denn, besondere Gründe sprächen dagegen.[146] Jeder Rechtsanwendungsakt zeitigt darum auch *Folgen für die Zukunft*.[147] Das bedeutet, dass der Rechtsanwender jeweils auch die voraussehbaren individuellen, gruppenbezogenen, aber auch gesamtgesellschaftlichen «Realfolgen» seiner Rechtsfindung offen anzusprechen und rechtspolitisch zu entscheiden hat.[148] 48

Zur Normkonkretisierung fallen aus den oben besprochenen Gründen folgende *Auslegungselemente* in Betracht. Im Sinne der Topik darf der nachfolgende «Kanon» nicht abschliessend verstanden werden, sondern nur als Katalog der im Wirtschaftsrecht gebräuchlichen Auslegungsgesichtspunkte: 49

- Grammatisches Auslegungselement (II/1);
- Systematisches Auslegungselement (II/2);
- Historisches Auslegungselement (II/3);
- Teleologisches Auslegungselement (II/4);
- Verfassung als Auslegungselement (II/5);
- Völkerrecht als Auslegungselement (II/6);
- Realien als Auslegungselement (II/7);
- Folgenbewertung als Auslegungselement (II/8);
- Judikatur und Verwaltungspraxis als Auslegungselement (II/9);
- Rechtsvergleichung als Auslegungselement (II/10);
- Funktionales Auslegungselement (II/11).

Im folgenden Kapitel II wird der dieser Arbeit zugrundeliegende Methodenkanon angewendet. Die einzelnen Elemente des Kanons werden – aufgrund der umfangreichen Lehre in diesem Bereich – nur soweit skizziert, als es für das Verständnis der Abhandlung notwendig ist. Dabei soll eine pragmatische, problembezogene 50

---

145 Botschaft KG95, 531; BORER, Schnittstellen, 220. Weiter II/10.2.1.
146 KRIELE, Rechtsgewinnung, 243.
147 HÖHN, Gesetzesauslegung, 230.
148 KRAMER, Methodenlehre, 183.

Sichtweise Platz greifen, welche den in der Methodenlehre entwickelten Differenzierungen nicht vollumfänglich Rechnung tragen kann. Ein solches Vorgehen erscheint schon deshalb unumgänglich, da sich Zahl und Definition der einzelnen Auslegungselemente bei den einzelnen Autoren unterscheiden.[149]

3.2 Anwendung der Auslegungselemente

51 Die klassischen Auslegungselemente stehen gemäss schweizerischer Lehre und Praxis nicht in einer bestimmten Rangfolge zueinander, sondern werden parallel zueinander angewendet.[150] Sie sind als Teilakte, nicht als Arten der Auslegung zu verstehen.[151] Dies trifft auch auf den in dieser Arbeit verwendeten, erweiterten Methodenkanon zu. Stimmen die Ergebnisse dieser *Teilerwägungen* überein, so bestehen keine Interpretationsprobleme. Ergeben sich aber widersprüchliche Interpretationsmöglichkeiten, so sind die Ergebnisse, die durch Anwendung der Elemente jeweils erzielt werden, gegeneinander abzuwägen, wobei nicht die Zahl, sondern das Gewicht der Elemente entscheidend sein muss.[152] Letzteres hängt weitgehend von der Ergiebigkeit des jeweiligen Elements im konkreten Fall ab.[153] Diese im Einzelfall vorzunehmende Gewichtung enthält immer auch ein Element der *Wertung*. Dabei ist auch auf das Resultat der Auslegung – unter anderem auf ein befriedigendes, vernünftiges und praktikables Ergebnis – zu achten.[154]

52 Angesichts der *fehlenden Rangfolge* der Elemente erscheint es naheliegend zu behaupten, der (auch) vom Bundesgericht angewandte Methodenpluralismus sei ein «Selbstbedienungsladen, in dem sich der Rechtsanwender je nach Bedarf (d.h. je nach angestrebten Auslegungsergebnis) frei bedienen kann»[155]. Da aber «je nach Fraglichkeit und der Art des Textes» ein anderes Element im Vordergrund stehen kann, «ist die Hoffnung, man könne einen Stufenkatalog in der ‹Reihenfolge von

---

149 Vgl. zur Vielfältigkeit der «canones» ALEXY, Argumentation, 19 f.; KRIELE, Rechtsgewinnung, 86.
150 Vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 127.
151 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 179.
152 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 181; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 127 ff.; LARENZ, Methodenlehre, 343.
153 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 345.
154 Vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 135.
155 KRAMER, Methodenlehre, 128.

Interpretationsschritten› aufzeigen, zum Scheitern verurteilt.»[156] So kann im konkreten Fall auch nicht eine Rangfolge der Elemente im Vordergrund stehen, sondern die Diskussion über Ergiebigkeit und Gewichtung dieser jeweiligen Elemente. In diesem Sinne wird die Praxis des Bundesgerichtes teilweise rehabilitiert.

Der Entscheid über die Bevorzugung oder Verschmähung der Ergebnisse einzelner Auslegungselemente – schliesslich: das Urteil – bedarf der Rechtfertigung. Das Urteil soll aus den zur Begründung angeführten Prämissen logisch folgen (interne Rechtfertigung); weiter sollen die Prämissen richtig sein (externe Rechtfertigung).[157] Den Weg dahin soll die Theorie der juristischen Argumentation erleichtern; doch vermag auch sie nicht allgemeingültige, vom Problem losgelöste Entscheidungsregeln anzubieten.[158] Im Rahmen einer abstrakten Normkonkretisierung ist auf diese Problematik daher nicht näher einzugehen. 53

[156] ESSER, Vorverständnis, 121 f.; vgl. weiter ZÄCH, Tendenzen, 333; KRIELE, Rechtsgewinnung, 85 ff.; auch LARENZ, Methodenlehre, 345 und ALEXY, Argumentation, 305 sehen keine «feste», unveränderliche Rangfolge vor.

[157] Vgl. ALEXY, Argumentation, 273.

[158] Vgl. dazu ALEXY, Argumentation, 304, 306 und HÖHN, Gesetzesauslegung, 287.

Teil II: Konkretisierung der Generalklausel «wirksamer Wettbewerb»

1 Grammatisches Auslegungselement

1.1 Vorbemerkungen

Die Feststellung des Wortlauts ist naturgemäss unentbehrliches Mittel zur Auslegung und bildet zugleich den *Ausgangspunkt jeder Interpretation*.[1] Abzustellen ist bei der Feststellung des Wortlauts grundsätzlich auf den natürlichen Sprachgebrauch; wo aber das Gesetz fachsprachliche (z.B. juristisch-technische) Begriffe verwendet, ist deren fachsprachliche Bedeutung massgebend.[2] 54

Im Allgemeinen ist der *Wortlaut* nach der wohl h.L. *wichtigstes Indiz* für den festzustellenden Normsinn.[3] Der «eindeutige» Wortlaut – festgestellt im Zuge der Auslegung – vermag danach eine erste Vermutung für den Sinn einer Norm zu begründen, nämlich jene, dass der Sinn der Norm diesem eindeutigen Wortlaut entspricht.[4] Die gegenteilige Auffassung trägt dann die Begründungslast.[5] 55

---

1 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 184; LARENZ, Methodenlehre, 320; HÖHN, Gesetzesauslegung, 207; VALLENDER, Auslegung, 33; KRAMER, Methodenlehre, 43.

2 Ausführlich zum Sprachgebrauch VAN HOECKE, Norm, N 107 ff., 110; Vgl. aber auch HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 91; LARENZ, Methodenlehre, 320; HÖHN, Gesetzesauslegung, 199; VALLENDER, Auslegung, 33; WANK, Auslegung, 48 ff.

3 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, 43.

4 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 208.

5 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 208; KRAMER, Methodenlehre, 128; Nach ALEXY, Argumentation, 305 soll folgende Argumentationsregel Anwendung finden: «Argumente, die eine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes oder den Willen des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck bringen, gehen anderen Argumenten vor, es sei denn, es lassen sich vernünftige Gründe dafür anführen, den anderen Argumenten den Vorrang einzuräumen.» Auch LARENZ, Methodenlehre, 343 ff. räumt dem Wortsinn grössere Bedeutung als anderen Argumenten ein. Vorsichtiger zu einem Vorrang des Normtextes RHINOW, Methodik, 159: «Je nach Funktion des Normtextes kann diesem vorrangige Bedeutung zukommen, gerade im Zusammenhang mit dem Bestimmtheitsgebot und dem Erfordernis des ‹Gesetzesvertrauens› des Bürgers. (...) Die Tragweite des Textes kann aber auch gering sein, weil er den Normgehalt nur unvollkommen zum Ausdruck bringt (oder bringen kann).» Nach der Auffassung von GERMANN, Methoden, 104 f. ist «Sinn und Zweck» des Gesetzes höher zu bewerten als der «sprachlich eindeutige Wortlaut», doch soll vom Wortlaut nicht leichtfertig abgewichen werden.

56 Ist ein Begriff nicht eindeutig zu erfassen, so vermag er i.d.R. keine solche Vermutung zu begründen.[6] Bei *vagen oder unbestimmten Begriffen* ist dies regelmässig der Fall.[7] Vage oder unbestimmt ist ein Gegenstand, der bei Zuordnung zu einem Begriff nicht eindeutig als «passend» oder «unpassend» qualifiziert werden kann.[8] Gerade Generalklauseln wie «wirksamer Wettbewerb», «Treu und Glauben» etc. sind in hohem Mass auslegungsbedürftig und erlauben i.d.R. keine abschliessende Interpretation durch den Wortlaut.[9]

1.2 Grammatische Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

57 Der Wortsinn des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» wird in erster Linie durch den allgemeinen Sprachgebrauch erzeugt. Dieser kann durch Konsultation der Universallexika, Wörterbücher und u.U. durch die Eigenschaft des Interpreten als «native speaker» ermittelt werden.[10] In den Fällen, wo neben dem allgemeinen Sprachgebrauch ein fachsprachlicher – juristischer, wirtschaftswissenschaftlicher – Gebrauch besteht, führt diese Methode kaum zum Ziel.

58 Das Kartellgesetz gebraucht den Begriff «Wettbewerb» und «wirksamer Wettbewerb» an mehreren Stellen; so insbesondere in Art. 1, 3, 5, 7 und 10 Kartellgesetz. In der – gleichermassen massgeblichen – französischen und italienischen Fassung[11] ist an den gleichen Stellen die Rede von «concurrence» und «concurrence efficace» bzw. «concorrenza» und «concorrenza efficace». Man muss nicht der französischen bzw. italienischen Schweiz entstammen, um festzustellen, dass sich diese

---

6 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 208.

7 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 320 f.; KRAMER, Methodenlehre, 43; ZIPPELIUS, Methodenlehre, 46.

8 Die analytische Sprachphilosophie spricht vom «Drei-Kandidaten-Schema»: «Positiv» sind danach jene Kandidaten (Gegenstände), die sich zweifelsfrei mit dem in Frage stehenden Begriff decken. «Negativ» jene, die offensichtlich nicht deckungsgleich sind. «Neutral» sind jene Kandidaten, deren Zuordnung unklar ist; vgl. dazu ausführlich HÖHN, Gesetzesauslegung, 189 f. und KRAMER, Methodenlehre, 44 ff.

9 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, 57; Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 188. Zusätzlich ist zu beachten, dass die drei Amtssprachen des Bundes – Deutsch, Französisch und Italienisch – gleichwertig sind (Art. 70 Abs. 1 BV) und somit auch Abweichungen unter denselben gleichwertig massgebend sind; vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 98 ff., 184; KRAMER, Methodenlehre, 58; HÖHN, Gesetzesauslegung, 190 f.

10 KOCH/RÜSSMANN, Begründungslehre, 190 f.; GAST, Rhetorik, 146 f.

Begriffe inhaltlich decken, dass zwischen den drei *Amtssprachen also kein Bedeutungsunterschied* festzustellen ist.[12] Dies ist nicht weiter verwunderlich, entnehmen doch alle drei Sprachen den Begriff «wirksamer Wettbewerb» dem englischen Ausdruck «workable competition».[13]

1.2.1 Allgemeiner Sprachgebrauch

«Wettbewerb» ist «allgemein eine Veranstaltung, an der mehrere Personen, Gruppen oder Organisationen (...) im Rahmen einer bestimmten Zielsetzung in dem Bestreben teilnehmen, die jeweils beste Leistung bzw. den grössten Erfolg zu erzielen.»[14] «Wirksam» ist Wettbewerb dann, wenn die beabsichtigte Wirkung erzielt wird, mit Erfolg gewirkt wird.[15] Im allgemeinen Sprachgebrauch kann «wirksamer Wettbewerb» also herausgestellt werden als der *bestehende Kampf mehrerer um die beste Leistung*. Abgesehen davon, dass die Analyse des allgemeinen Sprachgebrauchs kaum zur Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» beiträgt, kann eine abschliessende Analyse des Wortlauts nicht ohne Betrachtung der fachsprachlichen Bedeutung des Begriffs erfolgen.[16] 59

1.2.2 Fachsprachliche Bedeutung

«Wirksamer Wettbewerb» ist ein wettbewerbspolitischer Fachausdruck, der ganz bestimmte ökonomische Theorien abdeckt.[17] Freilich kann dieser wirtschaftswissenschaftliche Begriff nicht ohne Weiteres auf die Rechtswissenschaft übertragen werden; die *juristische Begriffsbildung hat eigenständig zu erfolgen*. 60

---

11 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) bzw. Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza (Legge sui cartelli, LCart).

12 Als Beleg mag hier die Konsultation von Handwörterbüchern Französisch-Deutsch bzw. Italienisch-Deutsch genügen.

13 Vgl. dazu Botschaft KG95, 512.

14 Brockhaus, «Wettbewerb»; vgl. weiter Duden/Bed, «Wettbewerb».

15 Vgl. Duden/Bed, «wirksam».

16 A.M. HOMBURGER, Kommentar, 340 f., der die umgangssprachliche Umschreibung als genügend und praktikabel erachtet.

17 Vgl. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 40 ff.

a) Wirtschaftswissenschaft

61 Der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» bezeichnet in seiner Intension zunächst das sog. «*workability-Konzept*» der «alten» Harvard-Schule.[18] Die Vertreter dieses Modells, welches das wirklichkeitsfremde Modell der vollkommenen Konkurrenz («perfect competition») als wettbewerbspolitisches Leitbild ablösen sollte[19], gehen davon aus, dass die Wettbewerbssituation auf einem Markt mit (naturgemäss) «unvollkommener» Konkurrenz u.U. durch Zulassung weiterer «Unvollkommenheiten» («imperfections») verbessert werden könne.[20] Auf der Basis dieses Modells können Kriterien formuliert werden, die eine Beurteilung der Wettbewerbssituation auf einem Markt erlauben (vgl. Abb. 1). Die Vielfältigkeit der möglichen Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien und deren Bewertung, die nicht ohne Zulassung von Werturteilen bewerkstelligt werden kann, lassen diesen Markttest als nicht praktikabel erscheinen.[21]

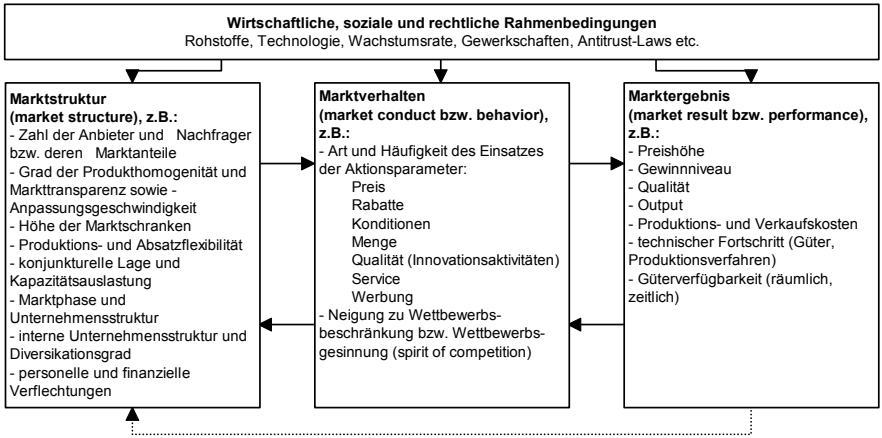


Abb. 1: Kriterien für «workable competition»

---

18 Grundlegend CLARK, Workable Competition, 241 ff.

19 Vgl. CLARK, Workable Competition, 241; SOSNICK, Concepts, 383 ff.

20 Vgl. CLARK, Workable Competition, 242; SCHERER/ROSS, Market Structure, 52 ff. Später wurde das Modell von CLARK, Dynamic Aspects, 451 f., 462 dahingehend modifiziert, dass dynamischer Wettbewerb Marktunvollkommenheiten geradezu voraussetze.

21 Vgl. SOSNICK, Concepts, 410 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 23; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 32 ff.; OLTEN, Wettbewerbspolitik, 87; HOPPMANN, Konzept, 13 f.; schwächer SCHERER/ROSS, Market Structure, 53 f.; BORCHERT/GROSSEKETTLER, Wettbewerbstheorie, 158.

Darüber hinaus findet der Begriff des «wirksamen Wettbewerb» heute in dieser oder modifizierter Form auch in anderen Wettbewerbsleitbildern Verwendung.[22] Dem Rechtsanwender stehen heute eine *Vielzahl von Wettbewerbsleitbildern* zur Verfügung, die einen wirksamen, funktionsfähigen, optimalen etc. Wettbewerb erhalten wollen.[23] Es kann darum – anders als vielleicht noch zur Zeit des Kartellgesetzes von 1985[24] – nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass das «workability-Konzept» noch verwendbar ist. 62

Unter Zugrundelegung eines *extensionalen Ansatzes* wird man feststellen, dass durchaus Marktsituationen vorstellbar sind, in denen die Existenz «wirksamen Wettbewerbs» zweifelsfrei bejaht oder verneint werden kann. In den meisten Fällen wird diese Zuordnung aber nicht ohne Weiteres erfolgen können. Der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» ist also auch in seiner Extension als überaus vage zu qualifizieren.[25] 63

b) Rechtswissenschaft

Die Übernahme wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe in Rechtssätze kann nicht ohne eine zumindest *funktionelle Transformation* erfolgen. So ist es nach SCHLUEP «den Wirtschaftswissenschaften (...) primär aufgetragen, Seinszusammenhänge zu 64

---

22 Vgl. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 75; Botschaft KG95, 512.

23 Vgl. die Übersichten bei RUFFNER, Wettbewerbstheorie, passim; BARTLING, Leitbilder, passim; OLTEN, Wettbewerbspolitik, passim; vgl. weiter z.B. die Konzepte von BORCHERT/GROSSEKETTLER, Wettbewerbstheorie, 115 ff.; HERDZINA, Wettbewerbspolitik, passim; KANTZENBACH, Funktionsfähigkeit, 39 ff. und passim; VON HAYEK, Entdeckungsverfahren, 249 ff. und VON HAYEK, Verfassung, 46 f., 336 f.; GALBRAITH, Capitalism, 108 ff.; WILLIAMSON, Antitrust, 3 ff.; SCHERER/ROSS, Market Structure, passim; SHEPERD, Industrial Organization, passim; BAUMOL/PANZAR/WILLIG, Contestable markets, passim; CAVES/PORTER, Mobility Barriers, 241 ff.

24 So führte die Kartellkommission in ihrer Praxis zur Bestimmung «wirksamen Wettbewerbs» jeweils eine Gesamtbeurteilung durch, die auf einem Verhaltens-, Struktur- und Ergebnistest basierte; vgl. Bericht VE KG, 23 und II/3.2.2, a). Doch stellt auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bei der Feststellung der Marktbeherrschung noch auf diesen Test ab; RPW 1998, 655 ff., 674 «PTT Telecom-Fachhändlerverträge II». Weiter RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 39; SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 78 ff.; BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 154; eher kritisch WEBER, Marktmacht, 1156. Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass auch zur Zeit des KG85 ein Teil der Lehre das Modell des «workable competition» abgelehnt hat; vgl. z.B. SCHÜRMANN, KG + PüG, 677; HOMBURGER, Kommentar, 340 f.; weiter Botschaft KG85, 1376 (anders aber Bericht VE KG, 9).

25 Vgl. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 77 f.

ergründen. Demgegenüber geht es in der Wirtschaftsrechtswissenschaft darum, eine an der Würde des wirtschaftenden Menschen ausgerichtete Wirtschaftsverfassung zu implementieren.»[26] Von diesem letzten Zweck her sei zu entscheiden, inwieweit die Bedeutung der Fachsprache übernommen oder modifiziert werden muss.

65 Der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs», wie er im geltenden Kartellgesetz gebraucht wird, grenzt sich nun gemäss der Botschaft des Bundesrates bewusst von der ursprünglichen fachsprachlichen Bedeutung, also in erster Linie dem «workability-Konzept» ab.[27] «Wirksamer Wettbewerb» stehe «für ein Wettbewerbsverständnis, das in enger Anlehnung an die moderne Markt- und Wettbewerbstheorie keinen allgemeingültigen Rezepten verpflichtet ist.»[28] Dieses – freilich den Rahmen einer grammatischen Auslegung sprengendes[29] – Auslegungsergebnis ergibt sich (heute) auch aus der Intension des Begriffs «wirksamer Wettbewerb». Der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» verweist in der wirtschaftswissenschaftlichen Fachsprache auf eine Vielzahl, aus der Sicht des Rechtsanwenders zunächst gleichermassen verwendbare Wettbewerbskonzepte und ist dementsprechend als «*unbestimmt*» oder «*weiterer Konkretisierung bedürfend*» zu qualifizieren.

1.3 Thesenbildung

66 Als Ergebnis einer grammatischen Konkretisierung kann festgehalten werden, dass der Begriff «wirksamer Wettbewerb» sowohl in seiner Intension als auch in seiner Extension als «*vage*» oder «*unbestimmt*» zu qualifizieren ist. Insbesondere verweist der Begriff in seiner fachsprachlichen Bedeutung auf eine Vielzahl potentiell anwendbarer Wettbewerbskonzepte, die wohl Gemeinsamkeiten, aber auch Unterschiede aufweisen.

---

[26] SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 41. Vgl. II/11.1.1, N 649.
[27] Vgl. Botschaft KG95, 512.
[28] Botschaft KG95, 512.
[29] Zu den Materialien vgl. II/3.2.

2 Systematisches Auslegungselement

2.1 Vorbemerkungen

Das *systematische Element* umfasst die Interpretation einer Norm oder eines Begriffes sowohl im Gesetzeszusammenhang als auch im Zusammenhang mit der gesamten Rechtsordnung.[30] 67

Der Sinn einer einzelnen Norm erschliesst sich meist erst dann, wenn man ihn als Teil der Regelung betrachtet, der er angehört.[31] Bei der systematischen Auslegung werden *Schlüsse aus der Gesetzessystematik auf den Gesetzesinhalt* gezogen.[32] Die Betrachtung des Gesetzeszusammenhangs – des Kontexts – fördert nicht nur das Verständnis einer Norm, sondern erhält insofern noch eine weitere Bedeutung, «als zwischen den einzelnen Gesetzesbestimmungen eine *sachliche Übereinstimmung* angenommen werden kann.»[33] So verdient unter mehreren möglichen Normhypothesen die Auslegung den Vorzug, welche die Wahrung der sachlichen Übereinstimmung mit *anderen Normen desselben Erlasses* ermöglicht.[34] Beschränkte Bedeutung hat die systematische Auslegung, wenn das *äussere System* eines Gesetzes (Stellung einer Norm im Kontext) nicht mit dem inneren System eines Gesetzes (Wertentscheidungen, Prinzipien) – dieses ist nur über die Teleologie erschliessbar – übereinstimmt.[35] Das systematische Element kann so weit aufgefasst werden, 68

---

30 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 188; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 97; KRAMER, Methodenlehre, 65; VAN HOECKE, Norm, N 141. Das systematische Element enthält in diesem Sinne auch die verfassungskonforme und die völkerrechtskonforme Auslegung (vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 98; HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung, 242; HANGARTNER, Staatsrecht, 37; HÖHN, Gesetzesauslegung, 232 ff.; VALLENDER, Auslegung, 39), die hier aufgrund ihrer besonderen Stellung im Stufenbau der Rechtsordnung getrennt behandelt werden.

31 Dies ist besonders der Fall bei unvollständigen – beispielsweise erläuternden, einschränkenden oder verweisenden – Rechtssätzen; vgl. LARENZ, Methodenlehre, 325.

32 Vgl. HÖHN, Auslegung, 209; VALLENDER, Auslegung, 34.

33 LARENZ, Methodenlehre, 325; vgl. auch VALLENDER, Auslegung, 35.

34 LARENZ, Methodenlehre, 325.

35 LARENZ, Methodenlehre, 328; vgl. auch CANARIS, Systemdenken, 19; VALLENDER, Auslegung, 35; KRAMER, Methodenlehre, 67; VAN HOECKE, Norm, N 143 ff. Dies kann insbesondere bei Gesetzen der Fall sein, in denen «Texte aneinandergereiht sind, welche von sich folgenden Generationen geschaffen wurden und in unterschiedlichem Stil gehalten sind» (AUBERT, Bundesstaatsrecht, 275bis [Nachtrag]), wie das bei der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 der Fall war; vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 99.

dass auch Normen einbezogen werden, die in *anderen Erlassen* und im *Richterrecht* enthalten sind.[36]

2.2 Systematische Einordnung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

69 Im Folgenden wird der Begriff «wirksamer Wettbewerb» aufgrund seiner systematischen Einordnung im Kartellgesetz und weiteren wettbewerbspolitischen Erlassen des Bundes näher konkretisiert.

2.2.1 Kartellgesetz und konkretisierende Verordnungen

70 Für eine systematische Einordnung im Vordergrund stehen insbesondere Art. 1 KG (Zweckartikel), Art. 5 KG (unzulässige Wettbewerbsabreden), Art. 7 KG (unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) sowie Art. 10 KG und Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU (Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen).

a) Zweckartikel

71 Der Zweckartikel des Kartellgesetzes nimmt Bezug auf den verfassungsrechtlichen Auftrag zur Wettbewerbspolitik und verdeutlicht die dem Gesetz zugrundeliegenden materiellen Leitbilder:[37]

> **Art. 1** Zweck
> Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

72 Der Gesetzgeber setzt die Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gleich mit dem Verfassungsauftrag, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 96 Abs. 1 BV). Der Zweckartikel verdeutlicht den Wechsel von einem instrumentalistischen Ansatz zum *Schutz des Wettbewerbs als Institution*, ohne allerdings den Wettbewerb zum alleinigen

---

[36] Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 210; KRAMER, Methodenlehre, 65; VAN HOECKE, Norm, N 141. Soweit sich dies auf Normen bezieht, die der Verfassung, dem Völkerrecht oder dem Richterrecht entnommen werden, werden diese hier an gesonderter Stelle behandelt.

[37] Vgl. Botschaft KG95, 532.

Schutzobjekt des Kartellgesetzes zu erheben.[38] Eine nähere Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» wird damit freilich nicht gegeben.

b) Wettbewerbsabreden

Der Untersuchungsraster für die Beurteilung von Wettbewerbsabreden lässt sich Art. 5 KG entnehmen: 73

> **Art. 5** Unzulässige Wettbewerbsabreden
>
> [1] Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.
>
> [2] Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:
>
> a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
>
> b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.
>
> [3] Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:
>
> a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
>
> b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
>
> c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

Art. 5 KG unterscheidet implizit *drei verschiedene Grade der Beeinträchtigung* des Wettbewerbs, die unterschiedliche Beurteilung durch den Gesetzgeber erfahren (vgl. Abb. 2 für eine grafische Darstellung): 74

- Unerhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sind zulässig.
- Erhebliche Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sind grundsätzlich unzulässig. Solche Abreden können allerdings gerechtfertigt werden, wenn sie notwendig zur Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz sind (Art. 5 Abs. 2 lit. a

[38] Vgl. HOFFET, Kommentar zu Art. 1 KG, N 51; SCHLUEP, Entwicklungslinien, 808; Botschaft KG95, 515; BALDI/BORER, Kartellgesetz, 343; STOFFEL, Neuorientierung, 23; ZÄCH, Spiesse, 373 f.

KG) und den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet wird, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 lit. b KG).[39]

- Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist grundsätzlich unzulässig. Vermutet wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei horizontalen Absprachen über Preise, Mengen, Gebiete oder Geschäftspartner (Art. 5 Abs. 3 KG).[40]

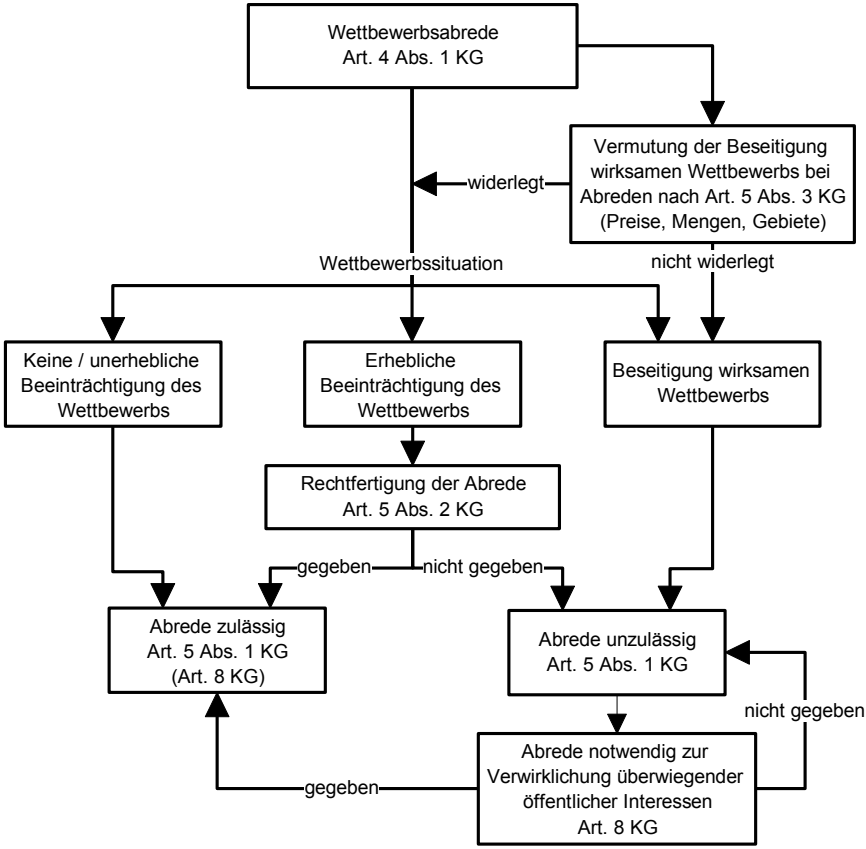


Abb. 2: Prüfungsraster für Wettbewerbsabreden

[39] Gelingt den beteiligten Unternehmen die Rechtfertigung aus ökonomischen Gründen nicht, so können sie eine ausnahmsweise Zulassung der Abrede aus politischen Gründen beantragen (Art. 8/31 KG).

[40] Eine derartige Abrede kann nur ausnahmsweise aus politischen Gründen zugelassen werden (Art. 8/31 KG).

Aus diesem systematischen Zusammenhang können für die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» verschiedene Aussagen gewonnen werden. Zunächst ist *nicht jede Beeinträchtigung des Wettbewerbs unerwünscht*. Unerhebliche Beeinträchtigungen werden vom Gesetzgeber ohne Weiteres als unschädlich qualifiziert.[41] Eine solche Beurteilung steht im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Wettbewerbspolitik[42] und der Wettbewerbstheorie (Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning»)[43]. Wann der Wettbewerb unerheblich beeinträchtigt ist, kann der Systematik von Art. 5 KG allerdings nicht entnommen werden. 75

Auch *erhebliche Beeinträchtigungen* des Wettbewerbs werden vom Gesetzgeber hingenommen, wenn eine Abrede notwendig zur Erreichung von Effizienzvorteilen ist.[44] Die schädlichen Auswirkungen solcher Wettbewerbsabreden können u.U. durch positive Wirkungen kompensiert werden; massgebend ist hier die Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG).[45] Eine *Beseitigung wirksamen Wettbewerbs* beurteilt der Gesetzgeber jedoch eindeutig als schädlich; eine Rechtfertigung aus Gründen ökonomischer Effizienz ist in diesem Fall ausgeschlossen (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).[46] Kriterien zur Feststellung der Erheblichkeit, d.h. des Grades der Beeinträchtigung des Wettbewerbs, lässt das Gesetz weitgehend vermissen. Solche werden allerdings in der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Bek. Vertikalabreden) thematisiert. Danach erachtet die Wettbewerbskommission vertikale Abreden, welche die Fixierung von Fest- oder Mindestverkaufspreisen, die Beschränkung des geographischen Absatzgebietes oder des Kundenkreises, die Beschränkung des Verkaufs an Endverbraucher mittels eines selektiven Vertriebssystems, die Beschränkung von Querlieferungen inner- 76

---

41 Vgl. MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 817; ZÄCH, Kartellrecht, 145; HOFFET, Kommentar zu Art. 1, N 50 sowie Art. 5 KG, N 64; BORER, Kommentar, 170; Botschaft KG95, 554; STAUB/HILTI, Immaterialgüterrecht, 41; BALDI/BORER, Kartellgesetz, 349 f.

42 Vgl. II/5.2.2.

43 Vgl. II/11.3.1.

44 Die vorberatende Kommission (WAK NR) hat dabei die Formulierung verworfen, dass die Rechtfertigung einer Abrede schon dann anzunehmen ist, wenn sie der Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz bloss dient; vgl. Prot. WAK NR vom 10./11.4.1995, 56 ff.

45 Vgl. Botschaft KG95, 555; ausführlich dazu RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 237 f.

46 Vgl. Botschaft KG95, 564.

halb eines selektiven Vertriebssystems, die Beschränkung des Handels mit Bestand- und Ersatzteilen sowie Wettbewerbsverbote von ungebührlicher Dauer ungeachtet der Marktsituation als erheblich. Andere vertikale Abreden werden – angelehnt an die alte Bagatellbekanntmachung der EU – als unerheblich erachtet, wenn die an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht eine Marktanteilsschwelle von 10% überschreiten. Ausgenommen davon sind Abreden mit Netzeffekten, wenn also der Wettbewerb durch die kumulativen Auswirkungen mehrerer gleichartiger, nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze beschränkt wird. Im Grossen und Ganzen entspricht die Bekanntmachung der VO (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und berücksichtigt daher das Gebot einer möglichst europarechtskonformen Auslegung.[47] Mit dieser Angleichung des Beurteilungsmusters ist auch eine Verschärfung der Praxis verbunden, werden doch bisher Abreden unter Unternehmen mit einem Marktanteil von weit über 30% kaum als erheblich eingestuft.[48] Selbst die Europäische Kommission setzt die Spürbarkeitsschwelle inzwischen bei 15% an (de minimis-Bek.) und nimmt Freistellungen bis zu einem Marktanteil von 30% vor (Art. 2 VO (EG) Nr. 2790/1999). Es ist fraglich, ob die in Ziff. 3 der Bekanntmachung genannten, grundsätzlich erheblichen Arten von Abreden tatsächlich auch bei tiefen Marktanteilen wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten vermögen, wenn nicht zusätzliche Faktoren, wie das Vorhandensein ähnlicher, paralleler Vertriebsnetze vorliegen. Eine funktionale Auslegung von Art. 5 KG legt nahe, Bagatellfälle nach Ziff. 4 der Bekanntmachung ungeachtet der Art einer Abrede nicht zu untersuchen.[49]

77 Der Gesetzgeber vermutet die Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» bei Vorliegen einer (horizontalen) Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen sowie die Aufteilung von Märkten (Art. 5 Abs. 3 KG); es handelt sich hierbei um eine (widerlegbare) Rechtsvermutung für erfahrungsgemäss besonders gravierende Abreden.[50]

---

47 Vgl. II/10.1.
48 Vgl. II/9.2.1.
49 Vgl. II/11.3.1. Gl.M. MEINHARDT/MERKT, Meilenschritt, 18.
50 Vgl. MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 820; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 249; VON WEIZSÄCKER, Kooperation, 485 f.

Aufgrund der im Verwaltungsverfahren herrschenden Untersuchungsmaxime[51] kann die Vermutung jedoch erst ihre bindende Wirkung entfalten, wenn die Wettbewerbsbehörden nach der ihnen obliegenden freien Würdigung des gesamten Verfahrensergebnisses eine Beseitigung des «wirksamen Wettbewerbs» weder auszuschliessen noch zu bejahen vermögen. Die Behörden werden also von einer genauen Untersuchung des Einzelfalls nicht entbunden, können sich jedoch von den Unternehmen eine gewisse Mitwirkung bei der Klärung des Sachverhalts erwarten, trifft diese doch die Folgen der Beweislosigkeit (im Zivilprozess entsprechend die Last des Beweises des Gegenteils).[52]

78 Die Analyse ergibt auch deutlich, dass die Wettbewerbssituation auf den jeweiligen Märkten für bestimmte Waren und Dienstleistungen separat zu beurteilen ist (*Partialmarktkonzept*). Im Bereich der Wettbewerbsabreden wird daher das Gesamtmarktkonzept der Systemtheoretiker (HOPPMANN, SCHMIDTCHEN) abgelehnt. Auch im Bereich der Fusionskontrolle, in dem eine Gesamtmarktbetrachtung zu erfolgen hat, ist bei Anwendung der Abwägungsklausel (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG) von der Wettbewerbssituation auf den einzelnen Märkten auszugehen.[53]

79 Die Systematik von Art. 5 KG erschliesst den vom Gesetzgeber verfolgten *«rule of reason»-Ansatz*. Nach dem von der Verfassung vorgegebenen Missbrauchsansatz kann eine Wettbewerbsabrede nicht an sich unzulässig sein; massgebend ist die volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkung.[54] Der Gesetzgeber hat sich daher für einen Prüfungsraster entschieden, in dem die Schädlichkeit einer Abrede

---

51 Dazu ausführlich KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 105; BOVAY, Procédure administrative, 175 f.

52 Vgl. zum Gebrauch von gesetzlichen Vermutungen im Kartellrecht MÖSCHEL, Kommentar zu § 19 GWB, N 90 ff.; HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 110 ff.; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, 30 f.; STOFFEL, Kartellrecht, 114; BORER, Kommentar, 176 ff.; Botschaft KG95, 564 ff. Zum Gebrauch von Vermutungen im Allgemeinen VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, 262 ff. Weiter die in FN II/580 vorgebrachte Kritik.

53 Vgl. ausführlich II/11.2.3, c), N 704 und für die Fusionskontrolle II/2.2.1, d). Das auch im Bereich der Wettbewerbsabreden zur Diskussion stehende Gesamtmarktkonzept wurde von der vorberatenden Kommission abgelehnt; vgl. Prot. WAK NR vom 10./11.4.1995, 60 f. Zur Thematik im Allgemeinen SCHMIDTCHEN, Fehlurteile, 113 (anders aber SCHMIDTCHEN, Wettbewerbspolitik, 35 ff.); HOPPMANN, Marktmacht, 9; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 66 f.

54 Dies schliesst ein selektives Verbot bestimmter i.d.R. schädlicher Wettbewerbsabreden nicht aus; vgl. II/5.2.2; Botschaft KG95, 555; HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 68.

im Einzelfall festgestellt werden muss. Er folgt damit insbesondere im Bereich von Wettbewerbsabreden, die auch ökonomisch positive Wirkungen zeigen, also durch eine «trade off»-Problematik gekennzeichnet sind[55], einem Ansatz, der «per se»-Regeln aufgrund der mit dem ambivalenten Charakter solcher Verhaltensweisen einhergehenden Beurteilungsschwierigkeiten ablehnt.[56]

c) Marktbeherrschende Unternehmen

80 Bestimmungen über Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen enthält Art. 7 KG:

> **Art. 7** Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen
> [1] Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.
> [2] ...

81 Als marktbeherrschend gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).[57] Marktbeherrschende Unternehmen können die Handlungsmöglichkeiten ihrer Mitbewerber missbräuchlich

---

[55] Das schweizerische Kartellgesetz spricht hier von sog. «weichen Kartellen», die i.d.R. aufgrund ihrer ökonomischen Vorteilhaftigkeit gerechtfertigt werden können (Art. 5 Abs. 2 KG); vgl. zum Begriff MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 815 f.; zur ökonomischen Vorteilhaftigkeit etwa RUFFNER, Grundlagen, 200 ff.; MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 815 f.; BAUDENBACHER, Vertikalbeschränkungen, 827 f.

[56] Vgl. zum gewählten Ansatz aus der Sicht der Wettbewerbstheorie II/11.3.2.

[57] In der aktuellen Revision des Kartellgesetzes soll der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens konkretisiert werden. Nach Art. 4 Abs. 2 E KG01 (NR) gelten als marktbeherrschende Unternehmen «einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, namentlich wenn andere Unternehmen von ihnen als Anbieter und Nachfrager in besonderem Masse abhängig sind.» Dadurch soll klargestellt werden, dass bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen sei, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen seien. Marktbeherrschung könne insbesondere auch bei einem Unternehmen vorliegen, das im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfüge, oder bei einem Unternehmen, von welchen andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind; vgl. Botschaft KG01, 25 und II/3.2.6 und N 132.

verringern und so den Wettbewerb auf einem Markt schwächen oder beseitigen.[58] Es ist also davon auszugehen, dass Marktbeherrschung mit einer potentiellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs einhergeht. Ein marktbeherrschendes Unternehmen, das sich definitionsgemäss von den anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, muss demzufolge in der Lage sein, den Wettbewerb zumindest erheblich zu beeinträchtigen, wenn nicht zu beseitigen.[59] Über den näheren Zusammenhang zwischen der Frage der Marktbeherrschung und der damit einhergehenden potentiellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs schweigt sich der Gesetzgeber aus.

d) Unternehmenszusammenschlüsse

Bestimmungen über die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen enthält Art. 10 KG: 82

> **Art. 10** Beurteilung von Zusammenschlüssen
>
> [1] Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.
>
> [2] Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:
>
> a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und
> b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.
>
> [3] ...
>
> [4] Bei der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb.

---

58 Vgl. Botschaft KG95, 569; MEIER-SCHATZ, Wettbewerbspolitische Grundlagen, 298; RUFFNER, Verhaltensweisen, 834 f.; SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 7 KG, N 21; BALDI/BORER, Kartellgesetz, 352.

59 Gemäss ZÄCH, Einzelfragen, 12 f. entspreche Art. 4 Abs. 2 KG dem in Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO verwendeten Begriff. Vgl. zum Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Zusammenhang mit der Fusionskontrolle die Hinweise in FN II/60.

83 Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit eines Unternehmenszusammenschlusses ergeben sich in erster Linie daraus, ob den beteiligten Unternehmen durch den Zusammenschluss die Möglichkeit eröffnet wird, mittels einer marktbeherrschenden Stellung *wirksamen Wettbewerb auf einem Markt zu beseitigen* (Art. 10 Abs. 2 lit. a). Dabei berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb (Art. 10 Abs. 4 KG).

84 Der Gesetzestext klärt das Verhältnis zwischen marktbeherrschender Stellung und Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht. Dabei impliziert das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung bereits eine erhebliche Beeinträchtigung, wenn nicht Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.[60] In der Lehre wird die Formulierung von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG verschieden aufgefasst. Zum Einen wird vorgebracht, der Gesetzgeber habe einen im Vergleich zur ähnlich formulierten Regelung in der Europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO)[61] weniger strengen Ansatz bei der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen zur Anwendung bringen wollen.[62] Eine andere – sich an die Botschaft anlehnende – Ansicht geht dahin, dass die Formulierung von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG den Rechtsanwender zu einer dynamischen, zukunftsgerichteten Betrachtungsweise zwinge, welche auch die voraussichtliche Marktentwicklung der auf den Entscheid folgenden Jahre zu berücksichtigen hat.[63] Ein Teil der Lehre will demgegenüber dem Kriterium der «Beseitigung wirksamen Wettbewerbs» keine eigenständige Bedeutung zumessen, da die Bejahung der marktbeherrschenden Stellung denknotwendig die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch in einer dynamischen, zukunftsgerichteten Betrachtungsweise beinhalte.[64] Schliesslich wird noch – im Anschluss an die Beratungen in den parlamentarischen Kommissionen – der Ansatz

---

60 Vgl. Botschaft KG95, 584; DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, N 26; VON BALLMOOS, Beseitigung, 296 f.; BORER, Kommentar, 258.

61 Vgl. Art. 2 Abs. 2 FKVO: «Zusammenschlüsse, die keine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, sind für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären.»

62 Vgl. DROLSHAMMER/DUCREY, Kontrolle, 22; NORDMANN, Fusionskontrolle, 230; CHABLOZ, Influences, 50 f.; WATTER/LEHMANN, Kontrolle, 872; MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 55 f. Dazu II/3.2 und II/10.3.1, b).

63 Vgl. Botschaft KG95, 584; DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, N 26 ff.; BORER, Unternehmenszusammenschlüsse, 83 f. Skeptisch dazu SCHERRER, Fusionskontrollverfahren, 318 f.

64 Vgl. VON BALLMOOS, Beseitigung, 301.

vertreten, dass das Gesetz zwischen verschiedenen Graden von Marktbeherrschung unterscheide, demzufolge zwischen Marktmacht (Art. 2 Abs. 1 KG), einfacher (Art. 4 Abs. 2, Art. 7 und Art. 10 Abs. 1 KG) und qualifizierter Marktbeherrschung (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG) zu sondern sei (vgl. Abb. 3).[65] Diese Auslegung steht auch im Einklang mit dem Element der europarechtskonformen Auslegung und der Praxis der Wettbewerbskommission – Es ist daher für die weitere Auslegung von diesem Modell auszugehen:

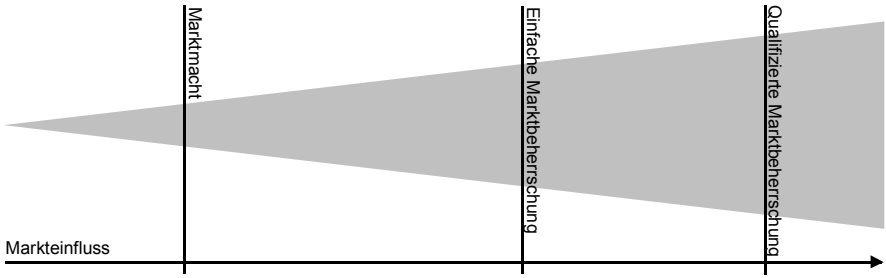


Abb. 3: Grade des Markteinflusses[66]

Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass auch im Bereich der Fusionskontrolle die Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» das Abgrenzungskriterium zwischen zulässigen und unzulässigen Zusammenschlüssen bildet. In einem zweiten Schritt, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG begründet oder verstärkt, haben die Wettbewerbsbehörden zu prüfen, ob sich keine *Verbesserungen der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt* ergeben, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegen (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG).[67] Danach ist also bei 85

[65] Vgl. ZÄCH, Kartellrecht, 265 ff.; SCHERRER, Fusionskontrolle, 207; Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 81. In ihrer Praxis 2001 prüft die Wettbewerbskommission separat das Vorliegen von Marktmacht und geht demzufolge auch von diesem Modell aus; vgl. z.B. RPW 2001, 88 ff. «Kaladent AG» und RPW 2001, 95 ff. «Intensiv SA, Grancia».

[66] Darstellung in Anlehnung an ZÄCH, Kartellrecht, 268.

[67] Art. 10 Abs. 2 KG lehnt sich unzweideutig an § 36 GWB an: Danach ist «[e]in Zusammenschluss, von dem zu erwarten ist, dass er eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, (...) vom Bundeskartellamt zu untersagen, es sei denn, die beteiligten Unternehmen weisen nach, dass durch den Zusammenschluss auch Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen eintreten und dass diese Verbesserungen die Nachteile der Marktbeherrschung überwiegen.» Die Abwägung ist beschränkt auf die Berücksichtigung von Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen, also ohne umfassende gesamtwirtschaftliche Prüfung. Die Verbes-

der Beurteilung von Zusammenschlüssen – anders als bei Wettbewerbsabreden – von einer Gesamtmarktbetrachtung auszugehen, wobei bei der Abwägung von der Wettbewerbssituation auf den einzelnen Märkten auszugehen ist.[68]

86 Die Bestimmungen über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen konkretisierend, enthält Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU Vorgaben für den Inhalt einer Meldung nach Art 9 KG:

> **Art. 11** Inhalt der Meldung
> [1] Die Meldung muss folgende Angaben enthalten:
> ...
> d. die Angabe aller sachlichen und räumlichen Märkte, die von dem Zusammenschluss betroffen sind und in denen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 Prozent oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 Prozent oder mehr beträgt, und eine Beschreibung dieser Märkte, die zumindest über die Vertriebs- und Nachfragestrukturen sowie die Bedeutung von Forschung und Entwicklung Auskunft gibt;
> ...

87 Ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, wie Beeinträchtigungen des wirksamen Wettbewerbs festzustellen und zu beurteilen sind, so doch immerhin der konkretisierenden Verordnung. Nach dieser sind nur Märkte zu melden, in denen zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 20% halten oder ein beteiligtes Unternehmen einen Marktanteil von mindestens 30% hält. Der Verordnungsgeber geht also davon aus, dass *Marktanteile unter den erwähnten Schwellen generell unproblematisch* in Bezug auf die Wettbewerbssituation sind.[69] Art. 6 E VKU geht dagegen wohl im Anschluss an Abschnitt 6 Ziff. III lit. a Formblatt CO noch von Marktanteilsschwellen von 15% bei betroffenen Märkten aus.

---

serung muss auf anderen Märkten als demjenigen, in dem die Marktbeherrschung befürchtet wird, eintreten und durch den Zusammenschluss eintreten; dazu RUPPELT, Kommentar zu § 36 GWB, N 48 ff.

68 Vgl. Botschaft KG95, 585; DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, N 30 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 278 f.; BORER, Kommentar 260 f.; WATTER/LEHMANN, Unternehmenszusammenschlüsse, 873; ausführlich II/11.2.3, c), N 704.

69 Diesbezügliche Aussagen zu den Marktanteilen machen auch ZÄCH, Kontrolle, 122 (bis 30%); RUFFNER, Plädoyer, 487 (bis 30%) und BORER, Kommentar, 138 (20-40%).

e) Relativierung des Primats der Erhaltung «wirksamen Wettbewerbs»

Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt worden sind, können vom Bundesrat zugelassen werden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen (Art. 8 bzw. 11 KG). 88

Aus der Systematik des Kartellgesetzes ergibt sich somit eine deutliche materielle und institutionelle Trennung von Belangen des Wettbewerbs und anderen öffentlichen Interessen.[70] Dies gilt auch für die Zulassung von Bankenfusionen aus Gründen des Gläubigerschutzes, welche der Bankenkommission obliegt (Art. 10 Abs. 3 KG). Mit dem Interesse an der Erhaltung des Wettbewerbs tritt hier auch die Wettbewerbskommission als Behörde in den Hintergrund; sie wird nur zur Stellungnahme eingeladen. Für einen Entscheid der Wettbewerbsbehörden ist demzufolge nur das öffentliche Interesse der Erhaltung «wirksamen Wettbewerbs» massgebend; erst in zweiter Linie, wenn der Wettbewerb das Gesamtinteresse nicht (genügend) zu verwirklichen vermag, kann – u.U. zum Preis der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – anderen öffentlichen Interessen der Vorrang eingeräumt werden.[71] Dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass im Normalfall der Wettbewerb das Gesamtinteresse am Besten verwirklicht (*Primat der Wettbewerbskoordination*[72]), ergibt sich aus dem Ausnahmecharakter von Art. 8 bzw. 11 KG.[73] 89

2.2.2 Preisüberwachungsgesetz, insbesondere Art. 12

In engem Zusammenhang mit dem Kartellgesetz steht das ebenfalls wettbewerbspolitisch motivierte Preisüberwachungsgesetz. Die Preisüberwachung bezieht sich auf Wettbewerbsabreden und marktmächtige Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts (Art. 2 PüG). Preismissbrauch ist darum bei Vorhandensein «wirksamen Wettbewerbs» ausgeschlossen:[74] 90

---

70 Dazu HOFFET, Kommentar zu Art. 8 KG, N 13; BORER, Kommentar, 220 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 191; VON BÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, 33 f.

71 Ähnlich schon die Argumentation SCHLUEPS, KG + PüG, 689 f. zu der in Art. 29 KG85 verankerten Saldomethode. Weiter HOFFET, Kommentar zu Art. 8 KG, N 18.

72 Vgl. zum Primat der Wettbewerbskoordination auch II/5.2.2.

73 Vgl. auch II/3.3.4, b), II/4.2.7 und II/11.3.3.

74 Vgl. SCHÜRMANN, KG + PüG, 792, 837 ff.

> **Art. 12** Wettbewerbspolitischer Grundsatz
> [1] Preismissbrauch im Sinne dieses Gesetzes kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind.
> [2] Wirksamer Wettbewerb besteht insbesondere, wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen.

91 Während die Botschaft des Bundesrates noch davon ausgeht, dass durch die Revision des Kartellgesetzes 1995 «das Verhältnis der beiden Gesetze zueinander formell überhaupt nicht und materiell zumindest nicht grundlegend» verändert würde[75], ist doch davon auszugehen, dass dem wettbewerbspolitischen PüG der *Anwendungsgrund konzeptionell entzogen* worden ist.[76] Da Zweck des KG die Erhaltung wirksamen Wettbewerbs ist, kann dem PüG heute nur noch im Falle von nach Art. 8 KG zugelassenen Kartellen und marktmächtigen Unternehmen Bedeutung zukommen; letztere betreffen zum überwiegenden Teil Unternehmen, die noch immer, oder bis vor kurzem, im Rahmen staatlicher Monopole tätig sind bzw. waren und deren starke Marktposition nun im Laufe der Zeit erodieren sollte.[77]

92 *Abgrenzungskriterium* zwischen beiden Erlassen bildet das Vorhandensein «wirksamen Wettbewerbs». Art. 12 Abs. 2 PüG stellt hier primär auf das Vorhandensein von Ausweichmöglichkeiten auf vergleichbare Angebote ab. Das Wort «insbesondere» verdeutlicht aber, dass es auch andere Faktoren für «wirksamen Wettbewerb» geben kann, wie Art und Ausmass des Qualitätswettbewerbs.[78] Art. 12 Abs. 2 gibt also «keine abschliessende Definition, jedoch eine Richtlinie zur Feststellung wirksamen Wettbewerbs»[79], die wohl auch bei der Konkretisierung des KG herangezogen werden kann.[80] Anzumerken bleibt, dass die *Tragweite von Art. 12 Abs. 1 PüG beschränkt* ist. Wie im Kartellgesetz bildet auch im Preisüberwachungsgesetz der «wirksame Wettbewerb» das Leitbild, doch ist die funktionale Bedeutung beider Begriffe verschieden. Wie sich aus Art. 12 Abs. 1 PüG ergibt,

---

75 Botschaft KG95, 526.

76 Vgl. SCHLUEP, Entwicklungslinien, 807 f.; VALLENDER/VEIT, Skizze, 28 f.; VALLENDER/HETTICH, Erlasse, 4; in diesem Sinne auch BORER, Kommentar, 123 ff.; TOLLER, Preisüberwachung, 157; Amtl. Bull. NR 1995, 1062 (Votum Jäger Franz); Amtl. Bull. NR 1995, 1065 (Votum Gros Jean-Michel) sowie Amtl. Bull. StR 1995, 847 (Votum Reymond Hubert). Auch schon in der Vernehmlassung wurde angeregt, die Funktion der Preisüberwachung zu überdenken; vgl. Vernehmlassung KG, 5.

77 Zur ernüchternden Bilanz dieser sehr langsam verlaufenden Erodierung II/11.3.4.

78 Vgl. SCHÜRMANN, KG + PüG, 841 f.; Botschaft PüG, 787.

79 Botschaft PüG, 787.

80 Vgl. SCHÜRMANN, KG + PüG, 677.

beschränkt sich der «wirksame Wettbewerb» hier auf Missbräuche in der Preisbildung. «Es ist durchaus möglich, dass nach PüG wirksamer Wettbewerb vorhanden ist, weil sich die Preise nicht kartellistisch bilden, überhaupt Marktmacht nicht beteiligt ist, wohingegen in kartellrechtlicher Sicht wesentliche Parameter des Wettbewerbsgeschehens fehlen und insofern kein wirksamer Wettbewerb vorliegt.»[81] Umgekehrt kann aber davon ausgegangen werden, dass bei fehlendem wirksamem Preiswettbewerb nach PüG der wirksame Wettbewerb im Sinne des KG wahrscheinlich beseitigt (Art. 5 Abs. 3 KG), allenfalls erheblich beeinträchtigt ist.[82]

2.2.3 Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Ebenfalls einen starken Wettbewerbsbezug weist das Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb auf: 93

> **Art. 1**
> Dieses Gesetz bezweckt, den lauteren und unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten zu gewährleisten.

Funktion oder Schutzzweck des Kartell- wie des Lauterkeitsrechts ist – wie sich unzweifelhaft schon aus dem Zweckartikel des Gesetzes (Art. 1 UWG) ergibt – die Gewährleistung des Wettbewerbs.[83] Gemäss früheren Auffassungen wurden die Anwendungsbereiche des UWG und KG scharf getrennt: Während das Kartellgesetz die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern hatte, m.a.W. dafür sorgen sollte, dass «wirksamer Wettbewerb» überhaupt besteht[84], sollte das UWG die Entartung des bestehenden Wettbewerbs verhindern[85], m.a.W. die Fairness oder Lauterkeit des Wettbewerbs sichern.[86] Gemäss neueren Auffassungen lassen sich die beiden Ge- 94

---

81 SCHÜRMANN, KG + PüG, 840; vgl. weiter RICHLI/MÜLLER/JAAG, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 63. A.M. HEER, Begriff, 121, der die Begriffe offenbar als deckungsgleich erachtet.

82 Vgl. dazu auch die in II/9.2.2 und II/9.2.3 analysierte Praxis.

83 Vgl. PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, Wettbewerbsrecht, 3; Botschaft UWG, 1039 f.; BAUDENBACHER, Kommentar zu Art. 1 UWG, N 15, 35.

84 Vgl. auch II/2.2.1, a).

85 Nicht notwendig für die Anwendung des UWG (wie auch für die Anwendung des KG) ist das Vorhandensein eines Wettbewerbsverhältnisses im Sinne der Existenz von Mitbewerbern. Auch der Monopolist handelt im Sinne des UWG im Wettbewerb; vgl. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 31 ff. mit Hinweisen auf die Praxis.

86 So noch SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 3 KG, N 44; HOMBURGER, Kommentar, 436 f.; auch die Botschaft des Bundesrates lässt vermuten, dass diese Konzeption (Freiheits- und In-

setze aber nicht trennen (Einheitstheorie). *In einer funktionalen Betrachtungsweise sichern sowohl KG als auch UWG ergänzend die Wettbewerbsordnung ab.*[87] Die Wertungen des Gesetzgebers bei Erlass des KG – ausgedrückt durch das wettbewerbspolitische Leitbild des «wirksamen Wettbewerbs» – seien auch bei der Anwendung des UWG zu berücksichtigen.[88] Anzumerken ist, dass KG und UWG ihre Herkunft im Persönlichkeitsschutz haben, das KG aber auf Grundlage der Ausnahmebestimmung von Art. 31bis Abs. 3 aBV, das UWG als Polizeirecht auf Grundlage von Art. 31bis Abs. 2 aBV erlassen wurde.[89]

2.2.4 Weitere Erlasse mit wettbewerbspolitischem Bezug

95 Mit der Gewährleistung «wirksamen Wettbewerbs» im weiteren Sinn befassen sich insbesondere auch das *Binnenmarktgesetz, das Anwaltsgesetz und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen*:

> **Art. 2 BGBM** Freier Zugang zum Markt
>
> [1] Jede Person hat das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist.
>
> [2] ...
>
> [3] Das Anbieten von Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen richtet sich nach den Vorschriften des Kantons oder der Gemeinde der Niederlassung oder des Sitzes der Anbieterin oder des Anbieters. Sind das Inverkehrbringen und Verwenden einer Ware im Kanton der Anbieterin oder des Anbieters zulässig, so darf diese Ware auf dem gesamten Gebiet der Schweiz in Verkehr gebracht und verwendet werden.

> **Art. 4 BGFA** Grundsatz der interkantonalen Freizügigkeit
>
> Anwältinnen und Anwälte, die in einem kantonalen Anwaltsregister eingetragen sind, können in der Schweiz ohne weitere Bewilligung Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten.

---

stitutionenschutz durch das KG, wirtschaftspolitische Neutralität des UWG) zumindest teilweise auch für das 1986 revidierte UWG Bestand haben sollte; vgl. Botschaft UWG, 1039 f.

87 So wurde denn auch der Vorbehalt zugunsten des UWG aus dem Vorentwurf des Kartellgesetzes gestrichen (Art. 63 Abs. 2 VE KG). Vgl. zum Funktionsschutz im Allgemeinen PEDRAZZINI/VON BÜREN/MARBACH, Wettbewerbsrecht, 3; PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 59; BAUDENBACHER, Kommentar zu Art. 1 UWG, N 67.

88 Vgl. BAUDENBACHER, Kommentar zu Art. 1 UWG, N 35; BERGER, funktionale Konkretisierung, 198 ff.

89 Vgl. HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 344; PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 29 f. Weiter RHINOW, Bundesverfassung, 304.

Art. 1 BoeB

[1] Der Bund will mit diesem Gesetz:

a. ...

b. den Wettbewerb unter den Anbietern und Anbieterinnen stärken;

c. ...

[2] Er will auch die Gleichbehandlung aller Anbieter und Anbieterinnen gewährleisten.

Ein Zweck des Binnenmarktgesetzes ist die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft (Art. 1 Abs. 2 lit. c BGBM); dieses Ziel soll in erster Linie durch die Gewährleistung eines freien, gleichberechtigten Marktzugangs erreicht werden.[90] Auch das Anwaltsgesetz (BGFA) öffnet die Märkte für ausländische und ausserkantonale Anwälte durch Ablösung der hinderlichen kantonalen Bewilligungsverfahren nach Art. 33 Abs. 1 aBV i.V.m. Art. 5 UeB aBV bzw. Art. 4 BGBM. Während die Märkte im Anwaltsbereich und im Medikamentenversand weitgehend geöffnet werden konnten, zeigt das Binnenmarktgesetz in anderen Bereichen keine Wirkung und bedarf der Überprüfung.[91] Das Binnenmarktgesetz und das Anwaltsgesetz stehen zum Kartellgesetz in einem ergänzenden Verhältnis, zielen diese doch auf den Abbau ungerechtfertigter staatlicher Wettbewerbshindernisse, während Zweck des Kartellgesetzes die Verhinderung unzulässiger privater Wettbewerbsbeschränkungen ist.[92] 96

Ein «wirksamer Wettbewerb» führt auch zu einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Gelder. Wichtigste Voraussetzung dafür ist im öffentlichen Vergabeverfahren die Schaffung von Transparenz und die Gleichbehandlung aller Anbieter.[93] Die Öffnung der Beschaffungsmärkte auch für ausländische Anbieter ist unabdingbar zur Erreichung dieser Zielsetzung.[94] 97

---

90 Vgl. Botschaft BGBM, 1263.

91 Bemängelt wird in erster Linie die nur zögerliche Anpassung kantonaler Vorschriften an die Anforderungen des Binnenmarktgesetzes, das fehlende Beschwerderecht der Wettbewerbskommission bei Erlass protektionistischer kantonaler Marktregelungen sowie die stark dem Föderalismusgedanken verpflichtete bundesgerichtliche Rechtsprechung (so z.B. BGE 125 I 276 ff., 285 «X./Sanitätsdepartement GR»); vgl. ausführlich Bericht BGBM, 6027 ff., 6029 f.; VON BÜREN, Kartellrecht, 178 f. und II/11.3.4.

92 Vgl. Botschaft KG95, 527 f.; Botschaft BGFA, 6020.

93 Vgl. Botschaft GATT II, 1176.

94 Vgl. Botschaft GATT I, 348 f.

98 Binnenmarktgesetz, Anwaltsgesetz und das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen zielen zusammen mit anderen verwaltungsrechtlichen Erlassen (THG[95], FMG[96], LFG[97], EBG[98], etc.) auf den Abbau staatlicher Wettbewerbshindernisse, primär also auf die Öffnung der Märkte für ausserkantonale und ausländische Anbieter und damit auf die Stärkung des Wettbewerbs.[99] Schaffung «wirksamen Wettbewerbs» wird hier also als Abbau von Marktzutrittsschranken oder Öffnung des Marktes sowie Gleichbehandlung aller Marktteilnehmer durch den Staat verstanden; Private sind von diesen Erlassen nur indirekt betroffen – durch vermehrte Absatzmöglichkeiten und vermehrte Konkurrenz.

2.3 Thesenbildung

99 Durch eine systematische Betrachtungsweise lassen sich zusammenfassend folgende Aussagen zum Konzept und für die Konkretisierung «wirksamen Wettbewerbs» gewinnen: Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning», Verwendung des Kriteriums «wirksamer Wettbewerb» zur Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Sachverhalte sowie eine beschränkte Konkretisierbarkeit des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» durch die Systematik von Gesetz und Rechtsordnung.

---

95 So sollen gemäss Art. 4 THG technische Vorschriften so ausgestaltet werden, dass sie sich nicht als technische Handelshemmnisse auswirken; sie werden zu diesem Zweck auf die technischen Vorschriften der wichtigsten Handelspartner der Schweiz abgestimmt.

96 So darf z.B. nach Art. 23 Abs. 4 FMG die Erteilung einer Funkkonzession (beschränktes öffentliches Gut) wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen, es sei denn, Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigten eine Ausnahme. In Zweifelsfällen soll die Konzessionsbehörde die Wettbewerbskommission konsultieren. Dem Wortlaut nach erlaubt Art. 23 FMG die Rechtfertigung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz, was dem Grundgedanken des KG, insbesondere Art. 5 Abs. 1 KG, zuwiderläuft. Leider klären auch die Materialien diesen Widerspruch in der Rechtsordnung nicht; vgl. Botschaft FMG, 1432.

97 So sind z.B. nach Art. 115 Abs. 2 lit. c LFV i.V.m. Art. 28 LFG bei der Erteilung von Streckenkonzessionen die Auswirkungen auf den Wettbewerb in den vorgesehenen Bedienungsmärkten in den Entscheid einzubeziehen.

98 So steht der Zugang zum Eisenbahnnetz nach Art. 9 EBG Jedem offen, der die im Gesetz umschriebenen, subjektiven Voraussetzungen erfüllt. Technische Vorschriften für Bau und Betrieb von Bahnanlagen sollen nicht zur Behinderung des Wettbewerbs missbraucht werden können (Art. 17 Abs. 2 EBG), etc.

99 Zu den Deregulierungstendenzen in diesen Bereichen LIENHARD, Deregulierung, 108 f., 219 f., 223 ff. Die Liberalisierungstendenzen in jüngster Zeit haben allerdings durch das Scheitern des EMG in der Volksabstimmung vom 22.09.2002 einen herben Rückschlag erlitten; vgl. auch N 414.

2.3.1 Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning»

100 Die systematische Analyse ergibt deutlich, dass der Gesetzgeber im Bereich des Kartellrechts auf politische Feinsteuerung verzichtet hat.[100] Dieser *Verzicht auf sog. «fine tuning»* zeigt sich deutlich am theoretischen Konzept des «wirksamen Wettbewerbs»: Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb unerheblich beeinträchtigen, Verhaltensweisen nicht marktbeherrschender Unternehmen sowie Unternehmenszusammenschlüsse, durch die keine Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eröffnet wird[101], sind ohne Weiteres (kartellrechtlich[102]) zulässig (Art. 5 Abs. 1, Art. 7 und 10 Abs. 2 KG e contrario). Im Bereich der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen erfolgt die *Aussonderung unproblematischer Fälle in erster Linie über Marktanteilsschwellen* (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU). In analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU kann aber auch – im Einklang mit Erkenntnissen der Wettbewerbstheorie und der Praxis – im Bereich der Wettbewerbsabreden (kumulierter Marktanteil der an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen) und unzulässigen Verhaltensweisen davon ausgegangen werden, dass *diese Marktanteile unproblematisch in Bezug auf die Wettbewerbssituation* sind.[103] Einen gewissen Systembruch stellt in diesem Licht Ziff. 3 Bek. Vertikalabreden dar, welche – entsprechend der VO (EG) 2790/1999 – gewisse Arten von Abreden wie die Preisbindung zweiter Hand etc. ungeachtet der Marktsituation als erheblich qualifiziert. Verständlicher ist die diesbezügliche Bewertung von horizontalen Preis-, Mengen-, und Gebietsabsprachen, welche im Gesetz selbst vorgezeichnet und auch in der Wettbewerbstheorie unbestritten ist.[104]

---

[100] Zu der diesbezüglichen Forderung aus der Wettbewerbstheorie vgl. II/11.3.1.

[101] Eine erste Aussonderung unproblematischer Fälle ergibt sich im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse schon aus den Umsatzschwellen nach Art. 9 KG, bei deren Erreichung Zusammenschlüsse erst gemeldet werden müssen.

[102] Zu beachten ist, dass nach Art. 7 KG unproblematisches Verhalten auch lauterkeitsrechtliche Relevanz erhalten kann; vgl. BAUDENBACHER, Kommentar zu Art. 1 UWG, N 68 ff. Zum Zusammenhang zwischen KG und UWG vgl. II/2.2.3, N 94 und die dortigen Hinweise.

[103] Vgl. dazu die in II/9.2 analysierte Praxis und die Hinweise in FN II/69 sowie II/11.2.3, c).

[104] Vgl. N 104.

2.3.2 Abgrenzungsfunktion des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

101 Der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» erfüllt im Kartellgesetz eine *Abgrenzungsfunktion zwischen unzulässigen und zulässigen Verhaltensweisen*.[105] Im Bereich der Wettbewerbsabreden qualifiziert die Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» eine Abrede als unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Im Bereich der Fusionskontrolle sind Zusammenschlüsse, durch die eine marktbeherrschende Stellung entstünde, mittels derer wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, zu untersagen (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG). Weniger deutlich wird die Abgrenzungsfunktion des Begriffs im Bereich marktbeherrschender Unternehmen aufgrund des ungeklärten Zusammenhangs zwischen dem Begriff der Marktbeherrschung und der damit einhergehenden potentiellen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Dass die nach Art. 7 KG zu beurteilenden Verhaltensweisen vordergründig Ausdruck sowohl erwünschten Wettbewerbs als auch einer missbräuchlichen Strategie, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, sein können, macht eine Einordnung der Marktbeherrschung in das Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» von weiteren Analysen abhängig.[106]

102 Des weiteren legt die Gesetzessystematik dem Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» *verschiedene Grade der Marktbeeinflussung* zugrunde. So ist sowohl zwischen unerheblichen und erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sowie der Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» zu sondern (Art. 5 Abs. 1 KG), als auch zwischen Marktmacht (Art. 2 Abs. 1 KG), einfacher Marktbeherrschung (v.a. Art. 7 KG) und qualifizierter Marktbeherrschung (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG) zu unterscheiden. Die Grenzen zwischen diesen Stufen sind durch weitere Analysen zu eruieren.[107]

---

[105] Vgl. allgemein Botschaft KG95, 514; HOFFET, Kommentar zu Art. 1 KG, N 54; BORER, Kommentar, 88 ff.; MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 17.

[106] Vgl. vor allem II/9.2.4, II/9.2.5 und II/11.2.3, f). Zur vordergründigen Doppelgesichtigkeit von Verhaltensweisen RUFFNER, Verhaltensweisen, 835; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, 53 f.; ZÄCH, Kartellrecht, 216 f.; Botschaft KG95, 514.

[107] Vgl. insbesondere II/9.2.

2.3.3 Beschränkte Konkretisierbarkeit des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» durch die Systematik

Insgesamt konkretisiert die Systematik den Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» nur beschränkt: Es kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber *Marktanteile von 20-30%*, sei es im Bereich der Wettbewerbsabreden, der Marktbeherrschung oder der Zusammenschlusskontrolle, als *unproblematisch* in Bezug auf die Wettbewerbssituation ansieht (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU).[108] 103

Umgekehrt werden *horizontale Absprachen über die Festsetzung von Preisen, Einschränkung von Mengen oder die Aufteilung von Märkten wettbewerbspolitisch als gravierend* eingestuft[109]; das Gesetz geht hier vermutungsweise von der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aus (Art. 5 Abs. 3 KG). Weiter nennt Ziff. 3 Bek. Vertikalabreden einige grundsätzlich als erheblich anzusehende Abreden. 104

Offenen, internationalen Märkten kommt besondere Bedeutung bei der Wahrung eines wirksamen Wettbewerbs zu. Staatliche Markt- und Preisordnungen – insbesondere im Bereich der Infrastrukturmärkte – wurden in den letzten Jahren vom Gesetzgeber durch relativ liberale Marktgesetze ersetzt (Fernmeldewesen, Postdienste, Bahnreform, Luftverkehr, etc.). Ebenso werden interkantonale und internationale Marktzutrittsschranken zunehmend abgebaut (Schaffung eines Binnenmarktes, Durchführung öffentlicher Ausschreibungen, Abbau technischer Handelshemmnisse, etc.). Es ist relativ unbestritten, dass der Genuss der Vorteile einer funktionierenden, freien Marktwirtschaft wesentlich von solchen Marktöffnungs-Massnahmen abhängt.[110] 105

Dementsprechend legt sich der Gesetzgeber im Bereich der Zusammenschlusskontrolle explizit *Zurückhaltung auf, wenn die beteiligten Unternehmen stark dem internationalen Wettbewerb ausgesetzt sind* (Art. 10 Abs. 4 KG). Es ist an sich eine 106

---

[108] Die VKU kann für gewisse Fragen in analoger Weise für alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen angewandt werden; so z.B. auch für die Bestimmung des relevanten Marktes der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in RPW 1998, 655 ff., 667 «Telecom PTT-Fachhändlerverträge II» und RPW 1999, 618 ff., 639 f. «Teleclub AG/Cablecom Holding AG»; RPW 2000, 588 ff., 610 «Markt für Strassenbeläge». Art. 6 Abs. 1 lit. d E VKU geht noch von 15% aus. Vgl. zu den Marktanteilen auch II/11.2.3, c).

[109] Zur Bedeutung z.B. fehlenden Preiswettbewerbs hinsichtlich der Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen auch RPW 2001, 381 ff., 408 f. «Sammelrevers Verlagserzeugnisse II».

[110] Grundlegend VON HAYEK, Verfassung, 288 ff., 292 ff. und SMITH, Wealth of Nations, 424. Zur ernüchternden Bilanz der Liberalisierung in der Schweiz II/11.3.4.

Selbstverständlichkeit, dass die geographische Marktgrenze – wesentliche Grundlage für die Beurteilung potentiell wettbewerbsschädlichen Verhaltens – nicht zwingend an den Landesgrenzen zu ziehen ist, was schon Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU impliziert: «Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.»[111] Keinesfalls darf Art. 10 Abs. 4 KG dahingehend verstanden werden, dass den Unternehmen aufgrund der internationalen Wettbewerbssituation eine derart starke Stellung auf dem Heimmarkt gewährt werden kann, dass die Möglichkeit der Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» bestünde – eine Situation, die bei einem wirklich offenen, internationalen Markt («*contestable market*») gar nicht eintreten sollte.[112]

[111] Entsprechend sind Verflechtungen schweizerischer Märkte mit dem Weltmarkt auch bei der Beurteilung von Wettbewerbsabreden und der Marktbeherrschung zu berücksichtigen; vgl. dazu Bericht VE KG, 22 f. Vgl. zu Art. 10 Abs. 4 KG weiter DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, N 36; BORER, Unternehmenszusammenschlüsse, 84; ZÄCH, Kartellrecht, 276; Botschaft KG95, 586. Zum Kriterium der «Konkurrenzfähigkeit schweizerischer Unternehmen im In- und Ausland» des Art. 29 Abs. 2 KG85 SCHÜRMANN, KG + PüG, 674; HOMBURGER, Kommentar, 331 ff.

[112] Vgl. dazu ausführlich II/11.2.3, c), N 708; weiter Bericht VE KG, 41; Botschaft Folge-EWR, 826. Gl.M. für § 36 GWB auch MESTMÄCKER/VEELKEN, Kommentar zu § 36 GWB, N 293.

3 Historisches Auslegungselement

3.1 Vorbemerkungen

Das *historische Auslegungselement* stellt auf den Sinn ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gibt.[113] Bei Einnahme eines *subjektiven Standpunktes* ist für die Auslegung der Wille des konkreten historischen Gesetzgebers massgeblich.[114] Aus einem *objektiven Standpunkt* heraus wird eine Norm hingegen so interpretiert, wie sie ihr Adressat im Zeitpunkt des Erlasses hat verstehen müssen.[115] Für das volle Verständnis des Gesetzes sind wohl richtigerweise beide Standpunkte zu berücksichtigen.[116] Obwohl LARENZ davon ausgeht, dass das Ziel der Gesetzesauslegung letztlich «nur die Ermittlung des heute rechtlich massgeblichen, also eines normativen Sinnes des Gesetzes, sein» kann[117], ist der als rechtlich massgebliche Sinn des Gesetzes «nur unter Berücksichtigung auch der Regelungsabsichten und der konkreten Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers, keinesfalls unabhängig davon festzustellen.»[118] So wird der hier angelegte *Widerspruch* zwischen der Interpretation nach subjektiven und objektiven Gesichtspunkten *überwunden*, indem historische und objektiv-teleologische Gesichtspunkte auf einer höheren Ebene vereinigt werden.[119] 107

Zur Auslegung nach historischen Gesichtspunkten können *Dokumente* der gesetzgeberischen Vorarbeiten und des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens – sog. Materialien – herangezogen werden.[120] 108

---

113 Vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 101. Nach HÖHN, Gesetzesauslegung, 212 kann zur Interpretation nicht nur die Entstehungsgeschichte der Norm, sondern u.U. auch die historische Gesamtsituation als «mittelbares Auslegungskriterium» einbezogen werden.

114 Zum Begriff der «subjektiven» Auslegung VALLENDER, Objektive Auslegung, 74 ff.

115 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 216.

116 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 318.

117 LARENZ, Methodenlehre, 318.

118 LARENZ, Methodenlehre, 318.

119 Vgl. VALLENDER, Auslegung, 36; vgl. weiter MEIER-HAYOZ, Materialien, 7.

120 Im Vordergrund stehen bei Bundesgesetzen die Botschaft des Bundesrates – soweit die Räte den dort gemachten Ausführungen folgen – und die Protokolle der Ratsversammlungen, namentlich die Voten der Berichterstatter der vorberatenden Kommissionen, denen ein anderes Gewicht als den Voten einzelner Ratsmitglieder zugemessen werden kann; vgl. AMMANN, Auslegung, 15; HÖHN, Gesetzesauslegung, 211; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 216; MEIER-HAYOZ, Materialien, 8 ff.; VALLENDER, Auslegung, 36 f.; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 103 ff.; GYGI, Verwaltungsrecht, 139.

3.2 Historische Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

3.2.1 Historische Gesamtsituation bei Erlass des Kartellgesetzes

109 Zur Fortführung eines eher integrationsfreundlichen Kurses auch nach der Ablehnung des EWR-Abkommens[121] verabschiedete der Bundesrat am 24. Februar 1993 ein Programm zur «marktwirtschaftlichen Erneuerung» der Schweiz, das insbesondere auf eine *Öffnung der Märkte* und eine *Intensivierung des Binnenwettbewerbs* zielt.[122] Nach Auffassung des Bundesrates verunmöglicht die mit der Globalisierung einhergehende Mobilität der Produktionsfaktoren die Aufrechterhaltung einer Wirtschaft, die teilweise stark mit dem internationalen Wettbewerb verflochten ist, teilweise jedoch auf abgeschotteten Inlandmärkten mit hoher Kartelldichte tätig ist, da dadurch der Wirtschaftsstandort Schweiz gegenüber wettbewerbsfreundlicheren Standorten benachteiligt wird.[123]

110 Als vordringlich wird die Revision des Kartellgesetzes betrachtet. Aus diesem Grund wird auf die Implementierung eines formellen Kartellverbots, welches eine langwierige Verfassungsrevision voraussetzen würde, verzichtet; im Rahmen des geltenden Missbrauchsansatzes[124] sollen gemäss den bundesrätlichen Vorstellungen «griffigere und stärker wettbewerbsorientierte Kriterien zur Beurteilung von Kartellen und anderen Marktabsprachen sowie von Praktiken in Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung [implementiert werden]. Insbesondere sollen für jene Kartellpraktiken, welche in der Regel schädlich wirken (...), Vermutungstatbestände und damit ein *faktisches Kartellverbot* geschaffen werden. [Zu einer wirksamen Wettbewerbspolitik unerlässlich sei zudem] die Möglichkeit einer präventiven Fusionskontrolle für marktmächtige Unternehmen».[125]

---

[121] Bei einer Stimmbeteiligung von 79% mit einem Mehr von 50.3% Nein-Stimmen und 14 $^{4}/_{2}$ ablehnenden Ständen; vgl. BBl 1993 I 168.

[122] Vgl. Botschaft Folge-EWR, 805 ff.

[123] Vgl. Botschaft KG95, 480 ff.

[124] SCHLUEP, Entwicklungslinien, 806 bezeichnet die Dichotomie zwischen Missbrauchsgesetz und Verbotsgesetz richtigerweise als plakatives Konstrukt: «Auch ein Missbrauchsgesetz muss bestehende Missbräuche verbieten; andererseits können die Ausnahmen eines Verbotsgesetz so weit reichen, dass nur noch Missbräuche verboten sind.» Weiter GYGI, Richtpunkte, 151 f. Die gleiche Meinung wurde auch schon in den Beratungen der Kommission vertreten; vgl. Prot. WAK NR vom 9./10.1.1995, 37 f.

[125] Botschaft Folge-EWR, 826 f.

3.2.2 Kartellgesetze von 1962 und 1985

Am Anfang der positiven Kartellgesetzgebung steht das Kartellgesetz vom 20. Dezember 1962. Die zuvor gemachten wettbewerbsrechtlichen Vorstösse[126] und die jeweils mehr oder weniger umfassend durchgeführten Preiskontrollen[127] sind für die hier angestrebte Konkretisierung des «wirksamen Wettbewerbs» von untergeordneter Bedeutung. Erwähnt sei hier aber die Preisbildungskommission, deren Arbeit konzeptionelle Grundlage der nachfolgend kurz beschriebenen Gesetze von 1962 und 1985 geworden ist («Konzept des möglichen Wettbewerbs»).[128] 111

a) Grundzüge der Kartellgesetze von 1962 und 1985

Das *Kartellgesetz vom 20. Dezember 1962* unterscheidet zwischen zivil- und prozessrechtlichen Bestimmungen (Art. 4-16 KG62) sowie verwaltungsrechtlichen Bestimmungen (Art. 17-22 KG62). Das Schwergewicht liegt dabei auf der zivilrechtlichen Regelung[129]: Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Private, die ihr Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung vor dem Zivilrichter geltend machen können, mittelbar zur Stärkung der marktwirtschaftlichen Ordnung als Ganzem beitragen würden, was ein Kartellverwaltungsrecht weitgehend überflüssig machen würde; dem Kartellzivilrecht kommt allerdings in der Praxis nie diese Bedeutung zu.[130] Nach Art. 4 KG62 sind «Vorkehren eines Kartells, mit denen Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert werden sollen, (...) unzulässig», ausser die Vorkehren lassen sich durch überwiegende schutzwürdige Interessen rechtfertigen und beeinträchtigen die Freiheit des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig (Art. 5 KG62). Eine Kartellkommission führt ergänzend zu den zivilrechtlichen Massnahmen Erhebungen über Kartelle und ähnliche Organisatio- 112

---

126 Einen Überblick gibt die Botschaft KG62, 554 f. Ein Beispiel ist die Volksinitiative «gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Macht», welche auf ein grundsätzliches Kartellverbot hinzielte und die am 26. Januar 1958 von Volk und Ständen deutlich verworfen wurde.

127 Einen Überblick gibt der Bericht PBK, 42 ff.

128 Vgl. Bericht PBK, 160 f., 178 ff. Zu den konzeptionellen Grundlagen Botschaft KG62, 560; Botschaft KG85, 1316; dazu RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 268 ff.; SCHLUEP, Entwicklungslinien, 799 ff.; BALDI, Wettbewerb, 50. A.M. offenbar HOMBURGER, Bemerkungen, 124.

129 Vgl. Botschaft KG62, 563 f.

130 Vgl. Bericht VE KG, 19 f.

nen (Art. 18 KG62) sowie – auf Geheiss des EVD – Sonderuntersuchungen über die schädlichen Auswirkungen von Kartellen (Art. 20 KG62) durch.[131]

113 Wie das KG62 unterscheidet auch das Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 einen Teil mit zivilrechtlichen (Art. 6-19 KG85) und einen Teil mit verwaltungsrechtlichen Bestimmungen (Art. 20-41 KG85). Die privatrechtlichen Bestimmungen, insbesondere Art. 8 KG85, vermitteln den durch eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung Betroffenen Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche (*Persönlichkeitsschutz*). Unzulässig ist nach jenem Gesetz eine Wettbewerbsbehinderung, wenn sie Dritte vom Wettbewerb ausschliesst oder in dessen Aufnahme und Ausübung erheblich behindert (Art. 6 KG85) und nicht durch überwiegende schutzwürdige private Interessen gerechtfertigt werden kann oder das Gesamtinteresse verletzt (Art. 7 KG85).

114 Untersuchungen der Kartellkommission (Verwaltungsrechtlicher Teil, *«Schutz» des Wettbewerbs als Institution*) richten sich insbesondere nach Art. 29 ff. KG85. Art. 29 verankert explizit die schon unter dem KG62 angewandte «*Saldomethode*».[132] Danach hat die Kartellkommission bei der Prüfung der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen eines Kartells die nützlichen und schädlichen Auswirkungen gegeneinander abzuwägen (Art. 29 Abs. 2 KG85). Die Auswirkungen sind als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich zu qualifizieren, wenn die schädlichen Auswirkungen die nützlichen überwiegen. Die Schädlichkeit ist aber in jedem Fall gegeben, wenn wirksamer Wettbewerb auf einem Markt verhindert wird, es sei denn, die Prüfung ergäbe, dass die Verhinderung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen des Gesamtinteresses unerlässlich sei (Art. 29 Abs. 3 KG85).[133] Die Zusammenschlusskontrolle sieht den Erlass von *Verhaltensempfeh-*

---

[131] Einen Überblick über die Praxis der Kartellkommission gibt FRÖHLICHER, Kartellkommission, 241 ff.

[132] Die Verwendung der Saldomethode geht auf SIEBER, Wettbewerbspolitik, 25 ff. und Kriterien, 62 ff. zurück. Vgl. dazu SCHLUEP, Entwicklungslinien, 803; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 490; HEER, Begriff, 120 f.

[133] Umstritten ist die Auslegung von Art. 29 Abs. 3: Während SCHÜRMANN und SCHMIDHAUSER davon ausgehen, dass Abs. 3 «bloss» qualifizierte Anforderungen an die Rechtfertigung einer Abrede bei Verhinderung wirksamen Wettbewerbs stelle, ist nach SCHLUEP mit der Formulierung von Abs. 3 die Schädlichkeit einer Abrede bei Verhinderung wirksamen Wettbewerbs in jedem Fall gegeben, es sei denn, das Gesamtinteresse könne eben nur gerade durch diese Verhinderung wirksamen Wettbewerbs verwirklicht werden; vgl. dazu SCHLUEP, Entwicklungslinien, 803 f. und KG + PüG, 687 ff.; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht,

lungen vor, wenn durch einen Zusammenschluss eine den Markt massgeblich beeinflussende Stellung begründet oder verstärkt wird und überdies volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen bestehen (Art. 32 Abs. 1 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 KG85).[134]

b) Konzept des «möglichen Wettbewerbs»

Festzustellen ist, dass der zivilrechtliche Teil des KG62 in seinen wesentlichen Teilen vom KG85 übernommen worden ist. Zudem übernimmt Art. 29 Abs. 2 KG85 konzeptionell die Saldomethode, die von der Kartellkommission schon anfangs der siebziger Jahre in Konkretisierung des konturlosen Art. 20 KG62 angewandt wurde. Dementsprechend sind – vielleicht abgesehen von Art. 29 Abs. 3 KG85 – im Ergebnis *kaum wesentliche Unterschiede zwischen beiden Gesetzen* festzustellen.[135] 115

Nach übereinstimmender Auffassung liegt diesen Gesetzen das von der Preisbildungskommission entwickelte *Konzept des «möglichen Wettbewerbs»* zugrunde.[136] Dieses geht davon aus, «dass die Wettbewerbsbindung und der Einsatz von Marktmacht dem gesamtwirtschaftlichen Interesse dann zuwiderlaufen, wenn durch sie der Wettbewerb nicht nur abgeschwächt, partiell eingeschränkt oder verlagert (...), sondern soweit ausgeschaltet wird, dass er als Marktregulator nicht mehr funktionsfähig ist» (physisches Existenzminimum der Wettbewerbsfreiheit).[137] Als wettbewerbspolitische Zielsetzung lässt sich aus diesem Konzept eine Wettbewerbsordnung ableiten, «welche den freiwilligen und kollektiven Verzicht auf Wettbewerb nicht ausschliesst, jedoch jedermann jederzeit die Möglichkeit offen lässt, Wettbewerb zu treiben.»[138] 116

492 f.; Tragweite, 205 ff. und KG + PüG, 675 ff.; SCHMIDHAUSER, Auslegung, 367 ff.; eine an SCHLUEP angelehnte Variante gibt RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 86 ff.

134 Zum «wettbewerbspolitischen Trauerspiel» der Zusammenschlusskontrolle unter dem KG85 RIEDER, Zusammenschlusskontrolle, 161 ff.; SCHÜRMANN, KG + PüG, 692 ff.; HOMBURGER, Kommentar, 348 ff.; SCHERRER, Fusionskontrolle, 195 ff.

135 Vgl. RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 268 ff.; SCHLUEP, Entwicklungslinien, 802 f.; Botschaft KG85, 1316; Botschaft KG95, 502 f.

136 Vgl. die Hinweise in FN II/128.

137 Bericht PBK, 160.

138 Bericht PBK, 161.

117 Die Gewährung dieses stark am Persönlichkeitsschutz ausgerichteten *Wettbewerbsminimums* macht das Gesetz allerdings *vom Gesamtinteresse abhängig*. Das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung ist unter dem KG62 eine Rechtsposition, die nur vor erheblichen Beschränkungen geschützt ist und deren Einschränkung zudem aus rechtspolitischen, strukturpolitischen, gewerbepolizeilichen, aussenhandels- und konsumentenpolitischen Gründen gerechtfertigt werden kann.[139] Zudem führt die von der Kartellkommission angewandte Saldomethode zu einer Instrumentalisierung der Wettbewerbspolitik für gesundheits-, kultur-, sicherheitspolitische und beliebige andere «übergeordnete» Ziele.[140]

118 Auch unter dem KG85 werden Wettbewerbsbeschränkungen schon zugelassen, wenn sie das Gesamtinteresse nicht verletzen (Art. 7 KG85). Allerdings sieht Art. 29 Abs. 3 KG85 zugunsten des «wirksamen Wettbewerbs» vor, dass die Schädlichkeit bei Verhinderung «wirksamen Wettbewerbs» grundsätzlich immer gegeben ist, wenn die Verhinderung «wirksamen Wettbewerbs» nicht aus überwiegenden Gründen des Gesamtinteresses unerlässlich ist.[141] In der Praxis wird aber das Ziel, dem «wirksamen Wettbewerb» durch diese Änderung ein erhöhtes Gewicht beizumessen, höchstens teilweise erreicht.[142]

3.2.3 Vorentwurf vom 3. September 1993

a) Grundzüge des Vorentwurfs

119 *Kaum wesentliche Änderungen gegenüber dem KG85 erfährt der zivilrechtliche Teil* des Vorentwurfs – dies offenbar in der Einsicht, dass die zivilrechtlichen Bestimmungen schon in den Vorgängererlassen kaum Bedeutung erlangen konnten.[143] So sollen nach Art. 4 Abs. 1 VE KG Vorkehren unzulässig sein, wenn sie Dritte vom Wettbewerb ausschliessen oder in dessen Aufnahme oder Ausübung in erheblicher Weise behindern, es sei denn, die Wettbewerbsbehinderung lasse sich durch

---

139 Vgl. SCHLUEP, Entwicklungslinien, 801; SCHLUEP, KG + PüG, 49 f.

140 Zur weitgehenden Kartellisierung der schweizerischen Wirtschaft OECD, Switzerland 1991/1992, 68 ff.; Vgl. weiter MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 18; HOFFET, Kommentar zu Art. 1 KG, N 37; SCHLUEP, Entwicklungslinien, 801.

141 Zur Auslegung von Art. 29 Abs. 3 vgl. FN II/133.

142 Vgl. HOFFET, Kommentar zu Art. 1 KG, N 40; BALDI, Konzeption, 256 f.; SCHLUEP, Entwicklungslinien, 803; BAUDENBACHER, Qualifikation, 357 ff.; Botschaft KG85, 1316; Botschaft KG95, 504; Bericht VE KG, 4.

143 Vgl. Bericht VE KG, 19 f.

überwiegende schutzwürdige private Interessen rechtfertigen und ihre Auswirkungen verletzen nicht das Gesamtinteresse (Art. 5 VE KG).

Grundlegend neu ist die in Art. 13 Abs. 3 VE KG vorgesehene *Meldepflicht für Preis-, Mengen-, und Gebietsabsprachen*. Die Meldung dieser Absprachen beim Bundesamt für Wettbewerb ist Voraussetzung für deren zivilrechtliche Gültigkeit.[144] 120

Die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen des VE KG tragen schon stark die Züge des geltenden Gesetzes. Nach der Auffassung der Studienkommission soll der bestehende Art. 29 KG85 in eine *gestraffte und systematisch neu überdachte zweistufige Methode* umgeformt werden.[145] Gemäss Art. 20 Abs. 1 VE KG sollen Kartelle und Vertikalabreden[146], die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sich schädlich auswirken, wenn sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz[147] gerechtfertigt sind. Kartelle und Vertikalabreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sollen grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden können (Art. 20 Abs. 3 VE KG). Analog Art. 5 Abs. 3 KG sieht der Vorentwurf Fälle vor, in denen die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet wird (Art. 21 Abs. 1 VE KG). Bestimmungen über missbräuchliche Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen enthält Art. 22 VE KG. Nach diesen Bestimmungen unzulässige Verhaltensweisen sollen nach Art. 23 VE KG vom Wettbewerbsrat ausnahmsweise zugelassen werden können, wenn sie unerlässlich sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. 121

Eine *Genehmigungspflicht sieht der Vorentwurf für Unternehmenszusammenschlüsse vor*, die gewisse Umsatzschwellen (Aufgreifkriterien) erreichen (Art. 39 VE KG). Die Genehmigung soll erteilt werden, wenn der Zusammenschluss weder 122

---

144 Der VE KG00 bzw. E KG01 sieht nun in Art. 49a Abs. 3 lit. a ein Melderecht für diese Absprachen vor; vgl. dazu II/3.2.6; zur Verfassungskonformität dieses Instruments II/5.3.2, b).

145 Vgl. Bericht VE KG, 22.

146 Der Vorentwurf unterschied noch, anders als das geltende Recht (Art. 4 Abs. 1 KG), begrifflich zwischen Kartellen und Vertikalabreden (Art. 3 Abs. 1 und 2 VE KG).

147 Die Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz setzt voraus, dass Kartelle und Vertikalabreden unerlässlich sind, um die Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken, um neue Produkte zu entwickeln oder bestehende Produkte zu verbessern oder um die Verbreitung oder Verwertung technischer Kenntnisse zu fördern und zudem aufgrund der Wettbewerbsverhältnisse Gewähr besteht, dass die Vorteile für die Unternehmen zu einem angemessenen Teil den Verbrauchern weitergegeben werden (Art. 20 Abs. 2 VE KG).

eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb verhindert oder beseitigt werden kann, begründet noch eine solche Stellung verstärkt, oder trotz Begründung oder Verstärkung einer zur Wettbewerbsbeseitigung geeigneten beherrschenden Stellung in einem bestimmten Markt eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in anderen Märkten bewirkt, welche die Nachteile der beherrschenden Stellung in jenem Markt überwiegt (Eingreifkriterien nach Art. 40 Abs. 1 VE KG).

b) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs»

123 Gleichwertig nebeneinander bezeichnet Art. 1 VE KG den «wirksamen Wettbewerb» als Institution und «das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung» als zentrale Schutzziele der Regelung. Schon aus dem systematischen Gewicht der zivilrechtlichen Bestimmungen (im Vergleich zum späteren Entwurf) wird deutlich, dass der Vorentwurf *sowohl dem Individualschutz als auch dem Institutionsschutz Raum geben will*.

124 Dennoch ist klar eine Gewichtsverlagerung zum Kartellverwaltungsrecht hin festzustellen. *Zentraler Massstab für die Beurteilung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens soll der «wirksame Wettbewerb» sein*.[148] Die Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» wird als im Prinzip volkswirtschaftlich und sozial schädlich eingestuft; nur in Ausnahmefällen soll die Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs» aus überwiegenden kultur-, sozial- oder wirtschaftspolitischen Gründen zugelassen werden können.[149]

125 Der «wirksame Wettbewerb» wird dabei nicht als statisches Konzept verstanden, sondern als dynamischer Prozess.[150] Für die Beurteilung des Wettbewerbs steht die Frage im Zentrum, ob die *zentralen Marktfunktionen nicht grundlegend beeinträchtigt* sind. Bezug nimmt der Bericht der Studienkommission explizit auf das «workable competition»-Konzept der «alten» Harvard-Schule, die ihren Konzepten den Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» zugrundelege.[151]

---

148 Vgl. Bericht VE KG, 16.
149 Vgl. Bericht VE KG, 9, 30.
150 Vgl. Bericht VE KG, 8 f.
151 Vgl. Bericht VE KG, 8 f.

3.2.4 Entwurf vom 23. November 1994

a) Grundzüge des Entwurfs

Im Anschluss an das Vernehmlassungsverfahren wird der Vorentwurf der Studienkommission *gründlich überarbeitet*.[152] Das Gesetz wird einer systematischen Neuordnung unterzogen, in deren Zuge die materiellen Bestimmungen vereinheitlicht werden.[153] Auf eine Meldepflicht für vermutungsweise unzulässige Wettbewerbsabreden wird u.a. aus verfassungsrechtlichen Gründen verzichtet.[154] Institutionell wird eine Trennung in dem Sinne vorgenommen, dass wettbewerbliche Gesichtspunkte durch eine Wettbewerbskommission und ausserwettbewerbliche (allgemein wirtschafts- und gesellschaftspolitische) Gesichtspunkte durch den Bundesrat beurteilt werden sollen (Art. 8 und 11 E KG).[155] 126

Im Übrigen entspricht der Entwurf weitgehend dem am 6. Oktober 1995 verabschiedeten Erlass. Für konzeptionelle Ausführungen sei darum auf II/2.2.1 verwiesen. 127

b) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» gemäss der Botschaft des Bundesrates

Ausführlich Stellung zum Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» nimmt die Botschaft des Bundesrates. «Neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse»[156] berücksichtigend soll die Generalklausel «wirksamer Wettbewerb» die Grundlage schaffen für den *Einbezug verschiedener, in Bezug auf den Einzelfall jeweils als geeignet erscheinender wettbewerbstheoretischer Beurteilungsmuster*. Die Bedeutung der Generalklausel lasse sich nur mit Hilfe der Wettbewerbstheorie erschliessen.[157] Klar abgelehnt wird in diesem Zusammenhang die Verpflichtung auf allgemeingül- 128

---

[152] Vgl. Botschaft KG95, 497 f.

[153] So wurde der gegenüber dem KG85 nicht wesentlich geänderte kartellzivilrechtliche Teil (Art. 6-19 KG85; Art. 4-18 VE KG) – wie schon in der Vernehmlassung angeregt – weitgehend aus dem Entwurf gestrichen; vgl. Bericht VE KG, 11; Vernehmlassung KG, 18; Botschaft KG 95, 497.

[154] Vgl. dazu die weiterführenden Hinweise in FN II/144.

[155] Vgl. Botschaft KG95, 498.

[156] Botschaft KG95, 504 ff.

[157] Vgl. Botschaft KG95, 511; vgl. weiter BALDI, Wettbewerb, 59.

tige Rezepte, insbesondere die Verwendung der «workability-Konzepte» der fünfziger Jahre als (ausschliessliches) wettbewerbstheoretisches Leitbild.[158]

129 «Wirksamer Wettbewerb» soll – wohl in Anlehnung an SCHUMPETERS «Prozess der schöpferischen Zerstörung» – die in einem Markt handelnden Unternehmen immer wieder zwingen oder doch anspornen, den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln.[159] Sind diese *zentralen Funktionen auf einem bestimmten Markt nicht gestört, so könne der Wettbewerb als «wirksam» bezeichnet werden*.[160] Nach diesem Wettbewerbsverständnis könne es auch keineswegs Aufgabe der Wettbewerbspolitik sein, alle vermeintlichen «Unvollkommenheiten» von Marktprozessen zu beseitigen.[161]

130 Die bisher verwendeten Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien[162] sollen nach der in der Botschaft vertretenen Auffassung, ohne daraus auf eine bestimmte Wettbewerbssituation schliessen zu müssen, weiterhin Verwendung finden können. Jedoch soll den *Ein- und Austrittsbedingungen eines Marktes* vermehrt Beachtung geschenkt werden.[163]

131 Auch beinhalte das Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» einen weitgehenden *Verzicht auf eine instrumentalistisch ausgerichtete Wettbewerbspolitik*; es konzentriere sich statt dessen auf die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz der Märkte, welche das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung weit besser zu schützen vermögen als eine Wettbewerbspolitik, welche die Handlungen des Einzelnen in den Dienst des Gesamtinteresses stelle.[164]

132 Dem Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» komme schliesslich eine wichtige *Abgrenzungsfunktion* zu, indem er namentlich dazu diene, «harte» und «weiche» Kartelle zu unterscheiden. Eine ähnliche Funktion erfülle der Begriff bei der Kon-

---

158 Vgl. Botschaft KG95, 512.
159 Grundlegend hierzu SCHUMPETER, Kapitalismus, 134 ff., 138.
160 Vgl. Botschaft KG95, 512.
161 Zu diesem sich bereits aus der Systematik ergebenden Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning» vgl. II/2.3.1 und II/11.3.1.
162 Vgl. die beispielhafte Aufzählung solcher Kriterien in Abb. 1, Seite 34.
163 Vgl. Botschaft KG95, 513; zum Konzept der «contestable markets» II/11.2.3, c), N 708 und N 106.
164 Vgl. Botschaft KG95, 513 und die Auslegung des Zweckartikels in II/2.2.1, a).

trolle von Unternehmenszusammenschlüssen, wobei ein Zusammenschluss nach Auffassung des Bundesrates nur bei extrem hoher Konzentration unzulässig sein soll.[165] Keine ausdrückliche Erwähnung finde der Begriff im Bereich unzulässiger Verhalten marktbeherrschender Unternehmen aufgrund der dort auftretenden Beurteilungsschwierigkeiten. Entsprechend solle dort bei der Beurteilung das Recht der betroffenen Dritten auf freie wirtschaftliche Betätigung im Vordergrund stehen, wenngleich erfolgreiche Behinderungspraktiken durchaus geeignet sein sollen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.[166] Diese noch stark am Persönlichkeitsschutz angelehnte Sicht widerspiegelt sich nun auch in der vorgeschlagenen Neuformulierung des Art. 4 Abs. 2 E KG01.[167]

c) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» in den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen

Klar aus den Diskussionen geht die Meinung hervor, dass das Kartellgesetz nur ein Instrument von mehreren zur Herstellung und Wahrung wirksamen Wettbewerbs sein kann. «Wirksamer Wettbewerb» ist somit auch als «*politisches Programm*[168]» zu verstehen, das den Abbau staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen und Liberalisierungsschritte im Bereich der Infrastruktur, der Immobilien oder etwa des Arbeitsmarktes mit einschliessen müsse. Kritisiert wird daher der Vorbehalt staatlicher Marktordnungen, der den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes einschränkt (Art. 3 Abs. 1) und die Kompetenzen der Wettbewerbskommission auf den Erlass von Empfehlungen zurückbindet (Art. 45 KG).[169] 133

Die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Verhaltensweisen erfolgt nach dem Kriterium des «wirksamen Wettbewerbs». Dieses stelle die *Erhaltung der zentralen Marktfunktionen* ins Zentrum. Solange der Markt diese Funktionen in genügendem Masse erfülle, bestehe wirksamer Wettbewerb; hierbei wird in der Kommission auf den systemtheoretischen wettbewerbspolitischen Ansatz (Konzept der Wettbewerbsfreiheit oder Koordinationskonzept), implizit auch auf die Chica- 134

---

165 Vgl. Botschaft KG95, 522, 584, 586.

166 Vgl. Botschaft KG95, 514; zur Abgrenzungsfunktion des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» ausführlich II/2.3.2 und II/9.2 sowie die Hinweise in FN II/106.

167 Vgl. FN II/57.

168 Vgl. auch II/11.3.4.

169 Vgl. Prot. WAK NR vom 9./10.1.1995, 10 ff., 36; Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 5; Prot. WAK StR vom 29./30.6.1995, 17 f.

go Schule und das Koordinationsmängelkonzept[170] verwiesen, die vor allem den Wettbewerbsprozess in den Vordergrund stellen.[171] Wirksamer Wettbewerb setze voraus, dass die Unternehmen einen gewissen Vorsprung im Markt haben können, also ihnen u.U. eine Monopolstellung zukommt, und dass sie diesen Vorsprung auch ausnützen können. Dies sei unter dem Gesichtswinkel des «wirksamen Wettbewerbs» tolerierbar, wenn die Märkte offen sind; dann sei der Wettbewerb, zumindest potentiell, wirksam.[172]

135 Von der Kommission (WAK NR) gestrichen wird der Vorschlag der Verwaltung, dass durch eine Abrede erzielte Effizienzvorteile direkt dem *Verbraucher* zugute kommen sollen. Grund dafür ist die Überlegung, dass der Markt über die Verteilung der Effizienzvorteile entscheiden soll; es sei durchaus möglich, diese in die Ausbildung, Forschung und Entwicklung zu investieren. Solange wirksamer Wettbewerb herrsche, profitieren die Verbraucher letztendlich automatisch von diesen Vorteilen.[173]

136 Kaum diskutiert wird die Frage, unter welchen Umständen ein Unternehmen als marktbeherrschend bezeichnet werden muss. Aus den Beratungen geht hervor, dass ein wesentlicher Einfluss («influence notable») nicht genüge, sondern die Marktmacht so weit gehen müsse, dass beispielsweise die *Preise nach Gutdünken, unabhängig vom Marktgeschehen festgesetzt werden können*.[174]

137 In den Kommissionsberatungen stark betont wird die Zurückhaltung, die dem Entwurf im Bereich der Fusionskontrolle auferlegt wird. Leitmotiv sei die Verhinderung von marktbeherrschenden Positionen, die im schweizerischen Binnenmarkt den Wettbewerb zu beseitigen drohen. Der Entwurf gehe weniger weit als die Fusionskontrolle der EU und der BRD, welche schon im Falle der erheblichen Behinderung des Wettbewerbs eingreifen würden.[175] Unterbunden werden solle demnach nicht das Erreichen einer marktbeherrschenden Stellung, sondern einer «qualifiziert marktbeherrschenden Stellung», die dazu geeignet ist, «wirksamen Wettbe-

---

[170] Dazu ausführlich RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 48 ff., 85 ff., 109 ff.; BARTLING, Leitbilder, 41 ff.; BORCHERT/GROSSEKETTLER, Wettbewerbstheorie, 146 ff., 170 ff.
[171] Vgl. Prot. WAK NR vom 9./10.1.1995, 10 f., 25 f.; Prot. WAK StR vom 29./30.6.1995, 4 f.
[172] Vgl. Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 26.
[173] Vgl. Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 43 ff.
[174] Vgl. Prot. WAK StR vom 31.8.1995, 5 ff.
[175] Vgl. dazu die Ausführungen in II/10.2.1.

werb» zu beseitigen.[176] Des weiteren sollen Eingriffe auf dynamischen, offenen Märkten vermieden werden. *Nur auf geschlossenen Märkten, wo die internationale Konkurrenz nicht präsent sei*, solle die Fusionskontrolle in der Schweiz eine Bedeutung haben. Dies sei insbesondere in Märkten der Fall, die einen Distanzschutz aufgrund hoher Transportkosten aufweisen oder durch staatliche Reglementierungen oder gewachsene Strukturen abgeschottet sind.[177]

138 Kontrovers aufgenommen wird die dem Bundesrat eingeräumte Möglichkeit, ein an sich unzulässiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten ausnahmsweise, aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, zuzulassen. Grund dafür ist einerseits die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs des öffentlichen Interesses, andererseits die Tatsache, dass die öffentlichen Interessen gemäss Entwurf erst am Schluss des gesamten Verfahrens, nach einem Entscheid des Bundesgerichts geltend gemacht werden können (Art. 31 E KG).[178] Aus den Beratungen kann geschlossen werden, dass das öffentliche Interesse im Sinne von Art. 8 und 11 KG umfassend zu verstehen ist, also sozialpolitische Interessen wie die Erhaltung von Arbeitsplätzen z.B. bei Sanierungsfusionen[179]; kulturpolitische Interessen bei Büchern, Film, Kunst; verteilungspolitische Interessen; verteidigungspolitische Interessen; bildungspolitische Interessen; umweltpolitische Interessen[180]; *allgemein gesellschafts- und wirtschaftspolitische Interessen* umfasst. Betont wird aber auch, dass die Anwendung der «Ministererlaubnis» *Ausnahmefällen vorbehalten sein muss*, um einerseits einen allfälligen Strukturwandel nicht dauerhaft zu behindern und andererseits kein Sonderrecht für bestimmte Branchen zu schaffen – dies

---

176 Zur Terminologie II/2.2.1, d), N 84 und II/9.2.7.

177 Vgl. Prot. WAK NR vom 9./10.1.1995, 30; Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 67 ff.; Prot. WAK NR vom 10./11.4.1995, 15; Prot. WAK StR vom 29./30.6.1995, 18, 24; Prot. WAK StR vom 31.8.1995, 15 ff.

178 Allerdings verzichtete die Kommission auf eine Konkretisierung des Begriffs; vgl. Prot. WAK NR vom 10./11.4.1995, 64. Hingegen wurde Art. 31 E KG dahingehend abgeändert, dass der Bundesrat bereits nach einem Entscheid der Wettbewerbskommission angerufen werden kann, ohne das dabei der Rechtsweg an die Rekurskommission dahinfallen würde; vgl. Prot. WAK NR vom 10./11.4.1995, 56 ff.

179 Dazu ausführlich II/11.2.3, g), N 743 im Zusammenhang mit der «failing company defence»-Theorie.

180 Die rationelle Nutzung von Ressourcen als umweltpolitisches Anliegen kann auch schon als Rechtfertigungsgrund in Art. 5 Abs. 2 KG eingebracht werden.

schon aus Gründen der Gleichbehandlung. Im Zentrum des Gesetzes habe die Erhaltung wirksamen Wettbewerbs zu stehen.[181]

139 Angesprochen wird auch das *Problem der internationalen Durchsetzung* des Kartellrechts. Entgegen dem Vorschlag der Verwaltung vertritt die Kommission die Meinung, dass auch Zusammenschlüsse untersucht werden sollen, die zwar Auswirkungen auf den schweizerischen Markt haben (Anwendung des Auswirkungsprinzips), aber aufgrund fehlender Präsenz der beteiligten Unternehmen im schweizerischen Markt nicht unterbunden werden können (Art. 9 Abs. 4 E KG).[182] Die Problematik der internationalen Durchsetzung der Entscheide schweizerischer Wettbewerbsbehörden wird in II/10.3.2 besprochen; es sei auf die Ausführungen dort verwiesen.

d) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» in den Beratungen der Räte

140 Wenig für eine Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» geben die Beratungen der Räte her. Eingehend diskutiert werden die Anträge Früh und Schmid[183], die auch wettbewerbsbeseitigenden Abreden die Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz offen lassen wollen (Beibehaltung des status quo). Auch nehmen die Anträge Loeb und Iten in den Beratungen grossen Raum ein, die den kulturpolitischen Charakter von Büchern und Musiknoten explizit im Kartellgesetz verankern wollen.[184] Betont wird des öfteren die Notwendigkeit, auch staatliche Marktordnungen zu überdenken.

141 Im Folgenden seien Voten zur Konzeption, zu Ausnahmebereichen und zur Fusionskontrolle auszugsweise wiedergegeben. Zur Konzeption:

- «Gleichzeitig ist im Gesetzesentwurf die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs als zentraler Massstab für die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen verankert worden.»[185]

---

[181] Vgl. Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 19, 24 ff.; Prot. WAK NR vom 10./11.4.1995, 63 f.; Prot. WAK StR vom 31.8.1995, 11 ff.

[182] Vgl. Prot. WAK NR vom 9./10.1.1995, 11, 29; Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 88 f.

[183] Amtl. Bull. NR 1995, 1076 (abgelehnt mit 123:50 Stimmen) bzw. Amtl. Bull. StR 1995, 852 (abgelehnt mit 26:7 Stimmen).

[184] Amtl. Bull. NR 1995, 1085 (abgelehnt mit 79:70 Stimmen) bzw. Amtl. Bull. StR 1995, 857 (zurückgezogen). Nun auch in Amtl. Bull. 2002, 1443 (abgelehnt mit 75:50 Stimmen).

[185] Amtl. Bull. NR 1995, 1057 (Votum Ledergeber Elmar, Berichterstatter).

- «Harte Kartelle, die wirksamen Wettbewerb beseitigen, sind grundsätzlich unzulässig. Es sind jedoch Ausnahmen aus gesamtwirtschaftlichen oder politischen Gründen möglich.»[186]
- «Tous les accords qui empêchent ou limitent l'efficacité économique sont illicites, sauf en cas d'intérêts publics prépondérants.»[187]
- «On peut parler d'une manière générale de cartels ‹rigides›, qui sont illicites, et de cartels ‹souples›, qui sont licites.»[188]
- «Aber auch der Einführung einer widerlegbaren Vermutung, dass Wettbewerbsabreden, die den Charakter von harten Kartellen haben, den Wettbewerb beseitigen, stimmen wir zu, wobei hier de facto – das müssen wir schon sehen – ein Kartellverbot eingeführt wird. (...) Allerdings dürfte sich die Definition des wirksamen Wettbewerbs in der Praxis nicht als ganz unproblematisch erweisen. Selbst die ökonomische Theorie ist in dieser Frage noch unsicher.[189]
- «Wir haben Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb nicht erheblich beeinträchtigen. Sie sind überhaupt zulässig. Dann haben wir die Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und die immer noch zulässig sind, wenn sie sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Und schliesslich gibt es Wettbewerbsabreden, die zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs führen und deshalb unzulässig sind.»[190]

Zur Zulassung einer an sich unzulässigen Wettbewerbsabrede aus überwiegenden öffentlichen Interessen: 142

- «(...) Ökodumping und das Sozialdumping muss man im übergeordneten Interesse verbieten können. (...) Wir meinen auch, dass eine Preisbindung im Büchermarkt weiterhin im öffentlichen Interesse liegt.»[191]
- «Ich würde zugestehen, dass folgende Punkte – das ist keine abschliessende Enumeration – sicher im überwiegenden öffentlichen Interesse sind: 1. Die Ressourcenschonung. Der Markt allein bewerkstelligt das nicht. Hier kann man mögliche Absprachen im öffentlichen Interesse rechtfertigen. 2. Bildung und Ausbildung. 3. Die Kulturmärkte, speziell der Büchermarkt.»[192]
- «Ich bitte Sie, der Wettbewerbsbehörde die Ausnahmekompetenz im Bereiche Bücher und Musiknoten explizit zu erteilen.»[193]

---

186 Amtl. Bull. NR 1995, 1057 (Votum Ledergeber Elmar, Berichterstatter).
187 Amtl. Bull. NR 1995, 1058 (Votum Couchepin Pascale, Berichterstatter).
188 Amtl. Bull. NR 1995, 1058 (Votum Couchepin Pascale, Berichterstatter).
189 Amtl. Bull. NR 1995, 1060 (Votum Fischer-Sursee Theo).
190 Amtl. Bull. StR 1995, 854 (Votum Jagmetti Ricardo).
191 Amtl. Bull. NR 1995, 1059 (Votum Strahm Rudolf).
192 Amtl. Bull. NR 1995, 1082 (Votum Strahm Rudolf).
193 Amtl. Bull. NR 1995, 1087 (Votum Loeb François).

- «Sie können über Kartelle keine Kulturpolitik machen. Sie können über Kartelle keine Umweltpolitik machen. Alle diese Vermischungen von Politik und ökonomischen Überlegungen haben zum Verhängnis geführt.»[194]
- «Der Büchermarkt ist ein besonderer Markt, da geht es auch um kultur- und bildungspolitische Anliegen, und diese müssen entsprechend berücksichtigt werden.»[195]
- «Sie könnten bei Ihrer Rede, Herr Loeb – ich habe es kontrolliert –, einfach immer statt Buch ein anderes Gut und statt Buchhändler einen anderen Händler nennen. Dann stimmt alles. Auch die anderen Kartelle lassen sich mit dem genau gleichen Grund begründen. Jetzt sind wir auf dieser Linie, jetzt bin ich für Konsequenz. Dann soll für alle das gleiche gelten.»[196]
- «Es kann offensichtlich eine kulturelle Aufgabe sein, das Bücherwesen und die Musik entsprechend zu verbreiten und die Möglichkeit dazu zu erleichtern.»[197]
- «Je prend deux exemples, Monsieur Weder. J'imagine que des ententes en matière d'édition et de littérature, pour des régions minoritaires de notre pays, par exemple, ne soient économiquement possibles que par des ententes qui, au sens de l'économie stricte, devraient normalement tomber, mais qui, en tombant, rendraient alors toute l'édition et toute la distribution totalement impossibles dans cette région-là.
  (...) il se peut que la suppression d'une entente pour des raisons économiques doive signifier la suppression de beaucoup d'emplois dans une région et dans des délais extrêmement brusques. Là, l'argument social pourrait inciter à vouloir préserver au moins un décalage dans le temps, au moins une mesure qui permettrait de surseoir à l'application de la décision économique.»[198]
- «Dieses Vorgehen [Zulassung von harten Kartellen] soll aber die absolute Ausnahme bleiben und nur bei überwiegenden öffentlichen Interessen zur Anwendung kommen.»[199]
- «Das Buch ist keine gewöhnliche Handelsware, die rein wirtschaftlichen Gütern gleichzusetzen ist. Bücher und Musiknoten sollten im Gesetz ausdrücklich Erwähnung finden.»[200]
- Par exemple, la diversité de l'offre – que vous prenez à témoin – ou un intérêt culturel peuvent être pris en compte au deuxième étage par le Conseil fédéral.»[201]

---

194 Amtl. Bull. NR 1995, 1088 (Votum Jäger Franz).
195 Amtl. Bull. NR 1995, 1088 (Votum Vollmer Peter).
196 Amtl. Bull. NR 1995, 1089 (Votum Blocher Christoph).
197 Amtl. Bull. NR 1995, 1089 (Votum Fischer-Sursee Theo).
198 Amtl. Bull. NR 1995, 1093 (Votum Delamuraz Jean-Pascal, Bundesrat).
199 Amtl. Bull. StR 1995, 845 (Votum Simmen Rosmarie, Berichterstatterin).
200 Amtl. Bull. StR 1995, 857 (Votum Iten Andreas).

Während die Notwendigkeit einer Fusionskontrolle im Ständerat nicht bestritten wird, unterliegt ein diesbezüglicher Streichungsantrag im Nationalrat (Jäger, Blocher, Couchepin, Mauch R., Nebiker, Stucky, Wyss W.) nur mit 61:90 Stimmen: 143

- Die CVP-Fraktion stimmt der Fusionskontrolle dennoch zu, jedoch in der bestimmten Erwartung, dass diese Eingreifmöglichkeit sehr zurückhaltend gehandhabt wird und nur bei einer klar erkennbaren Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zum Tragen kommt»[202]
- «Nun war das [die Fusionskontrolle] sicher bis vor einigen Jahren richtig, als die Märkte noch mehr oder weniger geschlossen waren, indem damals noch protektionistische Schutzwälle den Marktzutritt zum Beispiel aus dem Ausland verhindern konnten. Mittlerweile haben sich die Grenzen weitgehend geöffnet, und sie werden sich weiter öffnen. (...) Wir haben die Gefahr heute im Prinzip nicht mehr, dass eine Fusion zu einer Marktdominanz führt, die missbraucht werden soll.»[203]
- «Ensuite, la Commission de la concurrence, telle que nous la concevons à la Suisse, ne pourra intervenir qu'en présence d'un danger de suppression de la concurrence efficace. Allez voir dans l'Union européenne, allez voir dans le droit allemand, vous constaterez que l'intervention a lieu plus tôt, c'est-à-dire dès qu'il y a entrave à la concurrence dans la définition Suisse de la nouvelle loi. (...) Enfin, il faut bien le dire, la situation internationale, avec l'ouverture des marchés, fait qu'on devra toujours prendre note, dans l'autorité de concurrence Suisse, du caractère ouvert ou fermé de tel ou tel marché en Suisse. Il est clair que l'intervention de la Commission de la concurrence aura à se tenir essentiellement dans les secteurs de notre économie qui sont des secteurs fermés. Les autres, qui sont soumis à la concurrence internationale, par définition, sont plus ouverts et plus mobiles.»[204]
- «Nun sind Fusionen etwas absolut Normales und Notwendiges im Wirtschaftsleben und sollen dort, wo sie sinnvoll sind, auch nicht behindert werden.»[205]

Aus den Voten lassen sich kaum Schlüsse auf eine nähere Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» ziehen; er wird – unter Zuhilfenahme jeweils geeigneter Konzepte der Wettbewerbstheorie – durch *die Praxis zu konkretisieren sein*. Anzumerken ist, dass die Räte und der Bundesrat die Vermutungstatbestände 144

201 Amtl. Bull. StR 1995, 858 (Votum Delamuraz Jean-Pascal, Bundesrat).
202 Amtl. Bull. NR 1995, 1060 (Votum Fischer-Sursee Theo).
203 Amtl. Bull. NR 1995, 1095 f. (Votum Jäger Franz).
204 Amtl. Bull. NR 1995, 1101 (Votum Couchepin Pascale, Berichterstatter).
205 Amtl. Bull. StR 1995, 845 (Votum Simmen Rosmarie, Berichterstatterin).

von Art. 5 Abs. 3 KG als *faktisches (selektives) Kartellverbot* ansehen, was durchaus auf hohe Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung schliessen lässt.[206]

145 Kaum Konkretisierung erfahren hat der *Begriff des überwiegenden öffentlichen Interesses*. Genannt wurden umwelt-, kultur-, bildungs- und allgemein wirtschaftspolitische Anliegen, welche ebenso wie der Begriff des öffentlichen Interesses kaum eingrenzbar sind. Konkret kann selbst im Falle der intensiv diskutierten Bücher- und Musiknoten keine klare Aussage über eine allfällige Zulässigkeit gemacht werden, da die Voten stark divergieren.[207]

146 Bestätigt wird die Auffassung des Bundesrates, dass Unternehmenszusammenschlüsse nur in krassen Fällen, *im Falle extrem hoher Konzentration* auf geschlossenen Märkten untersagt werden sollen.

3.2.5 Referendumsvorlage vom 6. Oktober 1995

a) Grundzüge der Vorlage

147 Die Referendumsvorlage *entspricht weitgehend dem Entwurf des Bundesrates*; für konzeptionelle Ausführungen sei auf II/2.2.1 verwiesen. Im Laufe der Beratungen gestrichen wurde insbesondere die Notwendigkeit einer angemessenen Beteiligung der Verbraucher zur Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 2 lit. b E KG) und der vorgesehene Wegfall der Prüfung eines Unternehmenszusammenschlusses, wenn sämtliche beteiligten Unternehmen ihren Sitz im Ausland haben (Art. 9 Abs. 4 E KG).[208] Die Genehmigungspflicht für Unternehmenszusammenschlüsse wurde in eine Meldepflicht umgewandelt (Art. 9 E KG).

b) Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» in der öffentlichen Diskussion

148 Begrüsst wird in der Öffentlichkeit insbesondere die «konsequente Ausrichtung auf die Erhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs» und die damit einhergehende «Beschränkung der Rechtfertigungsmöglichkeiten» von Wettbewerbsabreden.[209] Ebenso finden die griffigeren Bestimmungen gegen missbräuchliche Verhaltens-

---

206 Vgl. die Ausführungen des Bundesrates in II/3.2.1, N 110.
207 Zu Musiknoten und Büchern vgl. die in II/9.2.3, a) bzw. e) besprochene Praxis.
208 Dazu die Bemerkungen bei II/10.3.2.
209 STOFFEL, Neuorientierung, 23.

weisen marktbeherrschender Unternehmen guten Anklang.[210] Gespalten ist die Reaktion bzgl. der Fusionskontrolle, werden doch einerseits die hier geübte Zurückhaltung[211], andererseits die Existenz einer Fusionskontrolle überhaupt beklagt[212]. Insgesamt tragen die in der Öffentlichkeit geübten Reaktionen kaum etwas zur Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» bei, doch wird vom Kartellgesetz klar eine Stärkung der marktwirtschaftlichen Strukturen erwartet.[213]

3.2.6 Exkurs: Entwurf zur Änderung des KG vom 7. November 2001

Mit dem Revisionsentwurf vom 7. November 2001 hat der Bundesrat eine Vorlage zur *Änderung des Kartellgesetzes* eingeleitet. Diese wurde mittels einer Zusatzbotschaft vom 14. Juni 2002 noch betreffend Untersuchungsbefugnisse der Europäischen Kommission ergänzt. In der Herbstsession 2002 wurde die Revision vom Nationalrat als Erstrat mit wenigen Modifikationen verabschiedet. Anfang dieses Jahres konnte sich nun die WAK StR mit der Änderungsvorlage befassen, die nun in der Frühjahrssession vom Ständerat behandelt und (vom Nationalrat abweichend) verabschiedet wurde. 149

Kernpunkt der Revision ist die *Einführung «direkter», unmittelbar bei Feststellung eines Verstosses verhängbarer Sanktionen* bei besonders schädlichen kartellrechtlichen Verhaltensweisen. Des weiteren soll der Zweckartikel ergänzt (NR/StR), der Geltungsbereich betreffend öffentliche Unternehmen ohne Rechtspersönlichkeit erweitert (StR), der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens konkretisiert (NR/StR), die tieferen Schwellenwerte für die Meldung von Zusammenschlüssen von Medienunternehmen gestrichen und die Berechnung der Schwellenwerte für Finanzinstitute angepasst werden (NR/StR).[214] Im Folgenden wird kurz auf den Kernpunkt der Revision eingegangen.[215] 150

---

210 OECD, Switzerland 1996, 81.
211 OECD, Switzerland 1997, 68; STOFFEL, Neuorientierung, 23.
212 SOMMER, Hürden, 22; NZZ Nr. 144 vom 24.6.1995, 21.
213 OECD, Switzerland 1997, 68; NZZ Nr. 144 vom 24.6.1995, 21. Zu den Reaktionen in der Presse auch die Hinweise bei MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 15, FN 9. Weiter JAEGER, Fundierung, 441 ff.
214 Dazu die Ausführungen im systematischen Teil II/2.2.1.
215 Dazu ausführlich auch HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 675 ff.; VON BÜREN, Kartellrecht, 163 ff. und Botschaft KG01, 1 ff.

a) Grundzüge der geplanten Änderung

151 Im Rahmen der Änderung steht Art. 49a E KG01 im Zentrum, der in seinem Absatz 1 eine *Sanktionenregelung*, in Absatz 2 eine *Bonusregelung für kooperationswillige Unternehmen* und in Absatz 3 ein *Melderecht für Wettbewerbsbeschränkungen* vorsieht:

> **Art. 49***a* Sanktion bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen
>
> [1] Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absatz 3 [NR/StR: und 4] beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.
>
> [2] Wenn das Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann ganz oder teilweise auf eine Belastung verzichtet werden.
>
> [3] Die Belastung entfällt, wenn:
>
> a. das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung meldet, bevor diese Wirkung entfaltet [StR: ...entfaltet. Wird dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach den Artikeln 26 ff. mitgeteilt und hält es danach an der Wettbewerbsbeschränkung fest, entfällt die Belastung nicht];
> b. die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist;
> c. der Bundesrat eine Wettbewerbsbeschränkung nach Artikel 8 zugelassen hat.

152 Die geltende Sanktionenordnung (Art. 50-57 KG) vermag in der heutigen Form kaum die Ziele des Kartellgesetzes zu fördern und regt im Gegenteil eher zur Bildung von Kartellen an.[216] Dass erst der «Wiederholungstäter» Bussen zu gewärtigen hat, steht im Widerspruch zu zahlreichen europäischen Wettbewerbsgesetzen, zum europäischen Recht und internationalen Entwicklungen.[217] Der nun in Anlehnung an Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 weit gesteckte Sanktionsrahmen wird die Präventivwirkung des Kartellgesetzes wesentlich erhöhen, wird der Nutzen, den ein Unternehmen aus einer Wettbewerbsbeschränkung ziehen kann, durch Verhängung einer Sanktion doch kleiner, u.U. negativ (Kartellrente minus Sanktion). Flankierend werden durch die Einführung einer Kronzeugen- oder Bonusregelung beste-

[216] Zu den Schwächen des geltenden Sanktionensystems II/5.3.2, c).
[217] Vgl. Botschaft KG01, 5 ff. und 31 und II/6.2.3, a), N 270.

hende Wettbewerbsabreden durch die Möglichkeit eines straffreien oder strafreduzierten Ausstiegs eines Kartellmitglieds destabilisiert. Aufgrund internationaler Erfahrungen ist hier ein «clear deal» wichtig: vage, allgemein gehaltene Angebote zur Strafmilderung bieten oft keinen genügenden Anreiz zum Ausstieg aus einem Kartell. Erst das Wissen, dass das erste anzeigende Unternehmen klar am Besten gestellt ist, machen einen Ausstieg erwägenswert.[218] In diesem Sinne scheint es fragwürdig, eine Strafbefreiung stark von Umständen des Einzelfalls abhängig machen zu wollen.[219] Weitere Änderungen, wie die Präzisierung der Untersuchungsmassnahmen (Art. 42 E KG01), die der Wettbewerbskommission zur Verfügung stehen, runden die Revision ab. Durch Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung, bevor diese Wirkung entfaltet (oder gemäss Übergangsbestimmung bis sechs Monate [BR] bzw. ein Jahr [NR/StR] nach Inkrafttreten der neuen Regelung) können Unternehmen der Belastung mit einer Sanktion entgehen.[220] Der Vorschlag einer Kommissionsminderheit [NR] zur Einführung auch von Strafsanktionen wurde abgelehnt.

153 In Art. 3 Abs. 2 E KG01 (NR/StR) wurde vom Nationalrat die in Kodak statuierte Rechtsprechung verankert (BGE 126 III 129), wonach *Einfuhrbeschränkungen gestützt auf die Rechte des geistigen Eigentums* der Beurteilung nach dem Kartellgesetz unterliegen.[221]

154 Gemäss Art. 4 Abs. 2 E KG01 (NR/StR) gelten als *marktbeherrschende Unternehmen* «einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten,

---

218 Vgl. die Mitteilung der Europäischen Kommission über die Nichtfestsetzung oder die niedrigere Festsetzung von Geldbussen in Kartellsachen, in: AblEG 1996 C207/04, welche nun durch die Mitteilung in AblEG 2002 C45/3–5 ersetzt wurde: Nur das erste Unternehmen, das Beweismittel für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlegt, kann mit einem vollständigen Erlass der Geldbusse rechnen (Ziff. 8 ff.). Weiter die Bekanntmachung Nr. 68/2000 über Richtlinien des Bundeskartellamtes für die Festsetzung von Geldbussen (Bonusregelung); Leitlinien der Antitrust Division des US Department of Justice zur Corporate Leniency Policy (10.8.1993) und Individual Leniency Policy (10.8.1994); sowie OECD, Leniency Programmes, 2 ff. m.w.H.

219 So aber Botschaft KG01, 19.

220 Zur problematischen Meldung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vgl. HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 678 f. und hinten II/5.3.2, c), N 246. Die Botschaft äussert sich zur Praktikabilität dieser Regelung leider nicht; vgl. Botschaft KG01, 21.

221 Vgl. Amtl. Bull. NR 2002, 1430.

namentlich wenn andere Unternehmen von ihnen als Anbieter und Nachfrager in besonderem Masse abhängig sind.» Dadurch solle klargestellt werden, dass bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen sei, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen seien. Marktbeherrschung könne insbesondere auch bei einem Unternehmen vorliegen, das im Verhältnis zu Mitbewerbern über eine überragende Marktstellung verfüge, oder bei einem Unternehmen, von welchen andere Unternehmen als Nachfrager oder Anbieter abhängig sind.[222] Diese überwunden geglaubte individualrechtliche Ausrichtung des Kartellgesetzes kann insbesondere zur Zementierung von Marktstrukturen und so zu Marktineffizienzen führen.[223]

155 Betreffend Wettbewerbsabreden hat der Nationalrat in Art. 5 Abs. 4 E KG01 (NR) die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ergänzt. Zukünftig soll diese «auch für Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen sowie für Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten und Geschäftspartnern» gelten. Gemäss Antrag Triponez «[v]orbehalten bleiben exklusive und selektive Vertriebssysteme, sofern sie keine Marktabschottung bewirken.» Der etwas unglücklich formulierte Absatz[224] wurde inzwischen vom Ständerat umformuliert: «Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- und Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden». Er soll insbesondere Wettbewerbsabreden bekämpfen, die den schweizerischen Markt von internationalen, wettbewerblichen Märkten abschotten und so zu einem überhöhten Preisniveau führen. Allein die Vermutung konnte im Bereich der harten Kartelle aber keine durchschlagende Wirkung entfalten, doch dürfte auch hier die Sanktionsdrohung aufgrund ihrer Präventivwirkung tendentiell zu einer Stärkung des Wettbewerbs führen.

---

222 Vgl. Botschaft KG01, 25.

223 Vgl. die Ausführungen in II/11.2.3, f), N 735.

224 Gemäss einer Aussage von Patrik Ducrey, stellvertretender Direktor des Sekretariates der Wettbewerbskommission, anlässlich der ZAV-Veranstaltung vom 04.12.2002 (Fachgruppe Wettbewerbsrecht) wird der Ständerat wohl Präzisierungen anbringen müssen.

b) Konzeptionelle Auswirkungen

Die Einführung direkter Sanktionen bringt zunächst keine Änderung der auf den Schutz von Marktprozessen ausgerichteten wettbewerbspolitischen Zielvorgaben mit sich; die Gesetzesänderung betrifft denn auch nicht das materielle Recht, sondern das Verfahrensrecht.[225] So geht denn auch der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit der Revision ins Leere (II/5.3.2, c)).[226] Mittelbar dürfte durch die präventive Wirkung direkter Sanktionen auch dem Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» besser zum Durchbruch verholfen werden; die Botschaft spricht hier von einer Annäherung der schweizerischen Wettbewerbsgesetzgebung an das «Schutzniveau» der Europäischen Union.[227] 156

3.3 Thesenbildung

Die Ergebnisse der historischen Analyse decken sich weitgehend mit denjenigen der grammatischen und systematischen Auslegung. Die Materialien verdeutlichen den Wechsel des wettbewerbspolitischen Konzepts und die Offenheit des Gesetzes für wettbewerbstheoretische Erkenntnisse. Der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» wird durch die Materialien nur beschränkt konkretisiert. 157

3.3.1 Abschied vom Konzept des «möglichen Wettbewerbs»

Die offensichtlichen konzeptionellen Unterschiede der Gesetze von 1962 und 1985 einerseits und des Gesetzes von 1995 andererseits legen nahe, sich zukünftig der Anwendung des Konzepts des «möglichen Wettbewerbs» in der von den Gesetzen verwendeten Fassung zu enthalten.[228] Augenfällig erscheint insbesondere, dass durch das KG95 der Wettbewerb als Institution geschützt wird (*Funktionsschutz*), die Vorgängergesetze jedoch dem Persönlichkeitsschutz grosses Gewicht verleihen.[229] Zudem ist die Wettbewerbskommission nicht mehr wie die alte Kartellkommission befugt, bei der Beurteilung wettbewerbsschädlichen Verhaltens eine 158

---

225 Vgl. Botschaft KG01, 31; HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 681.

226 Vgl. auch HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 675 ff.; RHINOW/GUROVITS, Gutachten, 43.

227 Vgl. Botschaft KG01, 31. Zum unterschiedlichen Schutzniveau II/10.3.1, b).

228 Zu den Konzepten vgl. II/3.2.2 und II/2.2.1.

229 Anders tendentiell die jüngst durch HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 344 geäusserte Ansicht; vgl. dazu auch die Kritik in N 212.

gesamtgesellschaftliche Saldierung schädlicher und nützlicher Aspekte vorzunehmen. Der materielle Einbezug anderer Interessen als derjenigen des Wettbewerbs obliegt dem Bundesrat (Art. 8 KG).

159 Besonders problematisch erscheint in diesem Zusammenhang der *verschiedentliche Verweis der Botschaft auf die Praxis zum KG85*, welche z.B. für Belange der Marktabgrenzung oder der Erheblichkeit einer Abrede herangezogen werden soll.[230] Da das KG95 auf die Beeinträchtigung des Wettbewerbs an sich abstellt (Art. 4 KG) und nicht mehr darauf, ob Dritte vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Aufnahme oder Ausübung erheblich behindert werden (Art. 4 KG62, Art. 6 KG85), befriedigt der Verweis auf die alte Praxis nicht mehr.[231] So wird denn auch in der Lehre mehrheitlich die Festlegung von quantitativen und/oder qualitativen Kriterien zur Feststellung der Erheblichkeit gefordert (Vgl. nun Ziff. 3 und 4 Bek. Vertikalabreden, welche qualitativ bzw. quantitativ erhebliche Abreden nennt).[232] Mit MEIER-SCHATZ muss man sich schliesslich auch im Bereich der Marktabgrenzung fragen, ob sich die gewandelte Wettbewerbskonzeption des KG95 – schon angesichts der stark gewachsenen Bedeutung der internationalen Märkte – nicht schon hier niederschlagen müsste.[233]

160 In diesem Lichte erscheint auch die *Praxis des Bundesgerichts zum Begriff der Wettbewerbsabrede fragwürdig*. Der Begriff sei im Hinblick auf Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV einschränkend auszulegen. Dieser trage dem Bundesgesetzgeber auf, Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen zu erlassen. Damit würde der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes abgesteckt: Wettbewerbsbeschränkungen anderen Ursprungs würden nicht erfasst. Die Begriffe «Kartell» und «ähnliche Organisationen» seien allerdings darauf angelegt, möglichst alle wettbewerbsbeschränkenden Gebilde einzufangen. Sie seien weit zu verstehen: Es würden unabhängig

---

230 Botschaft KG95, 554.

231 Dagegen greift die Wettbewerbskommission zur Feststellung der Erheblichkeit auf die alte, von der individualrechtlichen Perspektive geprägte Praxis zurück; vgl. z.B. RPW 1997, 452 ff., 457 «Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs».

232 MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 817; ZÄCH, Kartellrecht, 157; BAUDENBACHER, Revision, 1373; BORER, Kommentar, 170 ff.; mit der alten Praxis begnügen kann sich HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 64. Zu den Erheblichkeitskriterien der EU vgl. II/10.2.1; für die diesbezügliche Praxis II/9.2.1.

233 Vgl. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, 22.

von der rechtlichen oder wirtschaftlichen Organisationsform alle Absprachen oder auch nur übereinstimmenden Verhaltensweisen mit potentieller oder tatsächlicher Marktmacht darunter fallen. Voraussetzung sei jedoch stets, dass von einer «Organisation» gesprochen werden könne, die von ihrer Wirkungsmöglichkeit und -weise her als Kartell oder als einem Kartell ähnlich erscheinen würde.[234] Das an das Kartellgesetz von 1985 angelehnte Urteil wurde zu Recht kritisiert. Das im neuen Kartellgesetz funktional geprägte Verständnis der Wettbewerbsbeschränkung würde den altrechtlichen Kartellbegriff grundsätzlich verdrängen. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liege nicht nur dann vor, wenn eine einen bestimmten Organisationsgrad überschreitende interessenvergemeinschaftende Struktur gegeben sei. So seien auch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen auf austauschvertraglicher Basis (in casu ein Konkurrenzverbot) im Rahmen der materiellrechtlichen Bestimmungen zu würdigen; ihnen sei nicht schon im Rahmen des Anwendungsbereichs Rechnung zu tragen.[235]

3.3.2 Offenheit für neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse und Ablehnung eines allgemeingültigen Wettbewerbskonzepts

Die Materialien bestätigen das Ergebnis der grammatischen Analyse, insofern sie 161
eine Anlehnung an ein ausschliessliches wettbewerbstheoretisches Leitbild klar ablehnen. Nach einhelliger Auffassung schafft die Generalklausel «wirksamer Wettbewerb» die *Grundlage für den Einbezug verschiedenster, im Einzelfall jeweils als geeignet erscheinender wettbewerbstheoretischer Beurteilungsmuster*.[236] Dabei werden die bei Anwendung der Vorgängererlasse früher verwendeten Struktur- und Verhaltenskriterien («workability-Konzept») nicht überflüssig, doch gewinnen andere (neuere) Konzepte und Modelle stark an Bedeutung, namentlich das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, der «contestable markets», der «mobility barriers», der Chicago Schule, des Transaktionskostenansatzes und das Koordinati-

[234] Vgl. BGE 124 III 495 ff., 498 f. «Engra T».

[235] So LEUPOLD, Konkurrenzverbote, 150 ff.; vgl. weiter HOFFET, Wettbewerbsabreden, 346 f.; ZÄCH, Einzelfragen, 1 ff.; ETTER, Konkurrenzverbote, 485 f.

[236] Vgl. MEIER-SCHATZ. Kartellgesetz, 16; BALDI, Wettbewerb, 57 ff.; HOFFET, Kommentar zu Art. 1 KG, N 44 f. Zur Anwendung wettbewerbstheoretischer Beurteilungsmuster II/11.3.1, N 757.

onsmängelkonzept.[237] Freilich geht der Gesetzgeber aber nicht von einer absoluten Bindung des Rechtsanwenders an wettbewerbstheoretische Erkenntnisse aus.[238]

3.3.3 Beschränkte Konkretisierung des Begriffs «wirksamen Wettbewerbs»

162 Klar aus den Materialien geht der Wille des Gesetzgebers hervor, dass harte Kartelle nach Art. 5 Abs. 3 KG grundsätzlich unzulässig («*faktisches Kartellverbot*»), weiche Kartelle (*Vertikalabsprachen* und gewisse, «unschädliche» Horizontalabreden) *grundsätzlich zulässig* sein sollen; dies spricht dafür, hohe Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 zu legen. Hohe Anforderungen legt der Gesetzgeber auch an die Untersagung von Unternehmenszusammenschlüssen; nur im Falle extrem hoher Konzentration auf abgeschotteten Inlandmärkten soll das Instrument der Fusionskontrolle greifen. Bestätigt wird damit auch der Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning»[239] und die grössere Bedeutung, die offenen Märkten zukünftig bei der Beurteilung wettbewerbsschädlichen Verhaltens zukommen soll[240]. Ebenso bekräftigt der Gesetzgeber den Willen zum Schutz des Wettbewerbs als Institution und den damit einhergehenden Verzicht auf eine instrumental ausgerichtete Wettbewerbspolitik.[241]

3.3.4 Konkretisierung der Rechtfertigungsgründe

163 Zu den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 8 und 11 KG lassen sich aus den Materialien folgende Aussagen gewinnen:

a) Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz

164 Insgesamt wenig Konkretisierung durch die Materialien erfährt Art. 5 Abs. 2 KG. Von der Kommission (WAK NR) wird allerdings die Rechtfertigung einer Wettbewerbsabrede durch rationelleren Gebrauch öffentlicher Güter und die angemessene Beteiligung der Verbraucher gestrichen.

---

237 Vgl. die weiterführenden Hinweise in FN II/23.
238 Vgl. ausführlich N 649.
239 Vgl. II/2.3.1 und II/11.3.1.
240 Vgl. II/2.3.3, N 105 f. und II/11.2.3, c), N 708.
241 Vgl. auch die Auslegung von Art. 1 KG in II/2.2.1, a).

Geblieben ist das *Kriterium der rationellen Nutzung von Ressourcen*. Dieser Rechtfertigungsgrund ermögliche es der Wettbewerbskommission, unter der Voraussetzung der Effizienzförderung allgemeine öffentliche Anliegen wie Umweltschutz, rationelle Nutzung von Energie und Ausbildung im Sinne einer Selbstregulierung der Unternehmen auf Basis der Kooperation in ihre Prüfung miteinzubeziehen[242]; Kriterien, die an sich der Beurteilung durch den Bundesrat vorbehalten sind. Der Stellenwert dieses Rechtfertigungsgrundes ist kontrovers. Während ein Teil der Lehre in der Berücksichtigung der rationellen Ressourcennutzung im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG «einen Bruch mit dem Konzept einer rein wettbewerblich orientierten Prüfung» sieht[243], wird die rationelle Nutzung von Ressourcen andererseits auch als wichtiger Wettbewerbsparameter bezeichnet. Da Umweltkosten zunehmend den Verursachern überlastet würden, sei klar, dass umweltverträgliche Produktion wirtschaftlich effizient sei.[244] Unbestritten ergeben sich mit dem Kriterium der rationellen Nutzung von Ressourcen Überschneidungen mit dem öffentlichen Interesse nach Art. 8 KG. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die Berücksichtigung der rationellen Ressourcennutzung im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG nur erfolgen, wenn diese gleichzeitig zu Effizienzsteigerungen wirtschaftlicher Art führt. *Eine Wettbewerbsabrede kann in diesem Sinne also gerechtfertigt werden, wenn sie notwendigerweise zur Verbesserung der Ressourcennutzung im Sinne der wirtschaftlichen Effizienz führt*[245]; die Abrede trägt dann mittelbar auch zur Verwirklichung öffentlicher, d.h. z.B. umweltpolitischer Interessen bei.[246] Führt die Abrede nicht zu wirtschaftlichen Effizienzsteigerungen in diesem Sinn, so kann sie nur durch den Bundesrat zugelassen werden. Eine solche Betrachtungsweise drängt sich insbesondere dann auf, wenn der Begriff der Ressource – wie dies in den Beratungen der Kommissionen geäussert wurde – weit verstanden wird und auch Aspekte wie Ausbildung, etc. mitumfasst. In diesem Falle würde die Berücksichtigung der rationellen Ressourcennutzung schon bei Art. 5 KG zu einer Aushöhlung der bundesrätlichen Kompetenz nach Art. 8 KG

165

---

242 Vgl. Botschaft KG95, 559.

243 MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, 27. Gl.M. HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 104; BORNER/BRUNETTI/WEDER, Analyse, 87 f.

244 Vgl. ZÄCH, Kartellrecht, 166 f.

245 So in RPW 1999, 373 ff. «SWICO Recycling II».

246 Diese Auffassung kann insbesondere auf die Materialien («... unter der erwähnten Voraussetzung der Effizienzförderung allgemeine Anliegen zu verwirklichen ...»; vgl. Botschaft KG95, 559) und die Teleologie von Art. 5 KG gestützt werden (vgl. II/4.2.3).

führen.[247] So sind insbesondere die bei ZÄCH genannten Beispiele[248] für eine potentielle Freistellung unter diesem Aspekt zu hinterfragen, ermöglichen diese wohl eine schonendere, kaum aber eine rationellere Ressourcennutzung im Sinne wirtschaftlicher Effizienz.[249]

166 Verzichtet hat der Gesetzgeber auf das Kriterium der *angemessenen Beteiligung der Verbraucher*. Die Kommission (WAK NR) vertritt mehrheitlich die Auffassung, der Markt solle über die Weitergabe von Effizienzvorteilen an die Verbraucher entscheiden; bei Vorhandensein wirksamen Wettbewerbs kämen Effizienzvorteile schliesslich immer dem Verbraucher zugute.[250] Das Kriterium wird daher von der Wettbewerbskommission nicht explizit in die Prüfung miteinbezogen werden müssen, kann aber als Indiz für das Vorhandensein wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 5 Abs. 2 lit. b gewürdigt werden.[251]

b) Rechtfertigung aus überwiegenden öffentlichen Interessen

167 Als mögliche öffentliche Interessen, die eine ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 8 oder 11 KG bewirken können, wird von

---

247 Gl.M. MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 24 f.; MÖSCHEL, Zigarettenhersteller, 463 ff.

248 So wären nach ZÄCH, Kartellrecht, 166 f. die Vereinbarung, bei der Verpackung keine Aluminiumfolie, sondern biologisch abbaubares Material zu verwenden oder die Vereinbarung, kein Mineralwasser anzubieten, «das von unverhältnismässig weit entfernten Orten (etwa aus Übersee) angeliefert werden muss» nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigbar. Diese Vereinbarungen führen allerdings nicht zu wirtschaftlichen Effizienzsteigerungen; sie sollten – wenn überhaupt – durch den Bundesrat genehmigt werden. Gerade bei zunehmender Internalisierung externer Kosten (ZÄCH, Kartellrecht, 166) können solche Entscheidungen dem Markt überlassen werden, würde doch Aluminium aufgrund höherer Energiepreise und Mineralwasser aufgrund höherer Transportkosten wesentlich teurer.

249 Vgl. zur EU-Praxis auch Horizontal-Leitlinien, Ziff. 179 ff., 184 ff.: Danach kann eine solche Vereinbarung unter das Kartellverbot von Art. 81 Abs. 1 EGV fallen, wenn sie die Fähigkeit der Beteiligten spürbar einschränken, die Merkmale ihrer Produkte oder Herstellungsverfahren festzulegen oder wenn sie die Produktion Dritter als Lieferanten oder Käufer beeinträchtigen.

250 Vgl. Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 45 f.

251 Vgl. MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, 27 f. und CELLI/KALBERER, Abfallentsorgung, 335. HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 34 und 99; ZÄCH, Proposals, 185 ff. M.E. missversteht HOFFET hier die Ausführungen von MEIER-SCHATZ dahingehend, dass dieser – trotz Streichung der Passage durch die Kommission – zwingend eine Beteiligung der Verbraucher fordere. MEIER-SCHATZ will diesem Aspekt aber vielmehr in anderer (funktional zu deutender) Form Beachtung schenken. In diese Richtung gehen auch die in der Kommission geäusserten Voten; vgl. FN II/250.

den Materialien ein breiter Fächer von gesellschafts- und wirtschaftspolitischen Interessen genannt:

- sozialpolitische Interessen (Erhaltung von Arbeitsplätzen, etc.);
- kulturpolitische Interessen (Kunst, Literatur, Film, etc.);
- bildungspolitische Interessen (Zusammenarbeit bei Ausbildung von Lehrlingen, beispielsweise durch eine Abgabe auf dem Endprodukt zur Finanzierung eines Ausbildungszentrums);
- verteilungspolitische Interessen;
- umweltpolitische Interessen (Entsorgungsgebühr);
- verteidigungspolitische Interessen.

Ausdrücklich verzichtet wird auf die Verankerung öffentlicher Interessen in Anlehnung an Art. 3 Abs. 2 BGBM, da den Erlassen eine unterschiedliche Motivation zugrundeliege.[252] 168

Die Rechtfertigung aus überwiegenden öffentlichen Interessen kann nur erfolgen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung in erheblichem Mass zur Verwirklichung dieses Interesses beiträgt und zu dessen Verwirklichung auch notwendig ist, also keine gleichwertigen, wettbewerbsfreundlicheren Alternativen vorhanden sind. Die Rechtfertigung soll zudem Ausnahmefällen vorbehalten sein.[253] 169

[252] Vgl. Prot. WAK NR vom 10./11.4.1995, 64.

[253] Vgl. auch II/2.2.1, e) und II/4.2.7. Weiter MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, 63 ff.; HOFFET, Kommentar zu Art. 8 KG, N 16 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 191, 236, 288; BORER, Kommentar, 220 ff., 265 ff.; DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 11 KG, N 6 ff.

4 Teleologisches Auslegungselement

4.1 Vorbemerkungen

170 «Das Recht ist typischerweise zweckgerichtet. Es ordnet Massnahmen (Mittel) an, welche die staatliche Gemeinschaft im Hinblick auf die Erreichung bestimmter Zwecke beeinflussen und lenken soll.»[254] Die Zwecke, die der Gesetzgeber verwirklichen will, sind entweder *objektive Zwecke des Rechts* oder Zwecke der *Sachangemessenheit*.[255] Objektive Zwecke des Rechts ergeben sich vielfach aus dem Gedanken der Gerechtigkeit[256], welcher beispielsweise zum Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen oder zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen allgemein hinführt.[257] Objektive Zwecke des Rechts können sich aber nicht nur aus rechtsethischen Prinzipien, sondern auch aus dem jeweiligen Sachbereich ergeben.[258] Die Sachangemessenheit einer Auslegung lässt sich nur im Hinblick auf die Eigenart, die besondere Struktur der konkreten Sache bestimmen.[259] Dem Gesetzgeber wird damit unterstellt, dass er mit der Schaffung der auszulegenden Norm eine der Sache angemessene Lösung schaffen wollte.[260]

171 Für die Interpretation muss unterschieden werden zwischen dem *Zweck der auszulegenden Norm* und dem *Zweck des Gesetzes* insgesamt.[261] Dem spezifischen

---

254 HÖHN, Gesetzesauslegung, 217.

255 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 333; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 194 sieht im Zweck der Rechtssätze den Interessenschutz, wobei dann «Interesse» im weitesten Sinn zu verstehen ist.

256 Zum Verlust an Normativität des Rechts und zum Einbezug von Gerechtigkeitsüberlegungen innerhalb des funktionalen Auslegungselements II/11.1.3, f).

257 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 334.

258 Beispielsweise «Förderung des Wettbewerbs» (Art. 1 KG), «Schutz vor schädlichem und lästigem Lärm» (Art. 1 LSV), «Bekämpfung der missbräuchlichen Verwendung von Waffen» (Art. 1 WG).

259 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 333.

260 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 334: «Wo sich der Gesetzgeber, etwa um eines von ihm als vorrangig betrachteten Zwecks willen, bewusst und erkennbar über solche Strukturen hat hinwegsetzen wollen, müssen sie [objektiv-teleologische Kriterien] allerdings ausscheiden, solange nicht das Ergebnis offenbar unsinnig ist.»

261 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 217 f.

Zweck einer Norm kommt für das Verständnis mehr Bedeutung zu als dem allgemeinen Zweck des Gesetzes insgesamt.[262]

Für die *Ermittlung des Zwecks* einer Norm stehen die Materialien im Vordergrund[263]; Aufschlüsse geben kann aber auch der Gesetzeszusammenhang und die Doktrin[264]. Der Zweck des Gesetzes als Ganzem kann aus dem Titel, der Präambel, der Vorgeschichte, der Doktrin oder – wo vorhanden – aus dem Zweckartikel abgeleitet werden.[265] 172

4.2 Teleologische Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

4.2.1 Kartellgesetz – Art. 1 KG: Zweck

Der Zweckartikel *verankert das heutige wettbewerbspolitische Leitbild* der Bundesverfassung und des Kartellgesetzes.[266] Dieses ist der Konkretisierung der materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes zugrunde zu legen. Der Zweckartikel gibt in diesem Sinne die Richtung vor, die bei der Auslegung der nachfolgenden Normen einzuschlagen ist.[267] 173

Zweck des Kartellgesetzes ist danach die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen und damit die Förderung des Wettbewerbs im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung. Der erste Teil des Zweckartikels stellt den Bezug zum Verfassungsauftrag her, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern (Art. 96 Abs. 1 BV); dieser soll – als Richtschnur der Auslegung – an geeigneter Stelle ausführlich dargelegt werden (II/5.2.2). Der zweite Teil des Zweckartikels konkretisiert diesen Verfassungsauftrag («... und damit ...»), indem er insbe- 174

---

262 Dies ist gerade bei Ausnahmebestimmungen entscheidend. Zu beachten ist auch, dass ein Gesetz nicht nur einen, sondern auch mehrere Zwecke verfolgen kann; vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 217 f.

263 Vgl. VAN HOECKE, Norm, 215; KRAMER, Methodenlehre, 112.

264 Das teleologische Element weist somit Schnittpunkte auf zu den anderen Auslegungselementen; vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 218; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 121.

265 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 218; KRAMER, Methodenlehre, 112; VAN HOECKE, Norm, 216 f.

266 Vgl. Botschaft KG95, 532; dazu II/2.2.1, a) und II/5.2.2.

267 Vgl. BORER, Kommentar, 72 f.; ZÄCH, Kartellrecht, 107 f.; HOFFET, Kommentar zu Art. 1 KG, N 3.

sondere das heutige Verfassungsverständnis hinsichtlich Wettbewerbspolitik aufzeigt: Das Kartellgesetz soll danach durch Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen wirksamen Wettbewerb[268] gewährleisten («... den Wettbewerb (...) zu fördern ...»).

4.2.2 Art. 2 und 3 KG: Geltungs- und Anwendungsbereich

175 Die Umschreibung des Geltungs- und Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes bestimmt indirekt, inwieweit dem Prinzip des «wirksamen Wettbewerbs» in der Wirtschaftsordnung zum Durchbruch verholfen werden soll. *Ein funktionales Wettbewerbsverständnis impliziert, dass Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig von Form und Quelle beurteilt werden sollten, dass also «nicht irgendwelche formellen Geltungsbereichskriterien, sondern allein die materiellen Gesichtspunkte des Gesetzes massgebend sein» sollen*.[269] Dementsprechend erfasst Art. 2 KG jegliche unternehmerische Tätigkeit, «spricht folglich diejenigen Marktteilnehmer an, die sich – sei es als Anbieter oder Nachfrager – selbständig als Produzenten von Gütern und Dienstleitungen am Wirtschaftsprozess beteiligen.»[270] Auch der Staat wird in Bereichen, wo er als «Unternehmer» auftritt, dem Kartellgesetz unterstellt: So in der Praxis richtigerweise die öffentlichrechtlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen SBB[271] und Swisscom[272], aber auch die Stadt Genf als Anbieterin von Plakatwänden[273] und die Gemeinde Rothenburg als Betreiberin einer Gasversorgung[274].[275] Hoheitliche Tätigkeit des Staates kann aber definitionsgemäss nicht als «unternehmerisch» gelten. Dies betrifft die Erteilung von Bewilligungen[276], die allgemeine Polizeitätigkeit[277], oder die Erhebung meteorologischer Daten[278] (nicht unbedingt aber den Verkauf solcher Daten auf dem freien

---

268 Zum Wettbewerbsbegriff aus ökonomischer Sicht ausführlich II/11.2.3.
269 Botschaft KG95, 533.
270 Botschaft KG95, 533.
271 Vgl. z.B. RPW 1998, 10 ff., 12 «SBB-Gruppenreiseverkehr».
272 Vgl. z.B. RPW 1997, 161 ff., 165 «Telecom PTT / blue window».
273 Vgl. RPW 1997, 132 ff., 136 «Adjudication de l'affichage GE».
274 Vgl. RPW 1998, 425 ff., 435 «Gasversorgung Rothenburg».
275 Zur Praxis in diesem Bereich insbesondere II/9.2.4 und II/9.2.5.
276 Vgl. RPW 1998, 198 ff., 200 «Ärztliche Notfalldienste Stadt Zürich».
277 Vgl. RPW 1997, 329 ff., 330 «Autobahn-Notrufsäulen».
278 Vgl. die Beurteilung des diskriminierenden Verhaltens der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt im Instanzenzug in II/9.2.5, p).

Markt!).[279] Vom Geltungsbereich begrifflich ausgeschlossen werden aber die Arbeitgeber und –nehmer sowie die Konsumenten, was einem funktionellen Wettbewerbsverständnis eher widerspricht, doch auch durch die besondere, schon in der Verfassung verankerte Stellung dieser Gruppen erklärt werden kann (Art. 28 BV i.V.m. Art. 110 Abs. 2 BV bzw. Art. 97 BV).

176 Einschränkend ist nach Art. 3 Abs. 1 das Kartellgesetz dagegen dort nicht anwendbar, wo staatliche Markt- und Preisordnungen oder besondere Rechte von Unternehmen für wettbewerbliches Verhalten und damit für die Anwendung wettbewerblicher Kriterien keinen Raum mehr lassen. In diesem Bereich bleibt die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission grundsätzlich unberührt, doch ist sie auf den Erlass von Empfehlungen beschränkt (Art. 45 KG).[280] Entsprechend der Zweckvorgabe des Art. 1 KG gilt dies nur, soweit die in Frage stehenden Vorschriften Wettbewerb nicht zulassen. Nach einhelliger Meinung der Lehre ist «dem Wettbewerbsprinzip auch im Falle von Interventionen des Staates so weit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen.»[281] Insofern ist die im Fall Schweizerische Meteorologische Anstalt II und III aufgeworfene Frage nicht unberechtigt, ob das blosse Vorliegen einer Gebührenverordnung, die der verfügenden Behörde einen weiten Spielraum belässt, zum Ausschluss der Verfügungsgewalt der Wettbewerbskommission führen muss.[282] Der entsprechenden restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts will der Ständerat nun durch Erweiterung des Geltungsbereich des KG begegnen (Art. 2 Abs. 1bis E KG01 [StR]).[283]

177 Sinn und Zweck von Art. 2 f. KG ist die grundsätzlich breite Anwendung des Kartellgesetzes auf alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen ungeachtet ihrer Quelle. Indirekt fördern die Bestimmungen damit die Verwirklichung wirksamen Wettbewerbs in der Wirtschaftsordnung. Unterstrichen wird diese Einschätzung durch die Art. 4 Abs. 1 und 3 KG angewandte wirtschaftliche Betrachtungsweise von Wettbewerbsbeschränkungen, wonach einerseits Wettbewerbsabreden ungeachtet

---

279 Vgl. zum Geltungsbereich SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 2 KG, N 4 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 115 ff.; BORER, Kommentar, 92 ff.; Botschaft KG95, 533 ff.

280 Vgl. RPW 2001, 293 ff., 301 ff. «Watt/Migros – EBL».

281 BORER, Kommentar, 112. Gl. M. BALDI, Überblick, 8 f.; ZÄCH, Kartellrecht, 126; Botschaft KG95, 539 f.; AMSTUTZ, Funktion, 248 ff., 259 f. Vgl. weiter II/11.3.4.

282 Vgl. verneinend AMSTUTZ, Funktion, 248 ff. in Besprechung des bundesgerichtlichen Urteils zur Schweizerischen Meteorologischen Anstalt (SMA III).

283 Vgl. Amtl. Bull. StR 2003 (vorläufige Fassung vom 20.3.2003) zu Art. 2 KG.

ihrer rechtlichen Form und der betroffenen Marktstufen, andererseits Unternehmenszusammenschlüsse ungeachtet der Art ihrer Durchführung erfasst werden. Dies verkennt BGE 124 III 495 «Engra T», der in II/3.3.1, N 160 besprochen wird.

4.2.3 Art. 5 KG: Unzulässige Wettbewerbsabreden

178 Art. 5 KG ist der Erhaltung der allokativen und dynamischen Effizienz auf Märkten verpflichtet. In erster Linie wird diese Effizienz durch die Gewährleistung «wirksamen Wettbewerbs» gewährleistet. Dies hat zur Folge, dass Abreden, die den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt beseitigen, unter dem Blickwinkel von Art. 5 KG als unzulässig einzustufen sind. Aus der Verpflichtung auf die Erhaltung eines effizienten Marktes folgt auch, dass Abreden, die den Marktteilnehmern beträchtliche Handlungsfreiheit belassen, also den Wettbewerb «nur» erheblich beeinträchtigen, durch Verbesserungen der wirtschaftlichen Effizienz (wettbewerblich) gerechtfertigt sein können, solange die Marktfunktionen intakt sind[284]:

179 Das Prüfraster für Wettbewerbsabreden wird durch Abs. 1 vorgegeben. Im Einklang mit dem Zweck des Kartellgesetzes, nur volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, qualifiziert der Absatz unerhebliche Wettbewerbsabreden als zulässig und verzichtet auf einen auch aus wirtschaftspolitischer Sicht fragwürdigen Versuch der Feinsteuerung des Wettbewerbs.[285]

180 Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, lassen sich nur aus den in Abs. 2 aufgezählten Gründen wirtschaftlicher Effizienz rechtfertigen. Zusammen mit Abs. 1 bezwecken die Normen den grundsätzlichen Ausschluss anderer öffentlicher Interessen bei der Beurteilung einer Wettbewerbsabrede. Gleichzeitig liefern sie eine Umschreibung zulässiger, u.U. – im Hinblick auf die Erfüllung dynamischer Wettbewerbsfunktionen – erwünschter zwischenbetrieblicher Kooperationsformen.

181 Im Sinne eines Wertungsmusters verdeutlicht Abs. 3, dass horizontale Abreden über Preise, Mengen und Gebiete vom Gesetzgeber als besonders schädlich ange-

---

[284] Vgl. Botschaft KG95, 513, 553 ff.; HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 56; MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 814 ff.; BORER, Kommentar, 162 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 143 f.; BALDI, Konzeption, 275 ff.

[285] Vgl. auch II/11.3.1.

sehen werden. Diese beseitigen vermutungsweise wirksamen Wettbewerb, was aus der Perspektive der Zielsetzung des Kartellgesetzes grundsätzlich nicht tolerierbar sein kann.

Zweck von Art. 5 KG ist demnach die *Sicherung der Markteffizienz*, welche in erster Linie durch Gewährleistung eines (dynamischen) Wettbewerbsprozesses (Erhaltung der Marktfunktionen) erreicht wird. Der Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» kann allerdings nicht durch eine rein teleologische Betrachtung, sondern nur durch die Wettbewerbstheorie erschlossen werden. 182

4.2.4 Art. 7 KG: Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

Der *Sicherung funktionierender Marktprozesse* dient auch Art. 7 KG. Der Konzeption nach verhindert das Kartellgesetz nicht die Entstehung marktbeherrschender Positionen, die durch internes Wachstum, d.h. durch Erfolg am Markt entstehen; daneben kann auch die Entstehung marktbeherrschender Positionen, die durch externes Wachstum entstehen, nur teilweise unterbunden werden.[286] Diese dominanten Positionen kann ein Unternehmen nutzen, den Wettbewerb nachhaltig zu schwächen, sei es durch Behinderung anderer Markteilnehmer oder Ausbeutung von Zulieferern und Verbrauchern. Zweck von Art. 7 KG ist es, solche missbräuchliche Verhaltensweisen zu unterbinden, also wettbewerbsgefährdende Marktstrukturen nicht zu verhindern, aber zu bändigen. Die in Art. 7 KG verankerte Verhaltenskontrolle sorgt dafür, dass aktuellen und potentiellen Konkurrenten die Möglichkeit offen bleibt, die Position des marktbeherrschenden Unternehmens anzugreifen und zu erodieren, und dient so langfristig der Erhaltung des «wirksamen Wettbewerbs».[287] 183

Mit der Konzentration auf Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen verdeutlicht Art. 7 KG, dass es nicht Sinn und Zweck des Kartellgesetzes sein 184

---

[286] So bestehen, auch wenn ein Zusammenschluss den wirksamen Wettbewerb auf einem Markt zu beseitigen droht, genügend Schlupflöcher; durch Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf anderen Märkten, bei Sanierungsfusionen von Banken sowie bei Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses kann ein Zusammenschluss trotzdem bewilligt werden. Dies zeigen auch Beispiele aus der Praxis; vgl. II/9.2.7 und weiter II/11.2.3, g).

[287] Vgl. Botschaft KG95, 569 f.; RUFFNER, Verhaltensweisen, 834 ff.; SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 7 KG, N 17 ff.; BALDI, Konzeption, 278 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 193 ff.

kann, jegliches unternehmerisches Verhalten einer behördlichen Kontrolle zu unterwerfen. Ein Versuch der Feinsteuerung wettbewerblicher Prozesse lehnt das Kartellgesetz, wie eine Analyse von Art. 9 KG ebenfalls zeigt, durchgehend ab.

185 Neben einer Generalklausel sieht Art. 7 in einem Beispielkatalog potentiell wettbewerbsschädliche Verhaltensweisen vor, die den Schutz jeweils unterschiedlicher Facetten des Wettbewerbsprozesses zum Ziel haben. Da die meisten der in Betracht fallenden Verhaltensweisen auch Ausdruck eines funktionierenden Wettbewerbsgeschehens sein können, steht der Missbrauch der Marktstellung bei der Beurteilung im Vordergrund.[288] Lit. a schützt (aktuelle oder potentielle) Konkurrenten oder Kunden vor dem willkürlichen Abbruch oder Verweigerung der Geschäftsbeziehung. Darunter fällt z.B. die Aufrechterhaltung ineffizienter Vertriebsstrukturen nicht, würde damit eine Zielsetzung des Kartellgesetzes – die Sicherung effizienter Marktprozesse – klar unterlaufen.[289]

186 Mit willkürlicher Diskriminierung von Handelspartnern befasst sich lit. b. Zweck der Bestimmung ist die Gleichbehandlung von Handelspartnern dort, wo sich diese in einer gleichen Position befinden; nicht Zweck der Bestimmung ist eine schematische Gleichbehandlung.[290]

187 Lit. c soll die Erzwingung offensichtlich unbilliger Preise oder anderer Geschäftsbedingungen verhindern. Zu beachten ist, dass den Wettbewerbsbehörden damit keine generelle Überwachung der Marktpreise und –konditionen übertragen wird, was letzten Endes in eine eigentliche Verwaltung des Wettbewerbs münden würde.

188 Preissenkungen sind zunächst ein erwünschtes Ziel des Wettbewerbsprozesses, können aber nach einem Teil der Lehre zur Verdrängung von Konkurrenten «missbraucht» werden. Angesichts der Tatsache, dass in funktionierenden Märkten jede Preissenkung einen gewissen Verdrängungseffekt hat, ist die Missbräuchlichkeit hier besonders schwierig nachzuweisen (lit. d).[291]

---

288 Vgl. zu den einzelnen Missbrauchstatbeständen SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 7 KG, N 88 ff.; BORER, Kommentar, 212 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 222 ff.; Botschaft KG95, 570 ff.; RUFFNER, Verhaltensweisen, 840 ff.

289 Vgl. den aus dieser Sicht richtigen Entscheid in RPW 1999, 247 ff. «Minolta». A.M. jedoch der Supreme Court in 504 U.S. 451 (1992) «Eastman Kodak v. Image Technical Services».

290 Dazu eindrücklich RPW 1997, 30 «Action Promopac/pompes à chaleur» in II/9.2.5, a).

291 Vgl. II/11.2.3, f), N 727 zur Entwicklung von predatory tests in der Wettbewerbstheorie.

Der Schwerpunkt der Bestimmung in lit. e liegt nach Ansicht der Lehre in der künstlichen Verknappung des Absatzes oder der technischen Entwicklung *fremder* Unternehmen, z.B. mit Hilfe von Sperrpatenten (Behinderungsverhalten); systemwidrig wäre die Anwendung der Bestimmung zur Mengenüberwachung oder zu einer eigentlichen Innovationskontrolle monopolistischer Unternehmen.[292] 189

Mit dem Verbot missbräuchlicher Koppelungspraktiken soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine Monopolmacht in andere Märkte übertragen kann (leverage). Ob eine solche Übertragung ohne Weiteres möglich ist, ist in der Wettbewerbstheorie umstritten.[293] 190

4.2.5 Art. 9 KG: Meldung von Zusammenschlüssen

Die Zusammenschlusskontrolle kommt nur zum Tragen, wenn bestimmte quantitative Kriterien erfüllt werden. Die im internationalen Vergleich grosszügigen Grenzwerte und der damit einhergehende Verzicht auf eine wettbewerbspolitische Feinsteuerung bilden im Bereich der Fusionskontrolle das Gegenstück zur generellen Zulässigkeit von unerheblichen Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen nicht-marktbeherrschender Unternehmen. 191

Art. 9 Abs. 2 KG verankert eine eigentliche Medienfusionskontrolle durch Herabsetzung der allgemeinen Schwellenwerte für die Meldepflicht von Medienunternehmen um das Zwanzigfache. Zweck der Bestimmung, die im Rahmen der jüngsten Änderungsvorschläge aufgehoben werden soll[294], ist die Verhinderung von Medienmonopolen in den oft lokal und regional strukturierten Medienmärkten. Die Bestimmung konnte seinen Zweck bisher nicht erfüllen; im Bereich der Pressemärkte findet das Kartellgesetz zur Zeit faktisch keine Anwendung.[295] 192

4.2.6 Art. 10 KG: Beurteilung von Zusammenschlüssen

Die Zusammenschlusskontrolle soll Strukturen, die den Wettbewerb auf einem Markt gefährden – konkret: zu beseitigen drohen (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG) – von vornherein verhindern. Auf konzentrative Wettbewerbsbeschränkungen zielend 193

---

[292] Vgl. RUFFNER, Verhaltensweisen, 844.
[293] Zu Koppelungspraktiken in der Wettbewerbstheorie II/11.2.3, e), N 718.
[294] Vgl. Entwurf vom 7. November 2001.
[295] Vgl. ausführlich II/11.2.3, g), N 744.

bildet die Zusammenschlusskontrolle die Ergänzung zu Art. 5 KG, welcher auf kooperative Wettbewerbsbeschränkungen – Wettbewerbsabreden – zielt. Beiden gemeinsam ist die letztliche Ausrichtung am Ziel der *Wahrung «wirksamen Wettbewerbs»*.

194 Im Vergleich zu unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen von Art. 7 KG wird in Art. 10 KG der Begriff der marktbeherrschenden Stellung qualifiziert. Nur im Falle extrem hoher Konzentration auf dem betreffenden Markt soll ein Unternehmenszusammenschluss nicht genehmigt werden.[296]

4.2.7 Art. 8 und Art. 11 KG: Ausnahmsweise Zulassung

195 Art. 8 und 11 KG ermöglichen als Ausnahmeklauseln die Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung aus überwiegendem öffentlichem Interesse. Zweck der Bestimmungen ist daher die *Berücksichtigung anderer öffentlicher Interessen*, welche das öffentliche Interesse an «wirksamem Wettbewerb» ausnahmsweise zurücktreten lassen. Der Normzweck von Art. 8 und 11 KG läuft daher dem Gesetzeszweck (vgl. Art. 1 KG) zuwider.[297] In verfassungsrechtlicher und funktionaler Hinsicht sind diese Bestimmungen einschränkend auszulegen.[298] In diesem Zusammenhang auch zu erwähnen ist Art. 10 Abs. 3 KG, welcher die vorrangige Berücksichtigung von Gläubigerinteressen – sozusagen als ein Beispiel eines öffentlichen Interesses – im Falle einer Banken(-sanierungs-)fusion ermöglicht.[299]

4.2.8 Einzelne Verfahrensvorschriften: Anpassungsfähigkeit an geänderte Sachverhalte

196 Zahlreiche Verfahrensbestimmungen sichern die Flexibilität des Kartellrechts[300] und erleichtern so die Verwirklichung wirksamen Wettbewerbs in der Volkswirtschaft angesichts sich stetig ändernder Sachverhalte. So würde Art. 29 KG mittels einvernehmlicher Regelungen die Abstimmung kartellrechtlicher Entscheide an parallele Fälle in Europa (II/10.3.2) ermöglichen. Art. 30 Abs. 3 KG sieht den Widerruf einer einvernehmlichen Regelung bei wesentlicher Änderung der tatsäch-

---

296 Vgl. dazu die Überlegungen im systematischen Teil der Arbeit; II/2.2.1, d), N 83.
297 Vgl. dazu auch II/2.2.1, e); II/3.3.4, b) und vor allem II/5.3.1, b).
298 Vgl. II/5.3.1, b) und II/11.3.3.
299 Dazu ausführlich MEIER-SCHATZ, Bankenfusionen, 190 ff.

lichen oder rechtlichen Verhältnisse[301] vor. Mit der Befristung einer ausnahmsweisen Zulassung für Wettbewerbsabreden wird die Möglichkeit einer flexiblen Übergangslösung für eine später ablösende gesetzliche Regelung geschaffen (vgl. dazu II/11.3.3).

197 In diesem Lichte erscheint die Praxis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, sich während des Beschwerdeverfahrens ergebende, neue Tatsachen von Amtes wegen zu berücksichtigen, zunächst unproblematisch.[302] Das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes, welches aufgrund der Verweisnorm des Art. 39 KG grundsätzlich Anwendung findet, erlaubt, dass neue Tatsachen – unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt sie sich verwirklicht haben, im Beschwerdeverfahren noch vorgebracht werden können.[303] Nebeneffekt dieser Praxis ist allerdings auch, dass Unternehmen durch Änderung ihres Verhaltens während des Verfahrens die Aufhebung einer Verfügung der Vorinstanz (mit der Sanktionsdrohung nach Art. 50 KG) aufgrund Änderung des dem Entscheid zugrundeliegenden Sachverhalts erwirken können. Die Wettbewerbskommission moniert denn auch, dass ihr diese Praxis den Erlass rechtsbeständiger Verfügungen verunmögliche.[304] Schon Erwägungen grundsätzlicher (teleologischer) Art widersprechen denn auch diesem Auslegungsergebnis der Rekurskommission. Das Verfahrensrecht verfolgt keinen Selbstzweck, sondern dient der Verwirklichung des materiellen Rechts.[305] Verfahrensrecht und materielles Recht sind jedoch in vielerlei Hinsicht miteinander verwoben, was die Gefahr der Vereitelung des materiellen Rechts im Falle unzureichender Verfahrensregeln in sich birgt. Das materielle Recht steht und fällt mit dem Verfahrensrecht.[306] Aus dieser Sicht stellt sich die Frage, ob die Verweisnorm des Art. 39 KG unbedingt so ausgelegt werden muss, dass dadurch die materielle Verwirklichung wirksamen Wettbewerbs – und damit Sinn und Zweck des Kartell-

300 Zur Flexibilität des Wirtschaftsrechts als typenbestimmendes Merkmal I/1.2.3.
301 Vgl. zur analogen Regelung in Art. 11 Abs. 2 PüG SCHLUEP, Funktionalität, 162.
302 Vgl. RPW 1999, 503 ff., 515 f. «Serviceleistungen an Öl-/Gasbrennern II» und RPW 2000, 461 ff., 471 f., 476 f. «Schweizerische Meteorologische Anstalt II» (vgl. auch FN II/592 und II/638).
303 Vgl. KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren, N 615 mit Hinweis auf VPB 1996, Nr. 48 «Bundesbeiträge an Bauten».
304 Vgl. RPW 1999, 611 ff. « Serviceleistungen an Öl-/Gasbrennern III» und RPW 2001, 196.
305 Vgl. etwa BGE 117 Ib 481 ff., 490 «Schweiz. Bankiervereinigung/EVD».

gesetzes – geradezu unterlaufen wird. Der Revisionsentwurf vom 7. November 2001 soll dem durch Änderung des Art. 27 KG Abhilfe schaffen, indem er der Wettbewerbskommission auch die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen ermöglicht, welche zum Zeitpunkt der Untersuchung keine Wirkung mehr zeigen. Die Gesetzesänderung in diesem Bereich dürfte im Anschluss zu einer Änderung der erwähnten Praxis führen.

4.2.9 Sanktionenregelung: Kartellgesetzzweckwidrige Anreize zur Kartellbildung

198 Die Art. 50-57 KG sehen Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen und Strafsanktionen gegen natürliche Personen vor. Ausser im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen (Vollzug eines Zusammenschlusses ohne Meldung, Missachtung des Vollzugsverbotes nach Art. 51 bzw. 55 KG) sowie der Verletzung der Auskunftspflicht (Art. 52 bzw. 55 KG) können solche Sanktionen nur bei Verstoss gegen eine einvernehmliche Regelung oder eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbskommission ausgesprochen werden (Art. 50 bzw. 54 KG).[307] Bussen gegen Wettbewerbsbeschränkungen, namentlich Kartelle, können dementsprechend nur im Wiederholungsfall, bei Missachtung einer Verfügung der Wettbewerbskommission verhängt werden; handelt es sich bei der Wettbewerbsbeschränkung um eine Submissionsabsprache[308], kommt eine Busse von vornherein nie in Betracht.[309] Die Befürchtungen sind daher nicht von der Hand zu weisen, dass die geltende Sanktionenordnung eher zur Bildung von Kartellen anregt als diese verhindert.[310] Der Zweck des Kartellgesetzes, die Verhinderung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen, wird dadurch unterlaufen. Die Sanktionenregelung soll darum im

306 Vgl. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 17 ff.; SALADIN, Verwaltungsprozessrecht, 309; SALADIN, Verwaltungsverfahrensrecht, 22 ff.; RICHLI, Verfahrensfragen, 199 ff.; DIETRICH, Vorbemerkungen zu Art. 39-44 KG, N 7.

307 Zum Ganzen ausführlich DUCREY, Vorbemerkungen zu Art. 50-57 KG, N 1 ff.

308 Zur Schädlichkeit dieser Art von Abreden CHRIST, Submissionsabsprache, N 243 ff.

309 Zu den Schwächen der geltenden Sanktionenordnung ausführlich HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 680 f. Die Wettbewerbskommission behilft sich hier damit, dass sie das Entscheiddispositiv über den konkreten Fall hinaus auf ähnlich gelagerte Fälle ausdehnt, um Grundlage für die Ausfällung einer Busse zu schaffen; vgl. RPW 1999, 415 ff., 440 f. «Schweizerische Meteorologische Anstalt». Die Frage der Zulässigkeit dieses Vorgehens musste im Beschwerdeentscheid der Rekurskommission nicht entschieden werden.

Rahmen der jüngsten Revisionsvorhaben ergänzt werden (vgl. dazu II/3.2.6 und II/5.3.2, c)).

4.3 Thesenbildung

Als zusammenfassendes Ergebnis lässt sich festhalten, dass das Kartellgesetz die Erhaltung des Wettbewerbs zum Zweck hat. Art. 5, 7 und 10 KG liegen auf der Zielrichtung des Gesetzeszwecks und dienen ebenfalls der Erhaltung des Wettbewerbs. Hingegen laufen Art. 8 und 11 KG als Ausnahmebestimmungen dem Gesetzeszweck zuwider, ermöglichen sie doch die Berücksichtigung anderer öffentlicher Interessen als desjenigen an der Erhaltung «wirksamen Wettbewerbs». Dies ist bei der Konkretisierung der genannten Artikel zu berücksichtigen; so kann für die Auslegung von Art. 8 und 11 KG der Gesetzeszweck nur mittelbar einbezogen werden. Wohl eher ungewollt weist das geltende Sanktionenregime und Verfahrensrecht Lücken auf, welche die Verwirklichung wirksamen Wettbewerbs in der Wirtschaftsordnung erschweren. Im Rahmen des Revisionsentwurfes vom 7. November 2001 soll diesen Missständen nun begegnet werden. 199

[310] Vgl. die Äusserungen der PVK in Bericht KG, 17.

5 Verfassung als Auslegungselement

5.1 Vorbemerkungen

200 Die verfassungskonforme Auslegung ergibt sich dogmatisch aus der *Überordnung der Verfassung* und der *Einheit der Rechtsordnung*.[311] Gemeint ist damit eine Auslegung, «die sich am übergeordneten Verfassungsrecht orientiert und mit diesem vereinbar (‹konform›) ist.»[312]

201 Als Kollisionsregel verstanden verlangt die verfassungskonforme Auslegung, dass unter *mehreren möglichen Auslegungsvarianten* diejenige gewählt werden soll, welche mit der Verfassung im Einklang steht oder ihr am Besten entspricht.[313] In diesem Sinne kommt der verfassungskonformen Auslegung die Funktion einer Vorzugsregel zu, die immer dann zur Anwendung kommt, wenn die verschiedenen Auslegungsmethoden nicht zum gleichen Ergebnis führen.[314]

202 Die verfassungskonforme Auslegung kann aber auch als Teil des systematischen Elementes als *Auslegungsregel* verstanden werden.[315] Methodisch kommt der verfassungskonformen Auslegung hier kein Vorrang zu; sie ist nur eine unter mehreren Konkretisierungsmöglichkeiten.[316]

203 Unzulässig soll eine verfassungskonforme Auslegung insbesondere dann sein, wenn sie dem klaren Wortlaut und Sinn der auszulegenden Norm widerspricht.[317]

---

311 Vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 148; HANGARTNER, Staatsrecht, 37; BOGS, Verfassungskonforme Auslegung, 17 ff.; BETTERMANN, Verfassungskonforme Auslegung, 19; MÜLLER J.P., Grundsatz, 93 ff.

312 HÖHN, Verfassung, 258. Anwendbar ist die verfassungskonforme Auslegung für alle Rechtssätze, die der Verfassung untergeordnet sind, unabhängig davon, ob die Normen von Legislative/Exekutive oder Bund/Kantonen erlassen wurde. Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 127; CAMPICHE, Verfassungskonforme Auslegung, 1 ff.; GERMANN, Methoden, 95 f.; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 151.

313 LARENZ, Methodenlehre, 339; VALLENDER, Auslegung, 39; HÖHN, Verfassung, 258; MÜLLER F., Methodik, N 100; SCHIFFAUER, Wortbedeutung, 28; MÜLLER J.P., Grundsatz, 90.

314 Vgl. HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung, 244; MÜLLER F., Methodik, N 100; VALLENDER, Auslegung, 39; HANGARTNER, Staatsrecht, 37; GYGI, Verwaltungsrecht, 144.

315 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 229; HÖHN, Gesetzesauslegung, 234; VALLENDER, Auslegung, 39; HANGARTNER, Staatsrecht, 37; MÜLLER J.P., Grundsatz, 89.

316 Vgl. CAMPICHE, Verfassungskonforme Auslegung, 66 ff.; MÜLLER F., Methodik, N 100; HÖHN, Verfassung, 261; HANGARTNER, Staatsrecht, 37.

317 Eine andere Auffassung würde auf eine nach schweizerischem Verfassungsrecht (Gewaltenteilungsprinzip) unzulässige Normkorrektur darstellen; vgl. HÖHN, Verfassung, 261; HÄFE-

Anwendung findet dieses Auslegungselement vorzugsweise bei der *Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln*, die im Hinblick auf die in der Verfassung enthaltenen Normen, insbesondere der darin genannten Freiheitsrechte, konkretisiert werden müssen.[318] Aufgrund des Einbezugs aller Verfassungsnormen können sich bereits innerhalb dieses Elements Interpretationskonflikte ergeben; es ist daher eine differenzierte Beurteilung im Einzelfall nötig, die den Gesichtspunkten der einzelnen Verfassungsnormen, des Gesetzes und den anderen Auslegungselementen ausreichend Rechnung trägt («Herstellung praktischer Konkordanz»).[319]

5.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf die Verfassung

Die (wirtschafts-)verfassungskonforme Konkretisierung setzt – ähnlich dem funktionalen Auslegungselement[320] – das Vorhandensein relevanter, übergeordneter *Bezugsnormen* voraus; fehlen solche Bezugsnormen, so läuft eine verfassungskonforme Konkretisierung zwangsläufig leer. Im Gegensatz zum funktionalen Auslegungselement ist die (wirtschafts-)verfassungskonforme Auslegung jedoch nicht angewiesen auf das Vorhandensein eines relevanten, in sich (einigermassen) geschlossenen *Bezugssystems*[321], zielt sie doch in erster Linie auf die Wahrung der Einheit der Rechtsordnung und nicht auf die Erhaltung von Funktionszusammenhängen.[322] Während nun die Frage nach relevanten Bezugsnormen weitgehend 204

LIN, Verfassungskonforme Auslegung, 249 ff.; LARENZ, Methodenlehre, 340; KRAMER, Methodenlehre, 76 f.

318 So schränkte das Bundesgericht den Begriff der Wettbewerbsabrede unter Rückgriff auf die in Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV verankerte Kompetenznorm ein; vgl. BGE 124 III 495 ff., 498 f. «Engra T». Vgl. weiter HESSE, Verfassungsrecht, N 317 f.; LARENZ, Methodenlehre, 339; HÄFELIN, Verfassungskonforme Auslegung, 244 f.; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 189; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 153; GRABITZ, Konkretisierung, 279.

319 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 241; HESSE, Verfassungsrecht, N 317 f.

320 Vgl. II/11.1.1.

321 Jedoch kann nach Ansicht eines Teils der Lehre die Herleitung des relevanten Bezugssystems im Rahmen des funktionalen Elements auch aus «den relevanten Basisentscheidungen, dem ‹Fernzweck› oder der ‹Politik des Gesetzes›, (...) [aus] der über die Wirtschaftswissenschaften ermittelten ‹Natur der Sache› oder anhand einer Konkretisierung mit Hilfe von Verfassungsgrundsätzen» erfolgen (vgl. RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 28 f. m.w.H.); hingegen muss eine verfassungskonforme Konkretisierung per definitionem die Verfassung als Grundlage haben.

322 Zum Verhältnis zwischen klassischen Auslegungselementen und dem funktionalen Element auch II/11.1.4.

akademischen Charakter hat – macht doch jede Verfassung zur Stellung des wirtschaftenden Menschen Aussagen –, ist die Frage nach dem Vorhandensein auch eines Bezugssystems umstritten.[323] Je nach Auffassung wird man die Verfassung als relativ offen oder geschlossen und die Bindung des Gesetzgebers an einen bestimmten Koordinationsmechanismus bei Institutionalisierung des Wirtschaftssystems als schwach oder stark bezeichnen müssen.[324] Die Annahme eines relevanten Bezugssystems hat darum auch bei der verfassungskonformen Auslegung Auswirkungen auf die Konkretisierung, fliesst doch in diesem Falle auch hier der Systemgedanke – über die Bindung des Gesetzgebers an den (normativen) Grundentscheid – mit ein.

205 Die Annahme eines relevanten Bezugssystems – der (normative) «ordnungspolitische Grundentscheid» zwischen den Koordinationsmechanismen Wettbewerb, zentralem Plan und Gruppenvereinbarung –, kann implizit oder explizit erfolgen; kaum je erfolgt er so deutlich wie z.B. das Bekenntnis zur zentralen Planung in Art. 6 der Verfassung der Volksrepublik China vom 4. Dezember 1982 und kaum je dürfte das Bekenntnis zu einem Koordinationsmechanismus ausschliesslich gemeint sein. So anerkennt auch Art. 11 der chinesischen Verfassung – im Rahmen der gesetzlichen Grenzen – die «Individualwirtschaft» als Ergänzung der sozialistischen, öffentlichen Wirtschaft an. In diesem Sinne sei terminologisch festgehalten, dass unter *Bezugssystem hier ein Grundsatzentscheid zugunsten eines Koordinationsmechanismus verstanden wird*, welcher auch Relativierungen oder Ausnahmebereiche zur Erreichung übergeordneter, staatspolitischer Ziele ohne Weiteres zulässt. Freilich lässt sich nicht mehr von einem Grundentscheid sprechen, wenn die Ausnahmebereiche so ausgedehnt sind, dass die Koordination der Volkswirtschaft nicht mehr vorwiegend durch einen Koordinationsmechanismus erfolgt.[325]

---

323 Vgl. SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 348; weiter der Stand der Lehre bei Annahme eines ordnungspolitischen Grundentscheids bei VALLENDER, Grundentscheid, 1050 FN 80 ff. und FN II/346.

324 Zum Begriff der wirtschaftspolitischen Offenheit z.B. BVerfGE 4, 17: «Die ‹wirtschaftspolitische Neutralität› des Grundgesetzes besteht lediglich darin, dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht es dem Gesetzgeber, die ihm jeweils sachgemäss erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet.»

325 In diesem Sinne auch SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 335 ff., 350: «Zum andern muss die immer wieder auftauchende Vorstellung ausgeräumt werden, das Bekenntnis zu einem System lasse nur die Wahl zwischen den EUKENschen Idealtypen ‹Verkehrswirt-

Im Folgenden werden die für die Wettbewerbspolitik relevanten Bezugsnormen und die Frage nach dem Vorhandensein eines relevanten Bezugssystems untersucht.

5.2.1 Verfassungsrechtliche Grundlagen der Wettbewerbspolitik

a) Relevante Bezugsnormen

Kern der schweizerischen Wirtschaftsverfassung[326] bilden die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV), die in Art. 94 BV verankerten Grundsätze der Wirtschaftsordnung sowie die v.a. im 7. Abschnitt der Bundesverfassung verankerten Kompetenzbestimmungen im engeren Bereich der Wirtschaft.[327] Die Grundlagen der schweizerischen Wettbewerbspolitik finden sich in Art. 27, 94 und 96 BV: 206

> **Art. 27** Wirtschaftsfreiheit
>
> [1] Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.
>
> [2] Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

Unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht *jede gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit*, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient[328]; geschützt ist sowohl die selbständige als auch die unselbständige Berufsausübung.[329] Als besonderen Aspekt schützt die Wirtschaftsfreiheit zudem die *Vertragsfreiheit* und die – über den Schutz von Art. 8 BV hinausgehende – 207

---

schaft› (Im Sinne des Modells der vollkommenen Konkurrenz) und ‹Zentralverwaltungswirtschaft›. Im Realienteil ist gegenteils gezeigt worden, dass hier abstufbare Ordnungsbegriffe in Frage stehen.» Vgl. weiter VALLENDER, Grundentscheid, 1050: «Der Grundentscheid ist ein ordnungspolitischer Entscheid als (zentrale) Grundregel, die nicht die ganze Wirtschaftsverfassung ausmacht. Er sagt nicht, dass es keine Ausnahmebereiche gibt, schliesst staatliche Regelungen (namentlich betreffend Rahmenordnung) nicht aus, sondern ein.» Vgl. weiter MEIER-SCHATZ, Kartellrechtliche Bestimmungen, 19 f.; HOTZ-HART/MÄDER/VOCK ET AL., Volkswirtschaft, 15 f.; PETERS, Wirtschaftssystemtheorie, 63.

326 Zum Begriff I/1.1, N 7 und II/11.1.3, f), N 664 m.w.H.

327 Freilich erschöpft sich die Wirtschaftsverfassung nicht in diesen Bestimmungen. In die Konkretisierung der Wirtschaftsverfassung sind auch die anderen Verfassungsnormen, namentlich die Bestimmungen über den Zweck der Eidgenossenschaft, die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns und die Sozialziele; vgl. VALLENDER/HETTICH, Erlasse, 3; weiter N 665.

328 Vgl. BGE 125 I 267 ff., 269 «X./Justizdepartement GR»; BGE 124 I 310 ff., 313 «Lepori/Borelli»; BGE 123 I 212 ff., 217 «V./Staatsrat Genf».

329 Vgl. BGE 123 I 12 ff., 15 «X./Verein RA ZH».

Gleichbehandlung der Gewerbegenossen (Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen)[330]. Sowohl juristische Personen des Privatrechts als auch natürliche Personen können sich auf dieses Grundrecht berufen; Ausländer aber nur, soweit sie von arbeitsmarktlichen Begrenzungsmassnahmen ausgenommen sind.[331] Der Wirtschaftsfreiheit werden von der Lehre verschiedene Funktionen, namentlich eine individualrechtliche Funktion, eine ordnungspolitische Funktion[332], eine (nationale) Binnenmarktfunktion[333] sowie eine (internationale) Freihandelsfunktion[334] zugeschrieben.[335] Zusammen mit der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)[336] und der Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV)[337] gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit ein Wirtschaftssystem, dass den Bereich wirtschaftlicher Leistungserstellung grundsätzlich den Privaten überlässt.[338] Unterstrichen wird dies durch die spezifische, nachfolgend beschriebene Schrankenregelung der Wirtschaftsfreiheit, die das öffentliche Wirtschaftsrecht in besonderem Masse prägt[339]:

---

330 Dazu LIENHARD, wettbewerbsneutrale Behandlung, 210 ff.; VEIT, Gleichbehandlung, 569 ff.

331 Vgl. BGE 123 I 212 ff., 214 ff. «V./Staatsrat Genf».

332 Vgl. dazu die Hinweise in FN II/349.

333 Vgl. dazu z.B. BGE 116 Ia 237 ff., 240 «F./OG Kt. BE»; BGE 125 I 267 ff., 271 «X./Justizdepartement GR»; Botschaft BV, 298 f.

334 Vgl. zur Aussenwirtschaftsfreiheit als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit BGE 122 III 469 ff., 480 «Chanel»; BGE 124 III 321 ff., 331 «Nintendo»; BGE 126 III 129 ff., 140 «Kodak». Dazu auch den Bericht Parallelimporte, 1 ff. Weiter MEIER-SCHATZ, Kodak, 742 ff.; KNAAK/JOLLER, Parallelimporte, 1089 ff., 1096.

335 Zu den Funktionen der Wirtschaftsfreiheit vgl. MÜLLER J.P., Grundrechte, 637 ff.; GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 59 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droits fondamentaux, 314 ff.; VALLENDER/VEIT, Skizze, 9 ff.; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, 789 ff.; RHINOW, Kommentar zu Art. 31 [a]BV, N 28 ff.; HANGARTNER, Grundrechte, 132.

336 Zu den Funktionen des Eigentums z.B. VEIT, Ordnungsfunktion, 5 ff., 10, der die Eigentumsgarantie als Grundpfeiler einer auf privatautonomer Koordination beruhender Wirtschaftsverfassung bezeichnet, da Eigentumsrechte zentraler Bestandteil eines auf dezentralen Entscheidungen beruhenden privatautonomen Koordinationsmechanismus sind. Ziel dieser dezentralen Koordination sei u.a. der effiziente Einsatz der Produktionsfaktoren. Vgl. Weiter HOTZ-HART/MÄDER/VOCK ET AL., Volkswirtschaft, 22 ff.

337 Die koordinationsrechtliche Bedeutung der Koalitionsfreiheit liegt bei der Tarifautonomie, d.h. bei der (begrenzten) Rechtsetzungsbefugnis der Verbände. Die in diesem Rahmen geschlossenen Gruppenvereinbarungen werden durch Allgemeinverbindlicherklärung auch für Dritte bindend; vgl. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 154; RHINOW, Arbeitsverfassung, 177.

338 Vgl. VALLENDER, Konzeption, 909; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droits fondamentaux, 318; HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 340; Botschaft BV, 174; ablehnend RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, 568.

339 Vgl. z.B. SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 39 ff.; RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, 570; VALLENDER, Konzeption, 902 ff.;

> **Art. 94** Grundsätze der Wirtschaftsordnung
>
> [1] Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.
>
> [2] Sie wahren die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und tragen mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung bei.
>
> [3] Sie sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft.
>
> [4] Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

Art. 94 Abs. 1 verankert zunächst positiv, dass sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten, Abs. 4 hingegen negativ, dass Abweichungen von eben diesem Grundsatz – gemeint sind wirtschaftslenkende Massnahmen, die das normale Spiel von Angebot und Nachfrage ausser Kraft setzen – ihre Grundlage in der Verfassung selbst finden müssen.[340] Die Wirtschaftsfreiheit erhält so einen *besonderen, gegenüber Art. 36 BV durch das Erfordernis einer erhöhten Konsensebene für Abweichungen qualifizierten, Schutz*. Art. 96 BV enthält einen Gesetzgebungsauftrag zur Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Wettbewerbsbeschränkungen: 208

> **Art. 96** Wettbewerbspolitik
>
> [1] Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.
>
> [2] Er trifft Massnahmen
>
> a. zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und öffentlichen Rechts;
>
> b. gegen den unlauteren Wettbewerb.

Durch Auslegung dieser Kompetenznorm ergibt sich folgender verfassungsrechtliche Rahmen für den Kartellgesetzgeber: Hinsichtlich des Geltungsbereichs werden «Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen» erfasst.[341] Hinsichtlich der Zielrichtung sollen «volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen» verhindert werden. Eine nähere Umschreibung dieses Ziels oder Hinweise auf das 209

---

[340] Dazu BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, 786 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droits fondamentaux, 346 ff., 358 ff.; MÜLLER J.P., Grundrechte, 656 ff.; VALLENDER/VEIT, Skizze, 9 ff.; HANGARTNER, Grundrechte, 142 ff.; RHINOW, Kommentar zu Art. 31 [a]BV, N 128 ff.

[341] Das Kartellgesetz konkretisiert den verfassungsrechtlichen Geltungsbereich, indem es Wettbewerbsabreden, Ausübung von Marktmacht und Unternehmenszusammenschlüsse erfasst (Art. 2 Abs. 1 KG). Vgl. weiter SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 469; RHINOW, Kommentar zu Art. 31bis BV, N 204 ff.

zulässige Instrumentarium lässt der Verfassungstext vermissen. Immerhin lässt sich dem Verfassungstext nach der h.L. entnehmen, dass dem Gesetzgeber die *Einführung eines generellen Kartellverbots untersagt* ist, geht doch der Verfassungstext implizit auch von der Existenz volkswirtschaftlich oder sozial nicht schädlicher Kartelle aus, deren Bekämpfung dem Kartellgesetzgeber verwehrt ist (Plakativ: die viel kritisierten Begriffe der sog. «Missbrauchsgesetzgebung», «Verbot der Verbotsgesetzgebung»).[342] Nach dem Gesagten wird deutlich, dass die Umschreibung «volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen» im wesentlichen dem Gesetzgeber überlassen ist. «Insbesondere verzichtet der Verfassungstext darauf, dem Gesetzgeber die Verwendung bestimmter Mittel vorzuschreiben oder ihm bestimmte Mittel vorzuenthalten».[343] So soll es nach h.L. dem Gesetzgeber auch nicht verwehrt sein, vorbeugend gegen gewisse Arten von Kartellen vorzugehen, beispielsweise ein *selektives Kartellverbot* zu verhängen, sofern dieses Mittel zielkonform und verhältnismässig eingesetzt würde.[344]

b) Annahme eines relevanten Bezugssystems

210 Zwar scheuen sich die meisten Autoren, der Verfassung ein bestimmtes Systembekenntnis im Bereich der Wirtschaft – einen «ordnungspolitischen Grundentscheid» – zu entnehmen und raten ihren Kollegen hierbei zur «Vorsicht»![345] Trotzdem zögert die Lehre kaum beim Gebrauch prägnanter, die schweizerische Wirtschaftsverfassung treffend charakterisierender Begriffe[346], welche schliesslich nichts an-

---

342 Vgl. RHINOW, Kommentar zu Art. 31bis [a]BV, N 208 ff.; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 469; GYGI, Richtpunkte, 156; VALLENDER, Wirtschaft, 960; RICHLI, Verfassungsgrundsätze, 126; RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 101; GRISEL, Partie spéciale, 175; Schürmann, Kartellartikel, 199; HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 676 f. Zur Kritik an dieser Bezeichnung FN II/124 und N 553.

343 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI, Wirtschaftsrecht, 431.

344 Vgl. GYGI, Richtpunkte, 157; RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 103 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 171; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 469. Auch ein Blick in die Materialien bestätigt diese Auffassung: vgl. Botschaft BV, 301 und Amtl. Bull. StR (BV) 1998, 89 f. (Votum Aeby Pierre, Berichterstatter): «Il convient tout de même de rappeler ici qu'en matière de cartels, la marge d'action du législateur, c'est-à-dire du Parlement, est tout à fait importante. Le Parlement pourrait notamment, dans certain cas, en application de cet article, utiliser l'instrument de l'interdiction des cartels». Ferner Botschaft KG, 635.

345 So RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, 568.

346 RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, 568 f. charakterisiert die Wirtschaftsverfassung als eine freiheitlich-wettbewerbsorientierte, sozial- und umweltverpflichtete Wirtschaftsordnung (ebenso BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, 790 und Vergleich, 61); MÜLLER J.P.,

deres als Versuche einer Systemcharakterisierung darstellen, gegen die man sich m.E. unnötigerweise sträubt, wird doch mit einem Bekenntnis z.B. zum Wettbewerbssystem die Notwendigkeit auch staatlicher Verantwortung in bestimmten Bereichen, namentlich im Sozial- oder Umweltbereich, zumeist nicht in Frage gestellt.[347] Schliesst man sich der Ansicht an, dass ein Systembekenntnis nicht die Übernahme eines wirtschaftstheoretischen Idealbildes, sondern die Charakterisierung des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Realbildes beinhaltet, so wird man sich auch folgenden Überlegungen nicht verschliessen können:

Die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) legen die Grundlage für eine Wirtschaftsordnung, die in erster Linie auf der Eigeninitiative und der Privatautonomie der privaten Wirtschaftssubjekte beruht.[348] So bezeichnet denn auch das Bundesgericht *die Wirtschaftsfreiheit «als Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung».*[349] Komplementiert wird die (grundsätzliche) Privatwirtschaft durch einen öffentlichen Sektor oder Verantwortungen des Staates, namentlich im Bereich der Wirtschafts- 211

Grundrechte, 637 f. spricht von einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung «für eine marktwirtschaftlich organisierte Wirtschaft bzw. eine Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs [im Sinne einer negativen Wettbewerbsfreiheit], die grundsätzlich jede Lenkung der Wirtschaft durch den Staat ausschliesst.» Weiter AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droits fondamentaux, 317: «le choix du constituant en faveur d'un système économique libéral, fondé sur la libre entreprise et la concurrence.» GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 41 ff. zeichnen ein «Gesamtbild der freiheitlichen und sozialverpflichteten Wirtschaftsverfassung». Nach VALLENDER, Grundentscheid, 1051 enthält die Bundesverfassung «einen ordnungspolitischen Grundentscheid, der die Wettbewerbskoordination im Rahmen einer Privatwirtschaftsordnung zur Kernverfassung erhebt.» Im Anschluss an VALLENDER sprechen KAYSER/RICHTER, Bundesverfassung, 1046 von einer verfassungsrechtlichen «Grundentscheidung für die marktorientierte Privatwirtschaft»; ebenso bejahen HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 675 einen ordnungspolitischen Grundentscheid «für eine prinzipiell wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft».

347 Zu den Missverständnissen in diesem Bereich auch VALLENDER, Grundentscheid, 1050 f.; SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 348 ff.; PETERS, Wirtschaftssystemtheorie, 63.

348 Vgl. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droits fondamentaux, 318; VALLENDER, Konzeption, 909; GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 35 f.; HANGARTNER, Grundrechte, 74; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, 789 f.; MARTI H., Wirtschaftsfreiheit, 25.

349 Vgl. BGE 124 I 11 ff., 18 f. «Georg Müller/Kt. AG». Weiter spricht BGE 124 I 25 ff., 31 «Sachversicherung GL» von einer «marktwirtschaftlicher Ordnung, die durch die institutionelle oder wirtschaftspolitische Komponente von Art. 31 BV geschützt wird». In einem älteren Entscheid entnimmt das Bundesgericht Art. 27 BV die «wirtschaftspolitische Grundentscheidung für ein System des freien Wettbewerbs» (BGE 116 Ia 237 ff., 240 «F./OG Kt. BE»).

und Sozialpolitik.[350] Der institutionelle Aspekt der Privatwirtschaft zeigt sich darin, dass der Staat – wo notwendig – Verantwortungen im Bereich der Privatwirtschaft wahrnehmen, diese aber nicht übermässig einschränken oder vollständig aushebeln darf.[351] Unterstrichen wird diese institutionelle Komponente durch Art. 94 BV – «Grundsätze der Wirtschaftsordnung» – wonach Bund und Kantone sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten (Abs. 1), die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft wahren und mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung beitragen (Abs. 2) sowie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft sorgen (Abs. 3). Die negative Wettbewerbsgarantie verdeutlicht Abs. 4, wonach Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig sind, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.[352] Die exemplarische Erwähnung von Massnahmen gegen den Wettbewerb wird denn auch als Verdeutlichung des Wertungsmusters der Bundesverfassung gesehen.[353]

212 Der durch die Wirtschaftsfreiheit gewährleistete Schutz des freien Zugangs und der freien Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit ist notwendige, jedoch nicht hinreichende Voraussetzung für eine Wettbewerbswirtschaft[354], ermöglicht doch die vom selben Grundrecht geschützte Vertragsfreiheit auch die Kartellbildung und damit die Einschränkung des Marktzugangs für Kartellaussenseiter – mithin eine Zurückbindung des Wettbewerbs.[355] *Durch Art. 96 Abs. 1 BV wird dieser Konflikt*

---

350 Vgl. GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 35 f.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 181 ff.; VEIT, Ordnungsfunktion, 10 ff.

351 Ausführlich SCHLUEP, Wirtschafts- und Sozialverfassung, 335 f. m.w.H.

352 Vgl. VALLENDER, Grundentscheid, 1039 f.; MÜLLER J.P., Grundrechte, 638; RHINOW, Bundesverfassung, 310 ff.

353 Vgl. VALLENDER, Grundentscheid, 1049.

354 Zu den Voraussetzungen einer Wettbewerbswirtschaft VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 4 ff.; HOTZ-HART/MÄDER/VOCK ET AL., Volkswirtschaft, 41 f.

355 Zu diesem Spannungsfeld GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 59 f.; VALLENDER, Konzeption, 896; GRISEL, Partie générale, 128 ff.; MARTI H., Wirtschaftsfreiheit, 21 ff.; 36 f.; MÜLLER J.P., Grundrechte, 639 geht hingegen schon aufgrund der Wirtschaftsfreiheit von der Teilnahme am Wettbewerb als grundrechtlich gesichertem Anspruch aus: «Mit der Garantie einer staatsfreien, wettbewerbsgesteuerten Wirtschaft wird zwar zunächst ein objektives Ordnungsprinzip, nämlich der Grundsatz der freien Konkurrenz, verfassungsrechtlich verankert. Dem Einzelnen wird aber auch ein grundrechtsgeschützter Anspruch auf Durchsetzung dieser Wirtschaftsordnung zuerkannt, wenn sie individuell betroffen sind.»

allerdings zugunsten der Wettbewerbskoordination aufgelöst, enthält dieser doch einen Gesetzgebungsauftrag zur Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. *Nach heutigem Verfassungsverständnis handelt es sich hierbei um Wettbewerbsbeschränkungen, die den Wettbewerb beseitigen, darum grundsätzlich unzulässig sind* (vgl. Art. 5, 7 und 10 KG) und nur ausnahmsweise gerechtfertigt werden können (Art. 8 und 11 KG); lediglich unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen sind ohne Weiteres zulässig (Art. 5 Abs. 1 KG e contrario). Beachtlich ist die Auffassung des Verfassungsgebers, dass Massnahmen gegen solche Wettbewerbsbeschränkungen im Einklang mit der Wirtschaftsfreiheit stehen, also grundsatzkonform sind; das Wettbewerbsprinzip hat durch diese Konzeption gegenüber der Vertragsfreiheit erheblich grösseres Gewicht erhalten: volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen können daher durch die Vertragsfreiheit – als Teilaspekt der Wirtschaftsfreiheit – keinen Schutz erfahren.[356] Dass Massnahmen zum Schutz des Wettbewerbs im Einklang mit der Wirtschaftsfreiheit erfolgen, zeigt auch, dass nach Meinung des Verfassungsgebers das Wettbewerbsprinzip der Wirtschaftsfreiheit in einem gewissen Masse systeminhärent ist[357], ohne dass freilich die Wirtschaftsfreiheit dieses alleine für sich gewährleisten könnte. Die *Koordination durch Gruppenvereinbarung* – welche ihre Grundlage in Art. 28 BV findet – sieht die Verfassung in Teilbereichen vor, so im Arbeits- und Wohnungsmarkt (Art. 110 Abs. 1 lit. d und Art. 109 Abs. 2 BV).[358] Nach HANGARTNER kann dagegen das ordnungspolitische Leitbild der Wirtschaftsfreiheit in Art. 94 BV nicht einfach mit Wettbewerbswirtschaft gleichgesetzt werden; auch nach Art. 96 BV müssten schliesslich schwächere Marktteilnehmer die Übermacht starker Wettbewerber in einem gewissen Ausmass hinnehmen.[359] Die Auffassung verkennt, dass temporäre Machtpositionen im Markt und gewisse Wettbewerbsbeschränkungen nach dem heutigen Stand der Wettbewerbstheorie mit ein Ausdruck einer funktionierenden, *dynamischen* Wettbewerbswirt-

---

[356] Vgl. MÜLLER J.P., Grundrechte, 657; VALLENDER, Grundentscheid, 1049; GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 152 f.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droits fondamentaux, 339 f.; Botschaft BV, 301.

[357] Vgl. auch RHINOW, Kommentar zu Art. 31bis [a]BV, N 187; Botschaft BV, 174 f., 301 f.; GYGI, Wirtschaftsverfassung, 320 f.

[358] Vgl. VALLENDER, Grundentscheid, 1044 ff.; Botschaft BV, 177 ff., 320.

[359] Vgl. HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 345 f.

schaft bilden.[360] In diesem Sinne ist aber richtig, «dass die Wirtschaftssubjekte nicht unter Berufung auf Art. 35 Abs. 3 BV [i.V.m. Art. 27 BV] das Verbot von volkswirtschaftlich oder sozial nützlichen oder zumindest nicht schädlichen Kartellen verlangen können.»[361] Dies hindert aber die Charakterisierung des ordnungspolitischen Leitbilds der Wirtschaftsverfassung insgesamt – nicht allein der Wirtschaftsfreiheit – als Wettbewerbsverfassung nicht. Zu der Auffassung, dass Art. 96 BV auch Art. 35 Abs. 3 BV in Verbindung mit dem Schutz der individuellen Wirtschaftsfreiheit von Art. 27 BV konkretisiere ist allerdings anzumerken, dass im geltenden Kartellgesetz der Schutz des Wettbewerbs als Institution im Vordergrund steht.[362] Der Schutz des von Wettbewerbsbeschränkungen betroffenen Wirtschaftssubjekts wird nur indirekt, durch die Offenhaltung von Freiheitsräumen (die Beseitigung des Wettbewerbs ist ja grundsätzlich unzulässig), bewerkstelligt. In diesem Sinne kennt die schweizerische Wirtschaftsverfassung keine positive Wettbewerbsgarantie. Das schweizerische Kartellgesetz neigt sich in diesem Aspekt also eher der Sicht der (modifizierten) Systemtheorie zu.[363]

213 Zusammenfassend ergibt sich aus der Wirtschaftsverfassung das *Bild einer Privatwirtschaft* (Art. 26, 27 und 28 BV), welche staatliche Massnahmen zur Lenkung der Wirtschaft nur auf der Basis einer Grundlage in der Verfassung zulässt (Art. 94 Abs. 4 BV). Des weiteren ist der Verfassung zu entnehmen, dass volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen unerwünscht (Art. 96 Abs. 1 BV), *die Privatwirtschaft demnach grundsätzlich durch Wettbewerb zu koordinieren ist*; die Koordination durch Gruppenvereinbarung ist nur punktuell vorgesehen (Art. 110 Abs. 1 lit. d und Art. 109 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 28 BV, Art. 8 und 11 KG).[364] Verdeutlichend bleibt anzumerken, dass Wettbewerb kein Ziel für sich bildet, sondern instrumental, zur Erreichung übergeordneter staatspolitischer Ziele (vgl. etwa die Präambel, Art. 2 BV, Art. 41 BV etc.)[365] gesehen werden muss.[366]

---

360 Vgl. zur Wettbewerbstheorie diesbezüglich II/11.2.3, welche sich mit der in den parlamentarischen Kommissionen vertretenen Auffassung deckt; II/3.2.4, c), N 134.
361 HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 345.
362 Vgl. z.B. Botschaft BV, 301 f. und II/2.2.1, a).
363 Vgl. II/11.2.3, a), N 697.
364 Vgl. für eine grafische Darstellung Abb. 4.
365 Weiterführend dazu MACHERET, Buts, 133 ff.; KOLLER, Einleitungstitel, 660 ff.
366 Dazu die Hinweise in FN II/389.

5.2.2 Verfassungsauftrag zum Schutz des Wettbewerbs

a) Konkretisierung anhand der relevanten Bezugsnormen

214 Nimmt man für die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» die Wirtschaftsfreiheit zum Massstab, ergeben sich einige Unklarheiten. Einerseits schützt die Wirtschaftsfreiheit den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, andererseits die Vertragsfreiheit als Voraussetzung für die Bildung von Kartellen.[367] Das Grundrecht selbst gibt darum keine Antwort auf die Frage, wessen Freiheit zu schützen ist, die Freiheit des Kartellisten zur Wettbewerbsbehinderung oder die Freiheit des Behinderten auf Marktzugang.[368] Es ist unter diesem Blickwinkel weitgehend dem Gesetzgeber überlassen, im Rahmen der Zuordnung der verschiedenen Freiheitssphären unter Erhaltung des gesamten Ordnungszusammenhangs praktische Konkordanz zwischen diesen individualrechtlichen Dimensionen der Wirtschaftsfreiheit herzustellen.[369]

215 Immerhin verdeutlicht Art. 94 Abs. 4 BV im Sinne eines «Wertungsmusters», dass (staatliche) Massnahmen gegen den Wettbewerb besonders verpönt und nur aufgrund einer Grundlage in der Verfassung selbst zulässig sind.[370]

216 Auch aus Art. 96 BV lässt sich kein stringenter Leitfaden für die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» ableiten.[371] Das Mass des zu schützenden Wettbewerbs kann – unter dem Blickwinkel dieser Kompetenznorm – weitgehend durch den Gesetzgeber bestimmt werden. Aus der Konzeption von Art. 96 BV kann allerdings eine Präponderanz des Wettbewerbsprinzips gegenüber der Vertragsfreiheit abgeleitet werden, erfolgen Massnahmen zum Schutz des Wettbewerbs doch im Einklang mit der Wirtschaftsfreiheit.[372]

---

367 Vgl. die Ausführungen in N 212.
368 Vgl. GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 60.
369 Vgl. HESSE, Verfassungsrecht, N 317 f.; gl.M. RHINOW/GUROVITS, Gutachten, 11.
370 Vgl. VALLENDER, Grundentscheidung, 1049.
371 Vgl. die Ausführungen in N 209.
372 Vgl. die Ausführungen in N 212.

b) Konkretisierung anhand des relevanten Bezugssystems

217 Will man der Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» das oben aufgezeigte System einer grundsätzlichen wettbewerbsorientierten Privatwirtschaft zugrunde legen, so sind folgende zusätzliche Überlegungen anzustellen:

218 Wirtschaftsbereiche, welche die Verfassung von der Wettbewerbskoordination ausnimmt (Art. 94 Abs. 4 BV), liegen ausserhalb des Geltungs- und Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes; sie werden über Art. 2 KG (der Unternehmensbegriff des KG klammert z.B. den Arbeitsmarkt aus) und Art. 3 KG (Vorschriften, welche eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten, hindern die Anwendung des KG) ausgefiltert. Daraus folgt, dass diese *verfassungsrechtlichen Relativierungen der Wettbewerbskoordination für die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» keine Bedeutung erlangen können*; sie sind bei Betrachtung des Bezugssystems auszublenden.

219 Für den übrigen Bereich der Wirtschaft werden Wettbewerbsbeschränkungen, die nach Art. 5, 7 und 10 von der Wettbewerbskommission als unzulässig einzustufen wären, unter dem *verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der «volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit» aber ausnahmsweise zulässig sind, durch den Bundesrat zugelassen* (Art. 8 und 11 KG). Somit haben auch diese Wettbewerbsbeschränkungen für die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» keine Bedeutung (vgl. dazu Abb. 4).

220 Als Konsequenz ergibt sich, dass – aufgrund der Anlage des Gesetzes – unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die *Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf die Gewährleistung eines (dem Grundsatz der wirtschaftlichen Effizienz verpflichteten) Wettbewerbssystems* erfolgen muss: Wettbewerbsbeschränkungen, die zu einer gänzlichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, können demgemäss von der Wettbewerbskommission nicht zugelassen werden; die Koordination ganzer Wirtschaftszweige durch Gruppenvereinbarung wäre nur dort zulässig, wo diese zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen erforderlich ist (Art. 8 und 11 KG, u.U. auch Art. 10 Abs. 3 KG).[373] Die Berücksichtigung anderer Belange als derjenigen des Wettbewerbs ist der

[373] Vgl. aber II/11.2.3, g), N 743 zum Stichwort «failing company defense».

Wettbewerbskommission verwehrt. Freilich hat die Wettbewerbskommission nicht ein System des freien Wettbewerbs im Sinne der «vollkommenen Konkurrenz» anzustreben, sind doch unerhebliche Wettbewerbsbeschränkungen per se zulässig und erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen der (wettbewerblichen) Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zugänglich.[374]

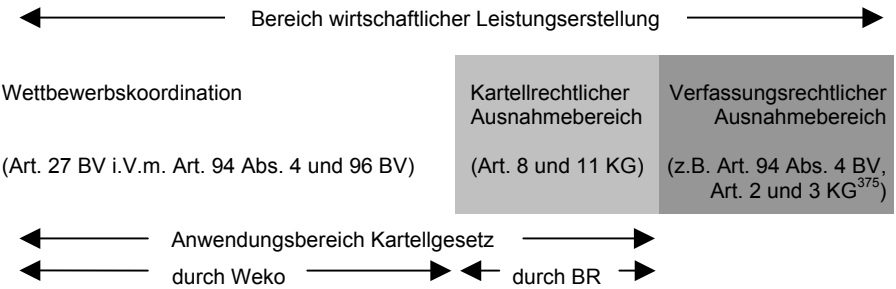


Abb. 4: Ausnahmebereiche ohne Wettbewerbskoordination

c) Exkurs: Ordnungspolitische Offenheit der Bundesverfassung von 1874

Die Konzeption der schweizerischen Wirtschaftsverfassung unter der alten Bundesverfassung von 1874 ist Gegenstand heftiger Kontroversen. Die damalige Lehre betont zwar die herausragende Bedeutung der in Art. 31 aBV verankerten Handels- und Gewerbefreiheit (HGF), doch war die Wirtschaftsordnung – gestützt auf die auch in der neuen BV vorhandenen «Abweichungskompetenzen» – zugleich von erheblichen, interventionistischen Eingriffen in den Markt durchsetzt, die teilweise in den letzten Jahren abgebaut worden sind («marktwirtschaftliche Erneuerung»[376]). Die Bedeutung des privaten oder öffentlichen Sektors wird darum von der Lehre teilweise sehr unterschiedlich eingeschätzt.[377] 221

Kommt dazu, dass die *Tragweite des damaligen «Kartellartikels»* (Art. 31 Abs. 3 lit. d aBV) aus mehreren Gründen interpretationsbedürftig ist. Einerseits ist unklar, ob es sich bei fraglicher Bestimmung um eine «Befugnis» oder einen «Auftrag» 222

374 Zur vollkommenen Konkurrenz als wettbewerbspolitisches Leitbild II/11.2.3, b).

375 Die Wettbewerbskommission unterscheidet zwischen Geltungsbereich (Art. 2 KG) und Anwendungsbereich (Art. 3 KG) des Gesetzes; vgl. dazu ausführlich RPW 2001, 255 ff., 267 ff. «Watt/Migros – EFF» und RPW 2001, 293 ff., 299 ff. «Watt/Migros – EBL».

376 Vgl. dazu die Ausführungen in N 109.

377 Vgl. BIAGGINI, Vergleich, 56.

zur Gesetzgebung handelt – m.a.W. ob der Gesetzgeber nach dem Kartellartikel überhaupt zum Schutz des Wettbewerbs verpflichtet ist –, wobei die Lehre mehrheitlich einem Gesetzgebungsauftrag zuneigt.[378] Andererseits ist umstritten, ob Massnahmen gegen Kartelle in Abweichung – wie dies der Kartellartikel dem Wortlaut nach grundsätzlich ermöglicht – oder im Einklang mit der HGF erfolgen, m.a.W. ob die Verfassung tendenziell eher die Vertragsfreiheit und damit die Freiheit zur Kartellbildung oder das Wettbewerbsprinzip und damit den freien Marktzugang bevorzugt.[379] Des Weiteren ist auch die inhaltliche Tragweite des Kartellartikels nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut ersichtlich, m.a.W. welche wettbewerbspolitischen Massnahmen die Bestimmung erlaubt oder gebietet.[380] Die Bundesverfassung von 1999 klärt diese Fragen nun zugunsten des Wettbewerbsprinzips.[381]

223 Folgt man RHINOW, so lassen sich diese Lehrmeinungen in drei Gruppen, die je eine andere Konzeption der Wirtschaftsverfassung vertreten, einordnen: Wirtschaftsverfassung der Handels- und Gewerbefreiheit, der Wettbewerbsfreiheit oder der Wirtschaftspolitik.[382] Die Kontroverse weist aber für die Kartellgesetzgebung eine relativ geringe Bedeutung auf, ist der Gesetzgeber im Bereich der Wettbewerbspolitik nach der alten Bundesverfassung doch so oder so befugt, von der HGF (Wirtschaftsfreiheit) abzuweichen.[383] Entscheidend ist diese Frage aber zur *Klärung der wirtschaftspolitischen Wertungen, die der (alten) Verfassung zugrunde liegen* und daher auch in die Gesetzgebung ausstrahlten.

5.3 Thesenbildung

224 Im Folgenden werden die verfassungsrechtlich vorgegebenen Inhalte und Grenzen einer Kartellgesetzgebung und –konkretisierung aufgezeigt. Vorweggenommen sei, dass von einem verfassungsrechtlichen Auftrag an die Wettbewerbskommission zum Erhalt des Wettbewerbssystems auszugehen ist.

---

[378] Vgl. RHINOW, Kommentar zu Art. 31[bis] [a]BV, N 111 ff. m.w.H.; GYGI, Richtpunkte, 146.
[379] Vgl. dazu SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 466 ff.; GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, 146 ff.; GYGI, Richtpunkte, 147 ff.
[380] Vgl. RHINOW, Kommentar zu Art. 31[bis] [a]BV, N 184.
[381] Vgl. II/5.2.1, b).
[382] Vgl. RHINOW, Kommentar zu Art. 31 [a]BV, N 17 ff. m.w.H.
[383] Vgl. RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 97.

5.3.1 Inhalte der Kartellgesetzgebung und –konkretisierung

a) Auftrag der Wettbewerbskommission zum Schutz des Wettbewerbs

Die Verfassung konstituiert kein «reines» Wettbewerbssystem: Einerseits nimmt sie bestimmte Bereiche der Wirtschaft von der Wettbewerbskoordination aus, andererseits verbietet sie die Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial nicht schädlicher Auswirkungen von Kartellen und Wettbewerbsbeschränkungen – namentlich solcher, die nur unerhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.[384] Diese Bereiche blendet das Kartellgesetz aus.[385] Für den übrigen, überwiegenden Teil der Wirtschaft sieht die Verfassung grundsätzlich die Koordination durch Wettbewerb[386] vor. Konsequenterweise ist die Wettbewerbskommission gehalten, die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf die Erhaltung eines (dem Grundsatz der wirtschaftlichen Effizienz verpflichteten) Wettbewerbssystems vorzunehmen, soweit die Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht gänzlich unerheblich sind. Man kann daher – in den Bereichen der Wirtschaft, wo das Kartellgesetz anwendbar ist – von einem verfassungsrechtlichen *Auftrag an die Wettbewerbskommission zum Schutz des Wettbewerbs* sprechen. 225

b) Ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat

In Art. 8 und 11 KG sieht ein Teil der Lehre den verfassungsrechtlich gesehen notwendigen Ausgleich zwischen Wettbewerbsinteressen und gesamtgesellschaftlichen Interessen.[387] Schliesslich ist die Erhaltung «wirksamen Wettbewerbs» auf den Märkten kein Ziel an sich, sondern muss instrumental, zur Erreichung übergeordneter staatspolitischer Ziele[388] gesehen werden.[389] So lassen Art. 8 und 11 KG Wettbewerbsbeschränkungen dort Raum, wo sie zur Erreichung dieser staatspoliti- 226

---

384 Vgl. II/5.2.1, b).
385 Vgl. II/5.2.2, b).
386 Zum Begriff des Wettbewerbs nachfolgend II/11.2.3.
387 Vgl. RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 132.
388 Vgl. N 213 m.w.H.
389 In diesem Sinne GYGI, Wirtschaftsverfassung, 309 ff., 321 ff.; SCHLUEP, Kartellgesetz, 86 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 10; SCHÜRMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 471; Botschaft Wirt.-Art., 847.

schen Ziele notwendig sind und der Wettbewerb in dieser Hinsicht als Koordinationsinstrument versagt.

227 Während nun aber staatliche Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig sind, wenn sie in der Verfassung selbst vorgesehen sind, können private Wettbewerbsbeschränkungen, die den Einzelnen viel einschneidender binden können als es staatliche Massnahmen zu tun vermöchten[390], durch «simplen» Entscheid des Bundesrates zugelassen werden. So werden an die «private zentrale Planung» der Wirtschaft[391] bedeutend niedrigere Anforderungen gestellt als an die «staatliche zentrale Planung», ohne dass bessere Resultate privater Massnahmen ausgewiesen wären – im Gegenteil![392] Nun aber zementieren zentrale Pläne ungeachtet ihrer Form vorrechtliche Macht und bedrohen damit Freiheiten[393], ist doch die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch ein Kartell oder einen Unternehmenszusammenschluss nichts anderes als Diktat der Bedingungen der Marktteilnahme – sei der Teilnehmer nun Produzent oder Konsument. Es stellt sich damit schon aus *rechtsstaatlicher Sicht* die Frage, ob dieses Setzen der Teilnahmebedingungen auf einem Markt – im weitesten Sinne Rechtsetzung – durch Private, vom Bundesrat zugelassen werden kann (Art. 164 BV).[394] Rechtspolitische Bedenken hierzu sind auch in Deutschland laut geworden, das in § 8 GWB eine analoge Regelung kennt.[395]

228 Zudem wurde schon in der Vernehmlassung die Meinung vertreten, es sei «schwierig, einzusehen, weshalb der Schutz öffentlicher Interessen durch das ineffiziente Mittel der Tolerierung von Wettbewerbsbehinderungen erfolgen soll. Wo tatsäch-

---

390 So schon die Formulierung bei Einführung des Kartellartikels; vgl. Botschaft Wirt.-Art., 850.

391 So der Ausdruck von SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 2.

392 Ist doch der Staat bei Erfüllung seiner Aufgaben immerhin an Verfassung und Gesetz, namentlich an die Grundrechte gebunden (Art. 5 BV, Art. 35 Abs. 1 und 2 BV, Art. 36 BV); dagegen sind der Willkür Privater durch die Rechtsordnung kaum Grenzen gesetzt (allenfalls Art. 35 Abs. 3 BV, Art. 7 KG). Inwieweit die Teilnehmer an einer aus öffentlichen Interessen zugelassenen Wettbewerbsbeschränkung allenfalls an die Grundrechte gebunden sind, soll hier nicht weiter erörtert werden; vgl. zur Problematik BGerE vom 8.6.2001, 2P.96/2000 «Braderie».

393 Vgl. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 2; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 5 f.

394 Kritisch zur Rechtsetzung Privater auch HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 1886 ff.; eher differenzierend MARTI A., Selbstregulierung, 580 ff. Zur ganzen Problematik auch VPB 1970-1971, Nr. 100 «Milchproduzenten» und VPB 1980, Nr. 28 «Lebensmittel-Buch». Zu Art. 164 BV allgemein MÜLLER G., Rechtsetzung, 1106 ff.

395 Vgl. IMMENGA, Kommentar zu § 8 GWB, N 24 ff.; ausführlich dazu II/11.3.3.

lich ein öffentliches Interesse vorliegt, können Förderungsmassnahmen offen vorgenommen werden. Sie sollten sich jedoch nicht auf ein Kartellgesetz stützen, sondern auf gesetzliche Grundlagen, welche gemäss den anderen Ausnahmebestimmungen zur Handels- und Gewerbefreiheit erlassen werden.»[396] Die Ausnahmeklausel gemäss Art. 8 KG sei «viel zu schwammig» und könne wohl für Alles und Jedes herangezogen werden.[397] Auch in der *ökonomischen Theorie* (TINBERGENsche Regel bzgl. Zahl der Instrumente) scheint gesichert, dass verteilungspolitische Massnahmen soweit wie möglich allokationsneutral durchzuführen sind, ohne die Effizienz durch Eingriffe in den Wettbewerb zu beeinträchtigen; soziale Ziele sollen besser durch Steuern und Transferzahlungen verwirklicht werden.[398]

Aus rechtsstaatlicher wie ökonomischer Hinsicht stellt sich die Frage, ob Art. 8 KG nicht eingeschränkt ausgelegt werden muss. Dies kann durch eine funktionale Betrachtung der Norm geschehen (vgl. II/11.3.3). 229

c) Vorbehalt staatlicher Vorschriften

Der ordnungspolitische Grundentscheid für eine wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft wird durch eine Reihe öffentlich-rechtlicher Vorschriften durchbrochen, welche den Wettbewerb als Koordinationsprinzip einschränken oder ausschalten. Diese Eingriffe erfolgen durch den Gesetzgeber aufgrund einer Ermächtigung in der Verfassung und sollen nicht durch eine Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften unterlaufen werden.[399] Dementsprechend ist die Anwendung des Kartellgesetzes ausgeschlossen, soweit staatliche Vorschriften auf einem Markt für be- 230

---

396 Stellungnahme der Nationalbank in Vernehmlassung KG, 33. So führt auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in RPW 2001, 381 ff., 411 «Sammelrevers Verlagserzeugnisse II» hinsichtlich der Möglichkeit der Zulassung der Buchpreisbindung aus öffentlichen Interessen aus, dass, wo die Buchpreise gebunden werden, dies nicht im Rahmen der allgemeinen Regeln des Wettbewerbsrechts, sondern aufgrund branchenspezifischer Sonderregeln, die in den meisten OECD-Staaten vom Gesetzgeber erlassen werden, geschieht.

397 Stellungnahme verschiedener Unternehmen, der LdU, etc.; vgl. Vernehmlassung KG, 33. Beachtlich auch Streichungsantrag und Votum von Weder in Amtl. Bull. NR 1995, 1092 f. (Votum Weder Hansjürg). Vgl. hier auch die Kritik von POLEDNA, Bewilligungen, 158 ff. und JAEGER, Fundierung, 441 ff.

398 Dazu ausführlich SCHÄFER, Allokationseffizienz, 13 f.; SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse, 31; COOTER/ULEN, Economics, 104 ff.; HOTZ-HART/MÄDER/VOCK, Volkswirtschaft, 55. Ausführlich dazu II/11.3.3.

399 Vgl. BALDI, Überblick, 8 f.; SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 3 KG, N 14; ZÄCH, Kartellrecht, 126; BORER, Kommentar, 111; Botschaft KG95, 536 ff.

stimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

231 Der Vorbehalt ist unter dem Blickwinkel des von der Verfassung vorgegebenen Wirtschaftssystems eng auszulegen, was schon der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 impliziert («...soweit sie Wettbewerb (...) nicht zulassen...»). Dementsprechend ist «dem Wettbewerbsprinzip auch im Falle von Interventionen des Staates so weit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen.»[400]

5.3.2 Grenzen der Kartellgesetzgebung und –konkretisierung

a) Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen

232 Die Lehre schliesst einhellig ein *allgemeines, absolutes Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen* auf Grundlage des Kartellartikels aus, geht der Verfassungstext von Art. 96 BV implizit auch von der Existenz volkswirtschaftlich oder sozial nicht schädlicher Auswirkungen von Kartellen aus, deren Bekämpfung den Behörden verwehrt ist.[401]

233 Im Allgemeinen bejaht wird hingegen die *Möglichkeit eines Verbotes ganz bestimmter, im Allgemeinen sich schädlich auswirkender Wettbewerbsbeschränkungen («selektives Kartellverbot»)*, welches – unter Beachtung des verfassungsrechtlichen Auftrags – durchaus mit der Verfassung im Einklang stehen kann.[402] Der Wortlaut von Art. 96 BV, aber auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebieten in diesem Falle jedoch die Verankerung von Ausnahmeklauseln; eine per se-Regelung erschiene verfassungsrechtlich eher fragwürdig.[403] Als in der Regel schädlich anerkannt sind nach heutigem Stand der Wissenschaft horizontale Preis-

---

400 BORER, Kommentar, 112. Gl. M. BALDI, Überblick, 8 f.; ZÄCH, Kartellrecht, 126; Botschaft KG95, 539 f.; AMSTUTZ, Funktion, 248 ff., 259 f. Vgl. weiter II/11.3.4.

401 Vgl. die Hinweise in FN II/342.

402 Vgl. die Hinweise in FN II/344.

403 Vgl. GYGI, Richtpunkte, 157; RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 103 f., 108 f. Nach HANGARTNER, Wirtschaftsfreiheit, 345 ist es unter Vorbehalt des Verhältnismässigkeitsgebots eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens, ob der Gesetzgeber ein schematisierendes Verbot ausspricht, das keine Ausnahmen zulässt, oder ob er, durch dem Bundesrat anvertraute Escape-Klauseln Ausnahmen im Einzelfall zulässt.

Mengen- und Gebietskartelle, Behinderungs- und Ausschlussverhalten sowie u.U. Unternehmenskonzentration.[404]

b) Bewilligungspflicht / Meldepflicht für Wettbewerbsbeschränkungen

234 Art. 9 KG sieht unter gewissen Voraussetzungen eine Meldepflicht für Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor. Der Vorentwurf (VE KG) sieht in Art. 13 Abs. 3 als Voraussetzung für die zivilrechtliche Gültigkeit von (horizontalen) Kartellen über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, die Einschränkung von Bezugs- und Liefermengen sowie die gebietsweise Aufteilung von Märkten eine Anmeldung beim Bundesamt für Wettbewerb vor. U.a. wegen verfassungsrechtlicher Bedenken wurde aber auf dieses Instrument verzichtet.[405] Ein Antrag auf Wiederaufnahme im Gesetz scheiterte im Parlament klar.[406] Im Zuge der jüngsten Revision sieht Art. 49a Abs. 3 E KG01 (NR) ein Melderecht für diese horizontalen und gewisse vertikale Wettbewerbsbeschränkungen (nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG) als eine Voraussetzung für die Befreiung von Verwaltungssanktionen vor. Da der Gesetzgeber Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 (und 4) KG als i.d.R. schädlich beurteilt, wird für Teilnehmer einer solchen Wettbewerbsbeschränkung, die einer Sanktion entgehen wollen, faktisch eine Meldepflicht geschaffen. Es stellt sich die Frage der Verfassungsmässigkeit dieses Instruments.

235 Trotz (vordergründig) erheblicher Divergenzen in der Charakterisierung der schweizerischen Wirtschaftsverfassung[407] herrscht in der Lehre weitgehend Einigkeit über die *inhaltliche Tragweite des Kartellartikels*[408]: Danach soll zunächst einmal die Bildung von Kartellen frei sein und keiner Bewilligung unterliegen.[409] Tendentiell Unterstützung erfährt diese Auffassung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche die Organisation der Kartelle/Wirtschaftsverbände in Vereinsform zulässt, welche keiner Bewilligungs- oder Registrierungspflicht unterliegt

---

404 Ausführlich RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 249 ff.; weiter SCHÜRMANN, Kartellartikel, 199 und II/11.3.1.
405 Vgl. II/3.2.4, a).
406 Vgl. Amtl. Bull. NR 1995, 1076 ff., 1084.
407 Vgl. dazu die Ausführungen und Hinweise in N 210, insbesondere FN II/346.
408 Vgl. die Konkretisierung des Kartellartikels in N 209.
409 Vgl. GYGI, Richtpunkte, 156.

(Art. 52 Abs. 2 ZGB, 60 Abs. 1 ZGB).[410] Eher vorsichtig wird auch eine Meldepflicht für Wettbewerbsbeschränkungen beurteilt; die Verfassungsmässigkeit eines solchen Instruments wird jedoch – zumindest im Bereich der Fusionskontrolle – mehrheitlich bejaht.[411]

236 Von einem generellen, nach geltendem Verfassungsrecht unzulässigen Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen zu unterscheiden sind Verbote, welche lediglich präventiv, aus polizeilichen oder wirtschaftspolitischen Gründen eingesetzt werden.[412] Der Einsatz solcher Instrumente wird im Allgemeinen als zulässig angesehen, wenn sie den Erfordernissen rechtsstaatlichen Handelns, insbesondere bei Einschränkung von Grundrechten, genügen (Art. 5, allenfalls 36 BV).[413] Unter dem Blickwinkel von Art. 96 BV ergeben sich Schranken v.a. dort, wo eine restriktive Ausgestaltung der Verbote auf ein faktisches Kartellverbot hinauslaufen würde, z.B. durch ein generelles Verbot mit Ausnahmeklauseln oder ein Verbot mit Befreiungsvorbehalt.[414] Das geltende Kartellrecht schöpft aber den gegebenen Spielraum – u.a. aus der Überlegung, ein Verbot sei mit einer Missbrauchsgesetzgebung nicht vereinbar[415] – nicht aus. Gebrauch macht der Gesetzgeber lediglich von der Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt; nur im Bereich der Fusionskontrolle herrscht ein Verbot mit Meldevorbehalt. Der Verweis auf den Missbrauchsansatz geht jedoch fehl, schliesst das «Verbot der Verbotsgesetzgebung» doch nicht den Einsatz von Verboten zur rein präventiven Kontrolle aus, sondern nur das generelle Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen.[416] Weiter ist kaum denkbar, dass dem Gesetzgeber das Instrument eines selektiven Kartellverbots erlaubt, das wesentlich mildere

---

410 Die Vereinigungsfreiheit Art. 23 BV schliesst eine Bewilligungspflicht für Vereine ideeller Zielsetzung aus. Kartelle – als Gebilde mit wirtschaftlicher Zwecksetzung – unterliegen jedoch nicht Art. 23 BV, sondern der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV); vgl. dazu auch MÜLLER J.P., Grundrechte, 339, insbesondere FN 1 sowie 348; HANGARTNER, Grundrechte, 121 f.

411 Vgl. RHINOW, Kommentar zu Art. 31bis [a]BV, N 220; RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 103 f.; GYGI, Richtpunkte, 156; Botschaft KG95, 498, 636 f.

412 Zur Systematik dieser verwaltungsrechtlichen Instrumente VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 190 ff.; POLEDNA, Bewilligungen, 71 ff.; GYGI, Verwaltungsrecht, 176 ff., 189 ff., 195 ff.; SCHWARZENBACH-HANHART, Grundriss, 198.

413 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, 285 f.; POLEDNA, Bewilligungen, 77 ff.; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 191; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 1938.

414 Vgl. auch GYGI, Richtpunkte, 156.

415 Vgl. Botschaft KG95, 498; Prot. WAK StR vom 31.8.1995, 10 und Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 54 f. zu einer Meldepflicht. Vgl. weiter die Kritik an der Bezeichnung «Missbrauchsgesetzgebung» in FN II/124 und II/10.2.1, N 553.

416 Vgl. II/5.3.2, a). Gl. M. RHINOW/GUROVITS, Gutachten, 23.

Mittel einer (zumindest selektiven) Bewilligungs- oder Meldepflicht hingegen verwehrt sein soll. So muss nach dem Gesagten zumindest die *Verknüpfung der geltenden Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt mit einer Meldepflicht* für alle Wettbewerbsbeschränkungen verfassungsrechtlich zulässig sein.

237 Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch gegen die *Verwendung rein präventiver Verbote* (Verbot mit Meldevorbehalt, Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) aufgrund der Schädlichkeit gewisser Verhaltensweisen kaum etwas einzuwenden: Mit dem Gebrauch präventiver Verbote trifft der Gesetzgeber noch keine Aussage über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung. Das Instrument erleichtert den Behörden lediglich die Kontrolle bestimmter Verhaltensweisen in Bezug auf die Einhaltung kartellrechtlicher Vorschriften.[417] Die Verankerung einer Meldepflicht muss die Durchführung einer Wettbewerbsbeschränkung auch nicht hindern, wird lediglich von einem Verbot mit Meldepflicht Gebrauch gemacht.

238 Aus Gründen der Verhältnismässigkeit, aber auch der Praktikabilität ist jedoch *auf die generelle Verwendung dieser Instrumente zu verzichten*. Einerseits werden nach geltendem Recht gewisse Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, namentlich vertikale Abreden, i.d.R. als unschädlich angesehen. Der Nutzen einer Meldung für die Wettbewerbsbehörden, verglichen mit dem Aufwand für die Unternehmen, rechtfertigt dieses Instrument hier nicht. Andererseits bezeichnet das Gesetz selbst einzelne Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, die i.d.R. als schädlich anzusehen sind (vgl. Art. 5 Abs. 3 [und 4] KG); an diese sollten darum auch die entsprechenden verwaltungsrechtlichen Instrumente anknüpfen. Dass sich, wie in den Beratungen der WAK ausgeführt wird[418], diese Kartelle nicht anmelden würden, kann an sich noch kein Grund für die Ablehnung des Instruments sein; immerhin würde eine fehlende Anmeldung den «guten Glauben» an die Rechtmässigkeit eines Kartells – dem z.B. bei Bemessung einer Sanktion Rechnung zu tragen ist[419] – ohne Weiteres zerstören.

239 Das Bundesgericht scheint jedoch selbst *gegen eine allgemeine Registrierung von Kartellen keine verfassungsrechtlichen Einwände* zu haben. Während in der frühen

---

417 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/KIENER, Verwaltungsrecht, 287; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 1959; SCHWARZENBACH-HANHART, Grundriss, 200; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, 163; KNAPP, Grundlagen I, 297.

418 Vgl. Prot. WAK StR vom 31.8.1995, 10.

419 Zur Berücksichtigung des Schuldmoments bei Bemessung von Sanktionen unten, N 245.

bundesgerichtlichen Rechtsprechung Personenvereinigungen mit wirtschaftlicher Zwecksetzung das Vereinsrecht verschlossen blieb, wurde im Entscheid «Schmuklersky» 1936 die Vereinsform auch für Kartelle zulässig. Nur Personenvereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung, die zugleich ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben, mussten auf andere Gesellschaftsformen zurückgreifen.[420] 1962 revidierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung im Entscheid «Miniera» dahingehend, dass Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung nicht die Rechtsform des Vereins wählen könnten: Personenverbindungen, die einen wirtschaftlichen Zweck verfolgten, könne zugemutet werden, sich ins Handelsregister einzutragen, um das Recht der Persönlichkeit zu erlangen.[421] Die Kartelle verwies das Bundesgericht namentlich auf das Genossenschaftsrecht (Art. 59 Abs. 2 ZGB, Art. 828 ff. OR)[422], welches – im Gegensatz zu den Vereinen (vgl. Art. 61 Abs. 2 ZGB) – die Eintragung im Handelsregister als konstitutive Voraussetzung für die Erlangung der Rechtspersönlichkeit vorsieht (Art. 52 Abs. 1 ZGB, Art. 830 OR). Schon zwei Jahre später wurde die entsprechende Rechtsprechung im Fall «Alex Martin» wieder geändert, aus faktischen Gründen, und explizit nicht, weil der Miniera-Entscheid falsch gewesen wäre.[423] Ungeachtet der Kritik der h.L. an der jetzigen Rechtslage[424] zeigt die Rechtsprechung im Fall «Miniera» und «Alex Martin», dass schon unter dem geltenden Recht eine Registrierungspflicht für Kartelle im Handelsregister ohne Weiteres denkbar ist.

c) Sanktionen für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen

240 Die Art. 50-57 KG sehen Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen und Strafsanktionen gegen natürliche Personen vor. Ausser im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen (Vollzug eines Zusammenschlusses ohne Meldung, Missachtung des Vollzugsverbotes nach Art. 51 bzw. 55 KG) sowie der Verletzung

---

420 Vgl. BGE 62 II 32 ff., 33 ff. «Schmuklersky».
421 Vgl. BGE 88 II 209 ff., 220 «Miniera».
422 Vgl. BGE 88 II 209 ff., 225 ff. «Miniera».
423 Vgl. BGE 90 II 333 ff., 336 «Alex Martin». Zum Einbezug von Realien und Folgenerwägungen bei der Konkretisierung von Normen vgl. II/7.2 und N 280 bzw. II/8.2, insbesondere N 302.
424 So sprengt nach PEDRAZZINI/OBERHOLZER, Personenrecht, 228 das Bundesgericht mit dieser Rechtsprechung den Rahmen eines ganzen Rechtsinstituts. Gl.M. RIEMER, Berner Kommentar zu Art. 60 ZGB, N 60 ff.; HEINI/SCHERRER, Kommentar zu Art. 60 ZGB, N 6 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 82 ff. A.M. PIOTET, Cartels, 229.

der Auskunftspflicht (Art. 52 bzw. 55 KG) können solche Sanktionen nur bei Verstoss gegen eine einvernehmliche Regelung oder eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbskommission ausgesprochen werden (Art. 50 bzw. 54 KG).[425] Bussen gegen Wettbewerbsbeschränkungen, namentlich Kartelle, können dementsprechend nur im Wiederholungsfall, bei Missachtung einer Verfügung der Wettbewerbskommission verhängt werden; handelt es sich bei der Wettbewerbsbeschränkung um eine Submissionsabsprache[426], kommt eine Busse von vornherein nie in Betracht.[427] Die Befürchtungen sind daher nicht von der Hand zu weisen, dass die geltende Sanktionenordnung eher zur Bildung von Kartellen anregt als diese verhindert.[428] Das Kartellgesetz soll darum um einen Art. 49a ergänzt werden, der eine unmittelbare Sanktionierung von Unternehmen erlaubt, die an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 [und 4] KG oder Art. 7 KG beteiligt sind. Auch hier stellt sich die Frage der Verfassungsmässigkeit einer solchen Sanktionenregelung.

241 Unbestritten bedürfen die verwaltungsrechtlichen Pflichten, die das Kartellgesetz den einzelnen Unternehmen auferlegt, auch eines geeigneten Durchsetzungsapparates, soll das Kartellgesetz nicht zum «zahnlosen Tiger» verkommen. Das Gesetzmässigkeitsprinzip, i.V.m. dem Gleichbehandlungsgebot und der Rechtssicherheit verlangt, dass dafür gesorgt wird, dass die Einzelnen ihren verwaltungsrechtlichen Pflichten nachkommen. Verwaltungsrechtliche Sanktionen bilden hier das Gegenstück zur Verfügungsgewalt der Wettbewerbsbehörden, indem sie die Beachtung dieser Pflichten sicherstellen.[429] Mit dem verfassungsrechtlichen Auftrag zur Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen geht demgemäss der Auftrag zur Durchsetzung dieser Ordnung, sei es mittels unmittelbarem Zwang, repressiven Sanktionen, etc. einher.

---

425 Zum Ganzen ausführlich DUCREY, Vorbemerkungen zu Art. 50-57 KG, N 1 ff.

426 Zur Schädlichkeit dieser Art von Abreden CHRIST, Submissionsabsprache, N 243 ff.

427 Zu den Schwächen der geltenden Sanktionenordnung ausführlich HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 680 f. Die Wettbewerbskommission behilft sich hier damit, dass sie das Entscheiddispositiv über den konkreten Fall hinaus auf ähnlich gelagerte Fälle ausdehnt, um Grundlage für die Ausfällung einer Busse zu schaffen; vgl. RPW 1999, 415 ff., 440 f. «Schweizerische Meteorologische Anstalt». Die Frage der Zulässigkeit dieses Vorgehens musste im Beschwerdeentscheid der Rekurskommission nicht entschieden werden.

428 Vgl. die Äusserungen der PVK in Bericht KG, 17.

429 Vgl. GYGI, Verwaltungsrecht, 318; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 913; MOOR, actes administratifs, 63 f.; FLEINER-GERSTER, Grundzüge, 286.

242 Unproblematisch erscheint unter diesem Gesichtspunkt die *geltende Sanktionenordnung*, welche überwiegend nicht unmittelbar an ein gesetzliches Verbot, sondern an Rechtsakte der Wettbewerbsbehörden anknüpft. Der Sanktion geht demgemäss eine einzelfallbezogene Prüfung voraus, ob das in Frage stehende Verhalten unzulässig ist oder nicht.[430]

243 Allerdings ist nach der h.L. nicht von Belang, ob eine Sanktionierung unmittelbar an durch Rechtssatz begründete Pflichten oder an eine den Rechtssatz konkretisierende Verfügung anknüpft.[431] So ist es dem Gesetzgeber unbenommen, Unternehmen – wie vorgeschlagen – *unmittelbar bei Feststellung der Unzulässigkeit eines Verhaltens mit einer Sanktion zu belegen* und nicht erst im Wiederholungsfall, bei Verstoss gegen eine Unzulässigkeitsverfügung der Wettbewerbskommission.

244 Hinsichtlich der in Art. 49a E KG01 vorgeschlagenen Regelung sind allerdings gewisse Einschränkungen zu machen, insbesondere was die Ausgestaltung der gesetzlichen Grundlage der Sanktion und die Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes betrifft; insgesamt ist die Revision jedoch zu begrüssen[432]:

245 Die Sanktionsnorm muss genügend bestimmt, d.h. so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.[433] Anzumerken ist, dass mit der Intensität des Eingriffs auch die Anforderungen an die Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien steigen.[434] Nach dem Gesagten mag der – entsprechend dem europäischen Recht gestaltete[435] – weite Ermessensspielraum der Wettbewerbskommission für die Bemessung einer Sanktion erstaunen. Dieser Sanktionsrahmen soll auch in schwerwiegenden Fällen eine ab-

---

430 Vgl. RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 128; Botschaft KG95, 619 f.; Botschaft KG01, 4.

431 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 915a f.; MOOR, actes administratifs, 68; GYGI, Verwaltungsrecht, 119; KNAPP, Grundlagen II, 428 f. und Grundlagen I, 199.

432 Vgl. ausführlich zu Art. 49a VE KG00 (=E KG01) HETTICH/WINKLER, Kartellgesetzrevision, 675 ff.

433 Vgl. MOOR, actes administratifs, 65; HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 309 ff., 918; COTTIER, Grundlage, 68 ff.

434 Vgl. VALLENDER, Konzeption, 901.

435 Nach Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17 kann die Kommission durch Entscheidung Geldbussen bis zu 10% des von dem einzeln an der Zuwiderhandlung gegen Art. 81 und 82 EGV beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen. Bei der Festsetzung der Höhe der Geldbusse ist neben der Schwere des Verstosses auch die Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen.

schreckende Wirkung gewährleisten, in geringfügigen Fällen aber die Belastung mit Beträgen von lediglich symbolhaftem Charakter ermöglichen. Die Höhe der Sanktion soll sich nach der Dauer und der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung unter Berücksichtigung der erzielten Kartellrente bemessen.[436] Dadurch wird der Spielraum der Wettbewerbsbehörden bei der Bestimmung der Sanktionshöhe kaum eingeschränkt, was *unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebots zumindest fragwürdig* scheint. Analog zum europäischen Recht ist eine Konkretisierung von Art. 49a E KG01 – u.U. durch Erlass einer entsprechenden Verordnung (Art. 60 KG) – angebracht.[437] So hat die Europäische Kommission neben Kriterien zur Ermittlung von «Schwere» und «Dauer» des Verstosses auch zu berücksichtigende «erschwerende» und «mildernde Umstände» publiziert.[438] Zudem sieht die Kommission bei fehlenden Präzedenzfällen, die das beanstandete Verhalten klar als missbräuchlich erscheinen lassen, i.d.R. ganz von der Verhängung eines Bussgelds ab.[439] Die Berücksichtigung solcher «konkreten Umstände» bei der Bemessung von Sanktionen, also des Schuldmoments, wird – trotz nach schweizerischer Lehre fehlender Schuldfähigkeit der juristischen Person – auch in den Erläuterungen zum KG95 gefordert.[440] Angesichts der potentiellen Höhe der Sanktion, die kaum noch als

---

436 Vgl. Bericht VE KG00, 7.

437 So wurden denn auch in der neueren Praxis zu Art. 51 Abs. 1 KG von der Weko Kriterien für die Bemessung der Höhe einer Sanktion eingeführt. Bei Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 KG wird die Bedeutung des Unternehmens, das die Meldepflicht verletzt hat, auf dem Markt (Kriterium I, Basisbetrag); die potenzielle Gefahr des Zusammenschlusses für den Wettbewerb (Vorhandensein betroffener Märkte gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU, Kriterium II, führt zu Erhöhung oder Verminderung des Basisbetrags) sowie die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG (Kriterium III, führt zu einer zusätzlichen Erhöhung oder Verminderung) berücksichtigt; vgl. RPW 2000, 257 ff., 262 «X / C-AG und D-AG»; RPW 1998, 613 ff., 619 «Curti & Co. AG». A.M. sind RHINOW/GUROVITS in ihrem Gutachten zum Revisionsentwurf, in denen sie das Melderecht für Wettbewerbsbeschränkungen als genügendes Korrektiv für die Unbestimmtheit des Normtextes ansehen.

438 «Erschwerend» wirken sich danach Offenkundigkeit des Missbrauchscharakters, Intensität der Wettbewerbsverfälschung, wiederholte Verstösse desselben Unternehmens sowie Schädigungs- oder Ausbeutungsabsicht aus. Als «mildernde Umstände» werden vor allem eine besonders schwierige und verlustreiche Situation, kooperatives Verhalten während des Verfahrens oder der Nachweis berechtigter Zweifel des Unternehmens an der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens angesehen. Vgl. die Bussen-Leitlinien EU, Ziff. 2 und 3.

439 Vgl. JUNG, Kommentar zu Art. 82 EGV, N 275; weiter MÖSCHEL, Kommentar zu Art. 86 EGV, N 23.

440 Vgl. Botschaft KG95, 621. Dagegen stellt die Weko in ihrer neueren Praxis ebenfalls unter Berufung auf die Materialien (Botschaft KG95, 619) nur noch auf objektive Kriterien bei der

ordnungsbussen-ähnliche Bagatellstrafe bezeichnet werden kann, erscheint die ausschliessliche Berücksichtigung objektiver Kriterien, ohne Einbezug des Schuldmoments, bei der Sanktionenbemessung als stossend.[441] Dagegen will der Bundesrat subjektive Aspekte, die im Zusammenhang mit dem «strafrechtlichen Verschuldensbegriff» (insbesondere Vorwerfbarkeit, besondere Skrupellosigkeit etc.) von Bedeutung sind, heute nicht mehr berücksichtigt wissen; Anderen subjektiven Elementen (Rolle im Kartell, Kooperationsbereitschaft, Wiederholungstat etc.) könne hingegen durchaus bei der Bemessung der Sanktion Beachtung geschenkt werden.[442] Die seiltanzartig anmutende Trennung zwischen subjektiven, aber personenbezogenen Schuldelementen und anderen subjektiven, nicht-personenbezogenen Elementen scheint in sich widersprüchlich und nicht sachgerecht zu sein. Eine *Anlehnung an die Leitlinien der Europäischen Kommission* erscheint hier nicht nur angesichts der wesentlich reicheren Praxis in der EU als angebracht und würde die Rechtssicherheit der Wirtschaftssubjekte zusätzlich erhöhen.[443]

246 Nach dem Gesagten erscheint die Verhängung von Sanktionen direkt mit dem Unzulässigkeitsentscheid als *geeignetes Mittel*, die Durchsetzungskraft der materiellrechtlichen Kartellbestimmungen zu erhöhen und so den verfassungsrechtlichen Auftrag – die Verhinderung «volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen» – besser als bisher zu erfüllen. Die Erforderlichkeit der Massnahme wird sich hingegen erst

---

Bemessung einer Sanktion ab (RPW 1998, 613 ff., 618 «Curti & Co. AG» und RPW 2000, 257 ff., 262 «X / C-AG und D-AG»); diese Ausgestaltung von Art. 50 ff. KG findet in der Lehre denn auch Kritik: vgl. LÜTOLF, Strafbarkeit, 237 f.; TRECHSEL/NOLL, Strafrecht, 147 m.w.H. Hingegen ist nach dem Wettbewerbsrecht der EU ausdrücklich die Schuld der juristischen Person bei der Sanktionenbemessung zu berücksichtigen (Art. 15 Abs. 2 VO Nr. 17). Ausführlich dazu DANNECKER, Kommentar zu Art. 15 VO Nr. 17, N 162 ff.

441 A.M. Wettbewerbskommission in RPW 1998, 613 ff., 617 f. «Curti & Co. AG», unter Hinweis auf BGE 101 Ib 33 ff., 36 «Boder», wo allerdings zur Ausfällung einer Ordnungsbusse bei fehlendem Verschulden ausgeführt wird: «On peut certes hésiter quant au bien-fondé de la jurisprudence précitée, tant choque l'idée qu'une sanction puisse intervenir là où aucune faute n'a été commise». So scheint sich auch die Rekurskommission an einer Sanktionierung ohne Berücksichtigung des Verschuldens zu stossen; die Frage wurde aber schliesslich offengelassen: RPW 1998, 460 ff., 474 f. «BKW – AEK / Comtop III». Leider ging die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auch in einem neueren Entscheid nicht auf eine entsprechende Rüge der Parteien ein (RPW 2000, 690 ff., 693 «Rhône-Poulenc/Merck»).

442 Vgl. Botschaft KG01, 14.

443 Gl. M. DUCREY, Kommentar zu Art. 50 KG, N 15.

im Zuge der Praxis – anhand der Höhe der verhängten Sanktionen – beurteilen lassen.[444] *Die Schärfe direkter Sanktionen wird durch verschiedene Aspekte gemildert.* Zunächst können die Unternehmen durch vorgängige Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 5 Abs. 3 oder Art. 7 KG der Belastung durch eine Sanktion entgehen (Art. 49a Abs. 3 lit. a E KG01).[445] Diese Regelung ist im Grundsatz zu begrüssen, macht aber im Falle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen aus Praktikabilitätsgründen wenig Sinn – so ist auch im Recht der EU keine Meldepflicht für Verhalten marktbeherrschender Unternehmen vorgesehen.[446] Es ist Unternehmen i.d.R. nicht zuzumuten, für ihre Handlungen das Placet der Wettbewerbskommission einzuholen. Dennoch kann aufgrund der Schädlichkeit des Missbrauchs von Marktmacht für den Wettbewerb auf eine Sanktionierungsmöglichkeit für nach Art. 7 KG unzulässiges Verhalten nicht verzichtet werden.[447] Immerhin sollte zur Wahrung der Rechtssicherheit wie schon angemerkt eine direkte Sanktionierung dieser Verhaltensweisen nur bei offensichtlicher Missbräuchlichkeit oder Vorliegen einer gesicherten Praxis der Wettbewerbskommission erfolgen.[448]

247 Ein rechtsstaatlichen Grundsätzen genügendes, dem Verfassungsauftrag entsprechendes Verfahren gewährleistet die Beschwerdemöglichkeit gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Art. 53 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 71a VwVG) und an das Bundesgericht (Art. 98 lit. e OG). Die aufschiebende Wirkung dieser Beschwerden schliesst eine Belastung von Unternehmen, deren Verhalten nicht rechtswirksam als schädlich festgestellt wurde, aus (Art. 55 VwVG bzw. Art. 111 Abs. 1 OG). Der Verfassungsgrundsatz

---

444 Vgl. RHINOW/BIAGGINI, Aspekte, 127.

445 In der EU statuiert Art. 4 VO Nr. 17 eine Meldepflicht für Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 81 Abs. 1 EGV, welche die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EGV in Anspruch nehmen wollen. Die Meldepflicht soll im Zuge der laufenden Revision von VO Nr. 17 wegfallen. Gemäss dem Weissbuch Verfahren, 9 lasse sich in einer stark gewachsenen Gemeinschaft das zentralisierte Kontrollsystem durch die Kommission nicht mehr effizient aufrechterhalten; dazu die Kritik von FIKENTSCHER, Weissbuch, 446 ff.

446 Vgl. JUNG, Kommentar zu Art. 82 EGV, N 13 f.

447 Vgl. zur Schädlichkeit missbräuchlichen Verhaltens RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 249 f. und passim.

448 Aufgrund der reichen europäischen Entscheidungspraxis hatte der EuGH bereits 1979 Art. 82 EGV bei weitem bestimmt genug gehalten, um unter dem Aspekt der Rechtssicherheit als wirksame Grundlage für die Verhängung von Geldbussen zu dienen; Urteil des EuGH vom 13.2.1979, Rs. 85/76, «Hoffmann-La Roche», N 131 ff.

des Rückwirkungsverbots verhindert zudem schon eine Verhängung von Sanktionen wegen Sachverhalten, die sich vor Inkrafttreten der Sanktionsregelung ereignet haben; die Übergangsbestimmung zur Kartellgesetzrevision räumt hier den Unternehmen eine sechsmonatige (BR) bzw. einjährige (NR) Schonfrist ab Inkrafttreten der Revision ein.[449]

[449] Vgl. die analoge Regelung im Europäischen Kartellrecht in Art. 5 VO Nr. 17, welche Fristen für die Anmeldung bestehender wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen vorsieht. Zum Rückwirkungsverbot im Allgemeinen vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 266 ff. bzw. zur Praktizierung desselben in der EU DANNECKER, Kommentar zu Art. 15 VO Nr. 17, N 36 ff.

6 Völkerrecht als Auslegungselement

6.1 Vorbemerkungen

Durch die völkerrechtskonforme Auslegung ist der Sinn des Landesrechts so zu ermitteln, dass es nicht im Widerspruch zum Völkerrecht steht.[450] Aufgrund der Internationalität des Wirtschaftsrechts[451] kommt diesem Element einige Bedeutung zu. So werden denn auch praktisch sämtliche Gebiete des innerstaatlichen Rechts, insbesondere des öffentlichen Wirtschaftsrechts, von internationalem Recht überlagert; das Wirtschaftsvölkerrecht übernimmt so – neben der Wirtschaftsverfassung – in zunehmenden Mass Koordinationsfunktion.[452] In Bezug auf das innerstaatliche Wirtschaftsrecht kann daher von einer eigentlichen «Verfassungsfunktion» des Völkerrechts gesprochen werden.[453] Das innerstaatliche Recht kann mit den internationalen Verpflichtungen im Konflikt stehen. Vor allem bei noch durch Auslegung überbrückbaren Divergenzen zwischen einer Gesetzesnorm und allfälligem (nicht direkt anwendbarem) Staatsvertragsrecht vermag die völkerrechtskonforme Auslegung gute Dienste zu leisten.[454] 248

6.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf völkerrechtliche Verpflichtungen

Die Bemühungen um eine internationale Vereinheitlichung des Kartellrechts sind zahlreich und setzten schon nach dem ersten Weltkrieg ein. Während die Staatenwelt zunächst auf eine Verabschiedung verbindlicher Rechtsregeln zur Wettbewerbspolitik hinarbeitete – zu erwähnen ist hier in erster Linie die nie in Kraft 249

---

450 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 190a; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 162 ff.

451 Vgl. dazu SCHLUEP, Funktionalität, 164 f.

452 Vgl. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 40.

453 Vgl. VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, 39 ff.; VALLENDER/VEIT, Skizze, 7 f. So ist der Schweiz im innerstaatlichen Bereich aufgrund von Art. 96 BV ein absolutes Kartellverbot verwehrt. Hingegen ist sie im (Güter-)Verkehr mit den EU- und EFTA-Staaten aufgrund von Art. 23 FHA und Art. 15 EFTA-A auf die Einhaltung einer weitgehend Art. 81 und 82 EGV entsprechenden Wettbewerbsordnung verpflichtet; vgl. Botschaft FHA, 700 ff. Im Bereich des Luftverkehrs zwischen der Schweiz und den EU-Staaten wurde die Wettbewerbsordnung der EU aufgrund von Art. 8 und 9 LuftVA gänzlich übernommen (partielle Vollintegration); vgl. Botschaft Bilaterale, 6255 und II/6.2.2.

454 Vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 163.

getretene «Havanna-Charta[455]» sowie der darauf beruhende ECOSOC-Entwurf[456] und der Entwurf einer «Europäischen Konvention zur Kontrolle internationaler Kartelle»[457] – *begnügte man sich später mit unverbindlichen Verhaltensrichtlinien*. Erst in jüngerer Zeit sind wieder Versuche zu verzeichnen, verbindliche Wettbewerbsregeln auf internationaler Ebene zu verankern (hier insbesondere der «Draft International Antitrust Code (DIAC)»[458].[459]

---

455 Die «Havanna-Charta für eine internationale Handelsorganisation» vom 24.3.1948 sah neben Regeln über Handelspolitik (Kapitel IV), die im eigentlich als Provisorium gedachten GATT 1947 Aufnahme fanden und verwirklicht wurden, auch Regeln über wettbewerbsbeschränkende Praktiken (Kapitel V) vor. Nach Art. 46 der Charta sollte jeder Mitgliedstaat Massnahmen treffen, um einschränkende Handelspraktiken, die im internationalen Handel den Wettbewerb beschränken, den Zugang zu Märkten beschränken oder einer monopolistischen Kontrolle Vorschub leisten, in den Fällen zu verhindern, in denen diese Praktiken schädliche Wirkungen entfalten. Im Einzelnen betrafen diese Praktiken die Festsetzung der Preise, die räumliche Marktaufteilung, die Festsetzung von Quoten, etc. Die Feststellung eines Missbrauchs im Sinne dieser Regeln war aber in erster Linie den Mitgliedstaaten überlassen; eine einheitliche Anwendung war somit kaum zu erwarten. Die Havanna-Charta trat primär aufgrund des Widerstands der USA nicht in Kraft.

456 Der nach dem Scheitern der Havanna-Charta erarbeitete Entwurf scheiterte an erheblichen wettbewerbspolitischen Divergenzen der beteiligten Staaten. Er enthielt eine Liste wettbewerbsbeschränkender Praktiken, die nach Massgabe ihrer Schädlichkeit unzulässig sein sollten. Eine internationale Kartellbehörde sollte diesbezügliche Untersuchungen anstellen und den Staaten Empfehlungen zur Verhinderung solcher, als schädlich qualifizierter Praktiken abgeben; vgl. dazu RHINER, Vision, 226; BASEDOW, Weltkartellrecht, 63.

457 Der Entwurf beruhte auf dem Missbrauchsprinzip, d.h. wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen (Art. 1 des Entwurfs) sollten dann unzulässig sein, wenn sie schädliche Auswirkungen zeigen (schädlich im Sinne von Art. 2 des Entwurfs ist, was sich auf die zur Aufrechterhaltung eines hohen Lebens- und Beschäftigungsniveaus notwendige Erweiterung der Produktion und des Handels negativ auswirkt). Der Entwurf sah zudem eine internationale Kartellbehörde (Kapitel II) und eine Registrierungspflicht für wettbewerbsbeschränkendes Verhalten (Kapitel III) vor; dazu ausführlich GÜNTHER, Konvention, 246 ff. und Memo Konvention, 296 ff. Die Arbeiten am Entwurf wurden zugunsten des ECOSOC-Entwurfs (vgl. FN II/456) eingestellt; vgl. BASEDOW, Weltkartellrecht, 63.

458 Der DIAC wurde von Wissenschaftlern auf eigene Initiative ausgearbeitet und 1993 der Öffentlichkeit als alternativer Ansatz für ein Weltkartellrecht vorgestellt. Konzipiert ist der DIAC als «plurilaterales Abkommen» im Rahmen der WTO, dessen Beitritt den Mitgliedstaaten der WTO – im Gegensatz zu den multilateralen Abkommen – nicht vorgeschrieben wird (Art. 1 Ziff. 1 DIAC). Der Kodex muss ins nationale Recht umgesetzt werden, ist also nicht self-executing, und beschränkt sich auf das Setzen von Mindeststandards (Art. 2 DIAC). Zudem ist die Anwendung nur für Beschränkungen des zwischenstaatlichen Handels vorgesehen (Art. 3 DIAC). Der Kodex verbietet horizontale Wettbewerbsabreden über die Festlegung von Preisen, Mengen oder Geschäftsgebieten; andere horizontale Vereinbarungen können aus prokompetitiven oder Effizienz-Gründen gerechtfertigt werden. Für vertikale Abreden ist je nach Gefahr für den Wettbewerb eine differenzierte Regelung vorgesehen. Unter-

Daneben sind in gewissen Freihandelsabkommen, insbesondere demjenigen mit der Europäischen Union (FHA) oder im EFTA-Übereinkommen (EFTA-A), wettbewerbsrechtlich relevante Regeln zu finden. 250

6.2.1 Welthandelsordnung

Das WTO-Abkommen enthält neben weiteren handelsbezogenen Übereinkommen im Wesentlichen das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen von 1994 (GATT 1994)[460], das Allgemeine Abkommen über den Dienstleistungsverkehr (GATS)[461] und das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS)[462]. Das WTO-Abkommen, dass sich in erster Linie mit handelsbeschränkenden Praktiken der Mitgliedstaaten befasst, weist auf der Ebene der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken von Unternehmen *erhebliche Lücken* auf[463]: 251

a) GATT 1994

Art. XXIX GATT 1947 verpflichtet die Vertragsparteien zur Beachtung der Kapitel I-VI der Havanna-Charta, also einschliesslich der Bestimmungen über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von Unternehmen[464]; mit dem Scheitern der Charta wurde die Bestimmung praktisch gegenstandslos und fand darum nie Anwendung.[465] Auch bieten Art. XXIII und XXV GATT 1947 – Bestimmungen, die im Falle der Vereitelung der Vorteile des GATT durch Massnahmen seitens 252

nehmenszusammenschlüsse können untersagt werden, wenn sie «wirksamen Wettbewerb» auf einem Markt behindern und nicht durch überwiegende Gründe des öffentlichen Interesses gerechtfertigt werden können (Art. 11 ff. DIAC). Art. 14 des Kodex befasst sich mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Die Durchsetzung des Kodex erfolgt grundsätzlich durch die nationale Kartellbehörde, wird aber unterstützt durch eine internationale Behörde, welche mit gewissen Verfahrensrechten ausgestattet ist (Art. 19 DIAC), sowie durch ein internationales Kartell-Panel (Art. 20 DIAC). Dazu ausführlicher FIKENTSCHER/DREXL, Draft, 93 ff. und FIKENTSCHER/HEINEMANN, Weltkartellrecht, 97 ff.

459 Vgl. BASEDOW, Weltkartellrecht, 61 ff.; PETERSMANN, Competition Rules, 37 ff.; RHINER, Vision, 224 ff.; FIKENTSCHER/HEINEMANN, Weltkartellrecht, 97 ff.; FIKENTSCHER/DREXL, Draft, 93 ff.; STRAW, Rules, 35 ff.

460 GATT 1994 stützt sich weitgehend auf die Bestimmungen des GATT 1947; vgl. Anhang II.1A.1 WTO-A.

461 Anhang II.1B WTO-A.

462 Anhang II.1C WTO-A.

463 Vgl. HAUSER/SCHANZ, GATT, 273; PETERSMANN, Proposals, 240 ff.

464 Vgl. dazu FN II/455.

465 Vgl. MAVROIDIS/SICLEN, Application, .10 FN 4; PETERSMANN, Proposals, 239.

eines Mitgliedstaates Anwendung finden – keine Grundlage für die Bekämpfung wettbewerbsschädlicher Absprachen.[466] Andere Bestimmungen des GATT nehmen nur mittelbar Bezug auf Unternehmen oder die Gewährleistung freien Wettbewerbs.[467]

253 Nur wenige Fälle der GATT/WTO-Streitbeilegungsorgane befassen sich mit privaten Wettbewerbsbeschränkungen. Im Jahr 1988 wurde eine freiwillige Exportbeschränkung von Unternehmen, die allerdings in erheblicher Weise durch das Verhalten eines Mitgliedstaates unterstützt wurde, als Verletzung der GATT-Bestimmungen angesehen.[468]

b) GATS

254 Im Bereich des Dienstleistungsverkehrs sind insbesondere Art. VIII und IX GATS von wettbewerblicher Relevanz. Nach Art. VIII Ziff. 1 gewährleistet jedes Mitglied, dass ein Dienstleistungserbringer mit Monopolstellung im Hoheitsgebiet des Mitglieds bei der Erbringung dieser Dienstleistung auf dem entsprechenden Markt nicht gegen die Meistbegünstigung (Art. II GATS) oder die besonderen Marktzugangsverpflichtungen des Staates (Art. XVI GATS) handelt. Ausserdem erkennen die Mitgliedstaaten an, dass gewisse Geschäftspraktiken von Dienstleistungserbringern den Wettbewerb beeinträchtigen und damit den Dienstleistungsverkehr beschränken können (Art. IX GATS). Die Festlegung dieser beschränkenden Verhaltensweisen ist den Mitgliedstaaten überlassen; eine einheitliche Anwendung ist insoweit nicht gewährleistet.[469]

c) TRIPS

255 Durch das TRIPS-Abkommen werden die Mitgliedstaaten auf die Achtung von Mindestschutzbestimmungen für geistiges Eigentum und auf die Implementierung

---

466 Vgl. BASEDOW, Weltkartellrecht, 64; MAVROIDIS/SICLEN, Application, 10 f.; PETERSMANN. Competition Rules, 39.

467 So z.B. Art. VII Ziff. 2 lit. b GATT 1947, wonach sich der wirkliche Wert einer Ware nach dem Preis unter «Bedingungen des freien Wettbewerbs» bestimmt; vgl. dazu OECD, Competition Elements, 5 ff.; PETERSMANN, Proposals, 239.

468 Report of the Panel, angenommen am 4.5.1988 (L/6309 - 35S/116), «Japan – Trade in Semiconductors», N 96 ff.

469 Dazu BASEDOW, Weltkartellrecht, 45; Botschaft GATT I, 253 f.

geeigneter Durchsetzungsmechanismen verpflichtet.[470] Die Mitgliedstaaten können allerdings Massnahmen ergreifen, um den Missbrauch von Rechten an geistigem Eigentum oder den Rückgriff auf Praktiken, die den Handel unangemessen beschränken oder den internationalen Technologietransfer beeinflussen, zu verhindern (Art. 8 Ziff. 2 TRIPS).

Die Mitgliedstaaten sind sich zudem darüber einig, dass gewisse Praktiken und Bedingungen bei der Erteilung von Lizenzen auf Rechte an geistigem Eigentum, die den Wettbewerb beschränken, nachteilige Auswirkungen auf den Handel haben und den Transfer und die Verbreitung von Technologie behindern können (Art. 40 Ziff. 1 TRIPS). Allerdings ist es weitgehend Sache der Mitgliedstaaten, diese wettbewerbsbeschränkenden Praktiken in ihrer nationalen Gesetzgebung zu konkretisieren; Art. 40 Ziff. 2 TRIPS nennt nur einige Beispiele, welche als wettbewerbsgefährdend angesehen werden können, so z.B. Rückzessionsklauseln; die Verpflichtung, den Bestand eines Patentes nicht anzufechten; oder die zwangsweise Zusammenfassung von Lizenzen.[471] 256

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang auch Art. 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (PVÜ, in der Stockholmer Fassung von 1967), das in seinen materiellen Teilen durch Art. 2 TRIPS übernommen worden ist. Dieser verpflichtet die Verbandsangehörigen, ihren Mitgliedern einen wirksamen Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zu sichern. 257

d) Weitere wettbewerbsrechtlich relevante Normen

Eine Reihe weiterer WTO-Abkommen enthält wettbewerbsrechtlich relevante Regeln für private Unternehmen oder hat zumindest Regeln mit stark wettbewerbspolitischem Bezug, insbesondere für Unternehmen, die hoheitliche Aufgaben wahrnehmen oder mit einem staatlichen Monopol ausgestattet sind.[472] 258

---

470 Vgl. HAUSER/SCHANZ, GATT, 59 f.; 210 ff.; MEIER-SCHATZ, WTO, 255.

471 Dazu BASEDOW, Weltkartellrecht, 44 f.; Botschaft GATT I, 306 f.

472 So z.B. Art. XVII GATT (Verhaltensregeln für staatliche Unternehmen); Art. 3, 4 und 8 des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (Technische Vorschriften auch von nicht-staatlichen Stellen sollen nicht handels-einschränkender als notwendig sein); etc.; eine Übersicht über solche Bestimmungen gibt PETERSMANN, Proposals, 253 ff.; STRAW, Rules, 68 f.; OECD, Competition Elements, 5 ff.

259 Mit Entscheidung vom 18. November 1960 vereinbarten die Mitgliedstaaten zudem, im Falle wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen privater Unternehmen miteinander in Konsultation zu treten; diese Möglichkeit wurde allerdings bis anhin nicht genutzt, bietet sie doch weder ein griffiges Verfahren noch wirksame Remedur für solche Praktiken.[473]

e) Bedeutung

260 Das GATT/WTO-Regelwerk *verpflichtet seine Mitglieder nur in sehr beschränktem Mass zur Unterbindung privater wettbewerbsschädlicher Praktiken*. Die wenigen Einschränkungen, die das Regelwerk privaten Wirtschaftssubjekten auferlegt, sind zudem zu unbestimmt und ermöglichen keine wirksame Kontrolle. Nur im Falle extremer Wettbewerbsbeschränkungen, welche die Vorteile der Welthandelsordnung geradezu vereiteln und die zudem von einem Mitgliedstaat gefördert oder zumindest toleriert werden müssen, kann über den – verfahrensmässig eher umständlichen – GATT/WTO-Streitbeilegungsmechanismus die Aufhebung solcher Praktiken erwirkt werden.[474] Eine Erweiterung der GATT/WTO-Regeln zur Verhinderung wettbewerbsschädlicher Praktiken wird darum diskutiert.[475]

6.2.2 Freihandelsabkommen und sektorielle Abkommen

261 Zur Sicherung der Vorteile, die sich aus dem – mit Freihandelsabkommen angestrebten – Abbau von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen ergeben, enthalten die jeweiligen Verträge oft Regeln über wettbewerbsbeschränkende Praktiken privater Wettbewerbssubjekte. Zu erwähnen sind hier insbesondere das EFTA-Übereinkommen von 1960, das Freihandelsabkommen mit der Europäischen Union von 1972 und die sektoriellen Verträge mit der EU von 1999:

---

473 Vgl. PETERSMANN, Proposals, 242.

474 Vgl. HAUSER/SCHANZ, GATT, 273 ff.; PETERSMANN, Proposals, 241 ff.; RHINER, Vision, 229 f.; HERDEGEN, Wirtschaftsrecht, 205 f.

475 Vgl. Singapore Ministerial Declaration vom 13.12.1996 (WT/MIN(96)/DEC; 18.12.1996). Zum Stand der Diskussion PETERSMANN, Reforms, 44 ff.

a) Wettbewerbsrechtlich relevante Normen

Praktisch gleichlautende Wettbewerbsregeln formulieren Art. 23 FHA, Art. 18 EGKS-A und Art. 15 EFTA-A.[476] Unverkennbar ist der Ursprung der Bestimmungen, welcher auf Art. 81 f. EGV zurückzuführen ist[477]; dieser bildete insbesondere auch das Vorbild für Art. 53 f. EWR-A. Art. 23 FHA lautet: 262

> **Art. 23 FHA**
> (1) Mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens sind unvereinbar, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen,
> i) alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, welche eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezüglich der Produktion und des Warenverkehrs bezwecken oder bewirken;
> ii) die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem gesamten Gebiet der Vertragsparteien oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen;
> iii) ...
> (2) ...

Zudem übernimmt die Schweiz für den Luftverkehr mit der EU und Drittstaaten Wettbewerbsregeln entsprechend Art. 81 f. EGV und dem darauf beruhendem Sekundärrecht (Art. 8 f. LuftVA, Anhang Ziff. 2 LuftVA).[478] 263

b) Bedeutung

Die h.L. betrachtet die in den Freihandelsabkommen (EFTA-A, FHA, EGKS-A) verankerten Wettbewerbsregeln heute[479] als *nicht direkt anwendbares Recht*: Da- 264

---

476 Zur weitgehenden Übereinstimmung der Bestimmungen auch SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 555; SCHÜRMANN, Wettbewerbspolitik, 99 ff.

477 Vgl. dazu die Erklärung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu Artikel 23 Absatz 1 des Abkommens in der Schlussakte vom 22. Juli 1972 zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR 0.632.401.7), wonach sie Art. 23 Abs. 1 FHA gemäss den Bestimmungen des EGV auszulegen gedenkt. Weiter SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 552 f.; SCHÜRMANN, Wettbewerbspolitik, 99; HOMBURGER, Situation, 339; VEELKEN, Anwendbarkeit, 113; ROTH, Wettbewerbsregeln, 409; BALDI, Abkommen, 289 sieht in Art. 23 FHA und Art. 81 f. EGV nur «vordergründige Parallelen».

478 Vgl. Zusatzbotschaft, 5508.

479 Anders noch SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 556 f.; SCHÜRMANN, Wettbewerbspolitik, 105 f.; vorsichtiger ROTH, Kartellrecht, 261 ff.

nach sollen diese lediglich die Voraussetzungen umschreiben, unter denen die Vertragsparteien im Hinblick auf die Beseitigung privater Wettbewerbsbeschränkungen das in den jeweiligen Verträgen vorgeschriebene Konsultations- und Schutzverfahren einleiten können (im Rahmen eines gemischten Ausschusses oder des EFTA-Rates)[480]; die Freihandelsabkommen, insbesondere das FHA, schaffen demgemäss kein Verhaltensrecht für Private.[481] Mit dem lapidaren Hinweis auf den fehlenden self-executing-Charakter der angesprochenen Normen kann sich die Schweiz freilich nicht der darin eingegangenen materiellen Verpflichtungen entledigen. Im Rahmen des Anwendungsbereiches der genannten Freihandelsabkommen – wichtigster Unterschied zum nationalen Recht ist wohl die Beschränkung der Freihandelsabkommen auf den zwischenstaatlichen Warenverkehr – *sind die in Art. 15 EFTA-A, Art. 23 FHA und Art. 18 EGKS-A niedergelegten Wettbewerbsregeln zu wahren*.[482] Für die Auslegung der genannten Wettbewerbsregeln, insbesondere Art. 23 FHA, sind *Art. 81 f. EGV von überragender Bedeutung*.[483] Entsprechend sind bei Anwendung dieser Regeln Lehre und Rechtsprechung der EU-Wettbewerbsbehörden beizuziehen.[484] Anzumerken bleibt, dass die praktische Relevanz sowohl von Art. 15 EFTA-A, Art. 23 FHA und Art. 18 EGKS-A ausge-

---

480 Vgl. SCHÜRMANN, KG + PüG, 748 und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 331 f.; KOLLER, Anwendbarkeit, 600 ff.; BALDI, Rechtsnatur, 102; HOMBURGER, Situation, 338; BERNITZ, Freihandelsabkommen, 229; VEELKEN, Anwendbarkeit, 121; ROTH, Anwendbarkeit, 414; Botschaft EFTA, 870 ff.; Botschaft FHA, 700 ff.; Botschaft EWR, 349; Botschaft KG95, 623 f.

481 Vgl. BGE 104 IV 175 ff., 179 «Adams»: Stanley Adams wurde von den schweizerischen Justizbehörden wegen wirtschaftlichen Nachrichtendienst (Art. 273 StGB) verurteilt, weil er Informationen über wettbewerbsbeschränkende Praktiken der F. Hoffmann-La Roche & Co. AG an die Europäische Kommission weitergegeben hat. Die Berufung auf das im Sinne von Art. 23 FHA fehlbare Verhalten von Roche ging nach Ansicht des Bundesgerichts fehl, da die Bestimmung kein Verhaltensrecht für Private schaffe. Zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts ausführlich SOMMER, Beziehungen, 59 ff.; VEELKEN, Anwendbarkeit, 115 ff.

482 Vgl. BALDI, Abkommen, 290, 298 f.; ZÄCH, Kartellrecht, 141; ebenso Botschaft KG85, 1368 und Botschaft FHA, 702, wo allerdings betont wird, dass die Wahrung der Wettbewerbsregeln den Vertragsparteien, nicht einer überstaatlichen Institution obliegt.

483 Vgl. SCHLUEP, Unternehmenskonzentration, 552 ff.; ROTH, Wettbewerbsregeln, 426. HOMBURGER, Situation, 340 anerkennt eine weitgehende inhaltliche Übereinstimmung, will aber bei der Auslegung von Art. 23 FHA die funktionelle Verschiedenheit zum EGV berücksichtigt wissen. Ebenso betrachtet SCHÜRMANN, Wettbewerbspolitik, 99 f. Art. 23 FHA nicht als Rezeption des EG-Wettbewerbsrechts und will demgemäss die Unterschiede zum EGV, namentlich Zweck des EGV und das Art. 81 zugrundeliegende Verbotsprinzip, nicht ausser Acht lassen. Vorsichtig äussern sich auch KOLLER, Anwendbarkeit, 604 ff. und die Materialien: Botschaft FHA, 702.

sprochen gering ist. Die Europäische Kommission zieht es vor, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen im Handel mit Drittstaaten gestützt auf das Auswirkungsprinzip[485] nach Massgabe der Art. 81 f. EGV zu beurteilen; sie ist diesbezüglich nicht auf das umständliche Verfahren nach Art. 31 EFTA-A, Art. 27 FHA oder Art. 23 EGKS-A angewiesen.[486] Auch die Schweiz macht von den Streitschlichtungsbestimmungen der Freihandelsabkommen keinen Gebrauch. Einerseits bekennt auch sie sich zum Auswirkungsprinzip (Art. 2 Abs. 2 KG), andererseits war es bis zum Erlass des geltenden Kartellgesetzes kaum möglich, im internationalen Rahmen Sachverhalte anzuprangern, die im Inland aufgrund der wesentlich largeren Gesetzgebung erlaubt waren.[487]

265 Die Wettbewerbsregeln des EFTA-A befinden sich zur Zeit zur Anpassung an den Stand der sektoriellen Verträge in Revision. Die mit Art. 18 E EFTA-A angestrebten Neuerungen sind dabei vorwiegend verfahrensrechtlicher Natur. Namentlich geplant ist die Einführung eines Schiedsgerichts, das jedoch, nach Ansicht des Bundesrates, aufgrund der beschränkten Justiziabilität der in Art. 18 (ex-Art. 15) enthaltenen Vorschriften nur in sehr allgemeiner Weise prüfen könne, ob ein Mitgliedstaat die erforderlichen Massnahmen gegen wettbewerbswidrige Praktiken mit handelsbeschränkender Wirkung getroffen hat.[488]

266 Durch Art. 8 ff. LuftVA übernimmt die Schweiz für den Bereich des Luftverkehrs das Wettbewerbsrecht der Europäischen Union. Zudem wird die Durchsetzung der Bestimmungen, soweit der Luftverkehr zwischen der Union und der Schweiz betroffen ist, den Gemeinschaftsorganen übertragen (Art. 11 Abs. 1 LuftVA). Im Verkehr mit Drittstaaten obliegt die Anwendung von Art. 8 ff. den schweizerischen Behörden; nur im schweizerischen Binnenverkehr kann noch schweizerisches Recht angewandt werden (Art. 10 LuftVA).[489] Offenbar wollte die Europäische Union vermeiden, dass Art. 8 ff. LuftVA das gleiche Schicksal ereilt wie die ohne

---

484 Dazu II/10.2.1.

485 Das Auswirkungsprinzip wird sowohl von der Europäischen Kommission als auch – in einem neueren Fall – vom EuGH angewendet (Entscheid des EuGH vom 25.3.1999, Rs T-102/96 «Gencor/Kommission», N 76 ff.; neuestens IV/M.2220 «General Electric/Honeywell»).

486 Vgl. BALDI, Abkommen, 301 f.; BERNITZ, Freihandelsabkommen, 229 f.; HOMBURGER, Wettbewerbsrecht, 364; ZÄCH, Kartellrecht, 399; DUCREY, Vorbemerkungen zu Art. 58 und 59 KG, N 4.

487 Vgl. BALDI, Abkommen, 302 f.

488 Vgl. Botschaft rev. EFTA, 4979 f.

grosse Bedeutung gebliebenen Art. 15 EFTA-A, Art. 23 FHA und Art. 18 EGKS-A. Unterstrichen wird dadurch die Bedeutung, die dem Europäischen Wettbewerbsrecht und der darauf beruhenden Praxis für die Auslegung des schweizerischen Kartellgesetzes zukommen muss. Die hängige Revisionsvorlage des Kartellgesetzes wird in diesem Zusammenhang durch einen Art. 42a gemäss Fassung der Zusatzbotschaft ergänzt.

6.2.3 OECD

267 Grosses Gewicht auf die Wettbewerbspolitik legt die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)[490]. Im Vordergrund stehen hier die Berichte und die – allerdings unverbindlichen – Empfehlungen (Art. 5 lit. b OECD-A) zur Wettbewerbspolitik.

a) Wettbewerbsrechtlich relevante Normen

268 Schon 1971 verabschiedete der Rat der OECD eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten, die auf die Bekämpfung von Preis- und Marktteilungsabreden, monopolistischer oder oligopolistischer Preisbildung sowie Wettbewerbsbeschränkungen bei Patenten und Lizenzverträgen hinzielte.[491]

269 Es folgte die wichtige *Erklärung der Regierungen über die internationalen Investitionen und die multinationalen Unternehmen* (1976) sowie die *Empfehlung bzgl. Wettbewerbsbeschränkungen im internationalen Handel* (1978), welche die Verhinderung von wettbewerbsbeschränkenden Übernahmen, Verdrängungspraktiken, unbilligen Liefer- und Bezugsverweigerungen, Missbräuchen gewerblicher Schutzrechte sowie diskriminierenden Preisgestaltungen zum Ziel hatte.[492]

270 Wichtig in diesem Zusammenhang erscheint auch die 1998 verabschiedete *Empfehlung bzgl. die wirksame Bekämpfung von «hard core cartels»*, definiert als hori-

---

489 Vgl. dazu Botschaft Bilaterale, 6255 ff.; DETTLING-OTT, Luftverkehr, 464 ff., 468 ff.

490 Die Schweiz ist ein Gründungsmitglied der OECD.

491 Vgl. Recommendation of the Council concerning Action against Inflation in the Field of Competition Policy vom 14./15.12.1971, C(71)205(Final).

492 Vgl. Declaration on International Investment and Multinational Enterprises adopted by the Governments of OECD Member countries vom 21.6.1976 und Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices affecting International Trade including those involving Multinational Enterprises vom 20.7.1978, C(78)133 (Final).

zontale Wettbewerbsabreden zur Festsetzung von Preisen, Mengen oder Quoten, sowie zur Aufteilung des Marktes nach Kunden, Gebieten, etc. und als Submissionsabsprachen. Die Definition deckt sich demzufolge mit der schweizerischen Definition «harter Kartelle» gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Die Empfehlung schlägt die Einführung wirksamer Sanktionen sowie notwendiger griffiger Verfahrensregeln und Instrumente zur Aufdeckung dieser Kartelle vor.[493]

Neben diesen Empfehlungen sind auch die Berichte (der Länder und der Organisation) bzgl. wettbewerbsrechtlicher Probleme («reports» und «best practices roundtables») von grossem Interesse; an geeigneter Stelle soll jeweils darauf zurückgekommen werden. 271

b) Bedeutung

Die OECD-Empfehlungen werden im Allgemeinen als solide Basis für die Harmonisierung der nationalen Wettbewerbsgesetze angesehen; verschiedentlich werden sie sogar als Ansatz für die Implementierung internationaler Wettbewerbsregeln – beispielsweise im Rahmen der WTO – betrachtet.[494] Das materielle Wettbewerbsrecht der OECD-Staaten – auch der Schweiz (!)[495] – hat jedoch mittlerweile zum grössten Teil den Stand der Empfehlungen erreicht oder übertroffen.[496] 272

6.2.4 UNCTAD

a) Wettbewerbsrechtlich relevante Normen

Im Rahmen der Konferenz für Handel und Entwicklung der UN wurde am 22. April 1980 ein *Kodex über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen verabschiedet (RBP)*, der am 5. Dezember 1980 von der UN-Generalversammlung durch Konsensresolution angenommen wurde. Damit haben sich alle in der UN 273

493 Vgl. Recommendation of the Council concerning effective Action against Hard Core Cartels vom 27./28.4.1998, C(98)35 (Final). Die Botschaft KG01, 5 ff. greift nun diese Empfehlung zur Einführung einer Sanktionenregelung auf.

494 Vgl. DAVIDOW, Reflections, 455 f.; RHINER, Vision, 226 f.; GROSSFELD/HÜBNER, Leitsätze, 164 ff., 168.

495 So implementiert die Schweiz mit der vorgesehenen direkten Sanktionierung von «hard core cartels» und der damit einhergehenden Erweiterung des Instrumentariums der Wettbewerbskommission die Empfehlung von 1998; vgl. dazu II/3.2.6, II/5.3.2, c) und N 270.

und der ihr angeschlossenen Spezialorganisationen vertretenen Staaten (darunter die Schweiz) auf allerdings unverbindliche Weltkartellrichtlinien geeinigt.[497] Der Kodex enthält in Abschnitt D Grundsätze und Regeln für Unternehmen einschliesslich transnationale Gesellschaften. Verpönt sind danach ungerechtfertigte horizontale Preisabsprachen (auch für Exporte und Importe), Submissionsabsprachen, Markt- und Kundenaufteilungsregelungen, Quotenabsprachen für Vertrieb oder Produktion, kollektive Massnahmen zur Durchsetzung von Abmachungen, abgestimmte Verweigerung der Belieferung potentieller Importeure und die kollektive Ablehnung des Beitritts zu einer wettbewerblich wesentlichen Vereinbarung oder Vereinigung, wenn diese Verhaltensweisen sich schädlich auf den internationalen Handel auswirken (Abschnitt D.3 RBP). Die Unternehmen sollen auch bestimmte Handlungen oder Verhaltensweisen (insbesondere Kampfmassnahmen gegenüber Mitbewerbern, diskriminierende Preisgestaltung, Zusammenschlüsse zur Erlangung eines beherrschenden Einflusses in horizontaler, vertikaler oder konglomerater Beziehung) unterlassen, wenn diese durch den Missbrauch oder durch die Erlangung und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung den Zugang zu Märkten beschränken oder auf sonstige Weise den Wettbewerb ungerechtfertigt beschränken (Abschnitt D.4 RBP).

274 Als weitere Ansätze einer Weltkartellordnung sind im Rahmen der UNCTAD der «*Transfer of Technology-Code (TOT-Code)*» und der «*UNCTAD Liner Code*» erarbeitet worden. Der TOT-Code befasst sich mit Fragen des Technologietransfers und wird ergänzt durch einen Verhaltenskodex, der sich hauptsächlich mit Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der Lizenzverträge (Rückzessionen, Anfechtung des Patentes, Einschränkungen in Forschung, Alleinvertriebsverträge) auseinandersetzt. Der TOT-Code konnte bisher allerdings nicht verabschiedet werden. Von grösserer praktischer Bedeutung ist der – von der Schweiz allerdings nicht ratifizierte – UNCTAD-Verhaltenskodex für Linienschifffahrtskonferenzen. Er

---

[496] Vgl. BASEDOW, Weltkartellrecht, 65. So hat auch die Bedeutung der OECD-Leitlinien für multinationale Unternehmen von 1976 stark abgenommen; FATOUROS, Guidelines, 12 f.

[497] Für die Schweiz als Mitglied der UNCTAD (Botschaft UNCTAD, 1553 ff.) löst eine solche Resolution allenfalls eine «moralische Verpflichtung» aus, nicht gegen deren Inhalt zu verstossen. Dennoch kann die Resolution zumindest als ein Indiz für das Vorliegen eines zwischenstaatlichen Konsenses angesehen werden; vgl. dazu KIMMINICH/HOBE, Völkerrecht, 189 ff.; SEIDL-HOHENVELDERN/STEIN, Völkerrecht, 104 f.; HERDEGEN, Völkerrecht, 131. Zur Rechtsnatur des Kodex im Besonderen FIKENTSCHER/STRAUB, Weltkartellrichtlinien (I), 639 ff.

befasst sich in erster Linie mit öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Zugangs zu Linienschifffahrtsmärkten.[498]

b) Bedeutung

Auch ein für die Schweiz unverbindlicher Kodex wie die RBP-Regelungen kann gewisse Auswirkungen haben; so kann dadurch insbesondere die Verabschiedung wirksamer Wettbewerbsgesetze gefördert werden.[499] Modell für das schweizerische Kartellgesetz stand der Kodex allerdings nicht[500], auch wenn hier inhaltlich – abgesehen von der im Kodex enthaltenen Zwischenstaatlichkeitsklausel – weitgehende Übereinstimmung mit dem Kodex festgestellt werden kann. Dies vermag nicht weiter zu erstaunen, lehnen sich die Kernelemente des Kodex (Abschnitte D.3 und D.4 RPB) doch an die damals schon bestehenden Regelungen von Art. 81 f. EGV, Sec. 1 f. Sherman Act sowie § 1 und § 19 GWB an[501], welche ihrerseits teilweise Vorbild für das schweizerische Kartellgesetz waren.[502] Institutionell bleibt der Kodex jedoch weit hinter diesen Gesetzen zurück, sieht er doch weder eine internationale Kartellbehörde noch einen internationalen Gerichtshof zu seiner Durchsetzung vor.[503] 275

6.3 Thesenbildung

Als Ergebnis der Analyse der wichtigsten internationalen Wirtschaftsverträge kann festgehalten werden, dass sich *verbindliche internationale Wettbewerbsregeln nur punktuell und/oder wenig konkret* herausgebildet haben. Die Bedeutung des internationalen Wettbewerbsrechts ist zur Zeit im Hinblick auf den Abbau privater – nicht aber staatlicher – Wettbewerbsbeschränkungen als gering einzustufen und kann wenig zur Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» beitragen; von Interesse sind lediglich einige punktuelle Regeln betreffend den zwischenstaatlichen Handel. 276

---

498 Vgl. dazu BASEDOW, Weltkartellrecht, 67; RHINER, Vision, 228; WILLNER, Transfer, 177 ff., 182; GREWLICH, Linienkonferenzen, 742 ff.

499 Vgl. FIKENTSCHER/STRAUB, Weltkartellrichtlinien (I), 642.

500 So nehmen die Materialien keinen Bezug auf den Kodex; vgl. z.B. Botschaft KG95, 528 ff.

501 Vgl. FIKENTSCHER/STRAUB, Weltkartellrichtlinien (II), 731 und 734.

502 Dazu II/10.1, N 546 f.

503 Vgl. die kritischen Bemerkungen von DAVIDOW, Code, 207 ff.; RHINER, Vision, 227 f.; BASEDOW, Weltkartellrecht, 65 ff.; MÖSCHEL, Wettbewerbsbeschränkungen, 462 ff.

6.3.1 Bedeutung der Verpflichtungen im internationalen Bereich zur Wahrung «wirksamen Wettbewerbs»

277 Die wichtigsten Freihandelsabkommen der Schweiz enthalten inhaltlich weitreichende Regeln bzgl. privater Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Beeinträchtigung des internationalen Warenverkehrs geeignet sind. *Die Regeln lehnen sich stark an die Europäische Wettbewerbsordnung an; diese hat dementsprechend bei deren Auslegung eine überragende Bedeutung*. Zudem sind in der Welthandelsordnung punktuell Wettbewerbsregeln verankert, die in ihrer Tragweite umfassender – sie umfassen auch den internationalen Dienstleistungsverkehr und das geistige Eigentum –, doch zugleich auch weniger griffig im Vergleich zu den entsprechenden Regeln der Freihandelsabkommen sind. Den Bestimmungen gemeinsam ist ein umständlicher Durchsetzungsmechanismus, der eine breite Anwendung der Bestimmungen auf private Wettbewerbsbeschränkungen verunmöglicht. Die Bestimmungen haben denn auch in der Praxis kaum grosse Bedeutung erlangt; die Staaten bevorzugen vielmehr für die Bekämpfung von privaten Wettbewerbsbeschränkungen, die sich auf ihren Markt auswirken, die Anwendung ihres eigenen – meist wesentlich griffigeren – Wettbewerbsrechts (Auswirkungsprinzip). Für die Auslegung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» lassen sich aus den völkerrechtlichen Verträgen kaum Folgerungen ziehen. *Dies soll die überragende Bedeutung des Völkerrechts für den Abbau staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen nicht schmälern*.[504] Bestätigt wird auch die überragende Bedeutung des Europäischen Wettbewerbsrechts als Auslegungselement. Die diesbezüglichen Regeln wurden zwar nur punktuell rezipiert (LuftVA), doch dominieren deren Eigenheiten das internationale wettbewerbliche Umfeld der Schweiz, so dass sie schon aus Praktikabilitätsgründen (II/7) für die Auslegung des schweizerischen Wettbewerbsrechts besondere Bedeutung erlangen.[505] Völkerrechtskonforme Auslegung kann im Bereich des Kartellrechts faktisch als europarechtskonforme Auslegung (v.a. II/10.2) verstanden werden.[506]

---

[504] Vgl. auch II/11.3.4 zum Abbau staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen.

[505] In diesem Sinne äussern sich auch die Materialien; vgl. Botschaft KG95, 528 ff. und Kommentar VKU, 2.

[506] Dazu II/10.2. Zur Bedeutung des Europäischen Rechts für die Auslegung des schweizerischen Kartellrechts auch MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, passim.

6.3.2 Bedeutung der unverbindlichen Empfehlungen zur Wahrung «wirksamen Wettbewerbs»

Die Verankerung eines wirksamen, verbindlichen Kartellrechtskodex auf universaler Ebene hat bislang nicht stattgefunden. Die vorhandenen Regeln haben den Charakter von Empfehlungen und sind dementsprechend völkerrechtlich unverbindlich[507].[508] Im Vordergrund stehen die Empfehlungen der OECD, deren *materieller Gehalt aber vom schweizerischen Gesetzgeber schon erreicht* wurde oder aber – was die Bekämpfung harter Kartelle angeht – demnächst erreicht wird. Die Empfehlungen bestätigen darum, was die Auslegung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» angeht, weitgehend die in II/2.2.1 gemachten Überlegungen zur Systematik des schweizerischen Kartellgesetzes, insbesondere was die Schädlichkeit von Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen, die Ambivalenz vertikaler Absprachen («rule of reason») und die Fusionskontrolle angeht. Sie können daher allenfalls hilfsweise, zur Untermauerung eines Auslegungsergebnisses herangezogen werden. 278

[507] Empfehlungen lösen dementsprechend auch nicht das Unvereinbarkeitsverfahren gemäss Art. 58 f. KG aus; vgl. Botschaft KG85, 1367 und Botschaft KG95, 623 f.

[508] Vgl. zur Bedeutung des «soft law» BASEDOW, Weltkartellrecht, 67 ff.

7 Realien als Auslegungselement

7.1 Vorbemerkungen

279 HUBER bezeichnete die Realien «als die tatsächlichen Verhältnisse, als die realen Mächte (...), mit denen unter jeder menschlichen Vergesellschaftung gerechnet werden muss.»[509] Diese «gehören sowohl zur Gestaltung als auch zur Anwendung des Rechts, indem sie für beides Bedingungen setzen, die weder von der Gesetzgebung noch vom Richter übersehen werden dürfen.»[510] Zu den Realien werden Naturkräfte und Sachbeschaffenheiten sowie soziale, psychologische, technische und wirtschaftliche Gesichtspunkte gezählt; die Liste lässt sich beliebig fortsetzen.[511] Die Konkretisierung des Rechts soll weiter realistisch im Sinne der Praktikabilität sein.[512] Heute ist gesichert, dass die Konkretisierung von Normen ohne Einbezug der realen Verhältnisse nicht mehr denkbar ist.[513] Im Bereich des Wirtschaftsrechts, wo Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften als «Realien» im Vordergrund stehen, findet dieser Einbezug hauptsächlich bei der Anwendung des funktionalen Auslegungselements als sog. Sondermethode statt; in der vorliegenden Arbeit sind dies insbesondere Erkenntnisse der Wettbewerbstheorie.[514] Zu denken ist aber auch an die gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Volkswirtschaft, auf welche im Folgenden näher eingegangen wird.

280 Eindrückliches Beispiel für den *Einbezug von Realien und Folgenerwägungen* bildet die zuvor besprochene Rechtsprechung des Bundesgerichts zur zulässigen Rechtsform von Kartellen und Wirtschaftsverbänden.[515] Auf diese soll später zurückgekommen werden.[516]

---

509 HUBER, Rechtsverwirklichung, 282.
510 HUBER, Rechtsverwirklichung, 281.
511 Vgl. HUBER, Rechtsverwirklichung, 312 ff.; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 210 ff.; RHINOW, Methodik, 82 ff.
512 MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 323 ff.
513 RHINOW, Methodik, 81; GERMANN, Gesetzeslücken, 160 f.; MESTMÄCKER, Wirtschaftswissenschaften, 383.
514 Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 224 f.; SCHLUEP, Funktionalität, 142, 178 f.; MEIER-SCHATZ, Begriff, 297 f.; auch RHINOW, Methodik, 94 f., hier allerdings unter Auslassung des Wirtschaftsrechts.
515 Dazu ausführlich N 239.
516 Vgl. II/8.2, N 302.

7.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf die Realien

7.2.1 Wettbewerbstheoretische Zusammenhänge

«Wirksamer Wettbewerb» nimmt deutlichen Bezug auf *wirtschaftswissenschaftliche Zusammenhänge*, insbesondere Erkenntnisse der Wettbewerbstheorie. Diese werden aber im Rahmen des funktionalen Auslegungselements, welches einen methodischen Rahmen für den Einbezug von Erkenntnissen der Wirtschaftswissenschaften bietet, ausführlich besprochen.[517] 281

7.2.2 Gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge

Die Realien verdeutlichen auch die Bedeutung des europäischen Rechts, ist dieses doch «realistischerweise» – aufgrund der Verflechtung der Wirtschaft v.a. mit dem europäischen Ausland bei der Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» zu berücksichtigen.[518] Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht stellt sich auch die Frage nach der «richtigen» Wettbewerbspolitik einer kleinen, offenen Volkswirtschaft, m.a.W. der Erhaltung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Unternehmen.[519] 282

a) Schweiz als kleine, offene Volkswirtschaft

Die Schweiz wird häufig als Prototyp einer «kleinen, offenen Volkswirtschaft» bezeichnet – «klein» wegen der geringen Bevölkerungszahl, «offen» wegen der hohen internationalen Verflechtung ihrer Wirtschaft. Im Folgenden wird die schweizerische Volkswirtschaft und ihre internationale Verflechtung anhand einiger ausgewählter *volkswirtschaftlicher Gesamtrechnungen* illustriert. Die Auswahl beschränkt sich dabei auf eine Analyse des Bruttoinlandproduktes (BIP), des Aussenhandels und der Direktinvestitionen.[520] 283

---

517 Vgl. II/11.2.3.

518 Vgl. II/10.1 und II/6.3.1.

519 Vgl. schon die im Rahmen eines Nationalen Forschungsprogramms durchgeführten Studien von KAPPEL/LANDMANN, Wandel, passim und HALBHERR/HARABI/BACHEM, Wettbewerbsfähigkeit, passim.

520 Quellen: Die Volkswirtschaft 1/2002; OECD Economic Surveys 2000; OECD Main Economic Indicators 2000; OECD International Direct Investment Statistics Yearbook 2000; WTO

284 Nach einem Jahrzehnt der wirtschaftlichen Stagnation, in dem die Schweiz mit einem durchschnittlichen Wirtschaftswachstum von 0,6% das Schlusslicht der OECD bildet, findet die schweizerische Volkswirtschaft gegen Ende der neunziger Jahre wieder den *Anschluss an das Wachstum der übrigen Industrieländer* zurück (Tab. 1). Die Schweiz ist heute zwar mit einem kaufkraftbereinigten pro Kopf Einkommen von US$ 36254 nach wie vor eines der wohlhabendsten Länder der Welt, doch hat sich der Wohlstandsvorsprung gegenüber anderen Ländern während der Stagnationsphase nachhaltig verringert. Es stellt sich die Frage, ob diese *Angleichung der Wohlstandsniveaus* dauerhaft bleibt und inwieweit die Schweiz noch international wettbewerbsfähig ist.

Tab. 1: Entwicklung des Bruttoinlandproduktes

	Nominal Mrd. US$[521]	Reale Veränderung in % gegenüber der Vorperiode					
	1999	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Schweiz	258,9	0,5	0,3	1,8	2,6	2,3	2,3
Deutschland	2112,0	2,4	1,7	2,6	3,0	2,1	2,9
EU	8502,8	2,4	1,7	2,6	3,0	2,6	3,4
USA	9237,0	2,7	3,6	4,4	4,3	4,1	4,1
OECD	24935,3	2,1	3,1	3,5	2,7	3,1	3,8

285 Auf Länderbasis nimmt die Schweiz mit einem Anteil von 1,3% der Exporte (Rang 21) und 1,3% der Importe (Rang 17) am Welthandel teil (2000). Wichtig für die internationale Handelsverflechtung und bezeichnend für die Auswirkungen des Handels auf die wirtschaftliche Entwicklung ist die Exportquote (Export in % des BIP), welche in der Schweiz mit 40,2% einen sehr hohen – für Kleinstaaten aber typischen – Wert erreicht (EU: 32,1%; USA: 11,1%; Deutschland 29,4%; Österreich 45,1%). Des weiteren ist die Handelspartnerkonzentration für die internationale Wettbewerbsfähigkeit von Bedeutung. Diese hat sich in den letzten Jahren akzentuiert. Inzwischen werden 22,2% der Exporte und 31,2% der Importe mit Deutschland abgewickelt; der Anteil der EU-Länder insgesamt beträgt 60,4% auf der Export-, 77,7% auf der Importseite (Vgl. Tab. 2). Schliesslich zeigen die Er-

International Trade Statistics 2001; SNB Statistisches Monatsheft 2/2002; EVD/seco, Wirtschaftspolitik, passim.

tragsbilanzsalden, ob mit dem Handel ein Devisenüberschuss oder ein –defizit erwirtschaftet wird. In den letzten Jahren hat die Schweiz im Bereich der Güter einen leicht negativen (-4,2 Mrd. CHF im Jahr 2000), im Bereich der Dienstleistungen einen stark positiven Saldo erwirtschaftet (+23,3 Mrd. CHF). Der nahezu erreichte Ausgleich der traditionell stark defizitären Handelsbilanz könnte darauf hindeuten, dass die Schweiz nach einer Phase des Strukturwandels nun ihre komparativen Vorteile besser nutzt, was auch in einem leicht wachsenden Anteil von Hochtechnologie-Exporten zum Ausdruck kommt.[522] Insgesamt lässt sich aus diesen Zahlen eine *enge Verflechtung der schweizerischen Wirtschaft mit anderen Volkswirtschaften*, insbesondere denjenigen der EU-Mitgliedstaaten, ersehen.[523] Auch lässt sich ein dramatischer Bedeutungsschwund der Europäischen Freihandelszone EFTA für die Schweiz erkennen, deren Mitglieder nur marginal am Aussenhandel der Schweiz und an den Direktinvestitionen der Unternehmen teilhaben. Der Anteil der USA bleibt angesichts des erdrückenden Gewichts der EU-Staaten ebenfalls beschränkt.

Tab. 2: Aussenhandel nach Ländern und Ländergruppen

(Mio. CHF)	1997	1998	1999	2000	% am total
Export total	**105132,6**	**109112,8**	**114445,5**	**126549,1**	**100**
Deutschland	24142,6	25792,9	26616,7	28142,0	22,2
Frankreich	9657,8	10489,1	10714,1	11367,0	9,0
Italien	8029,5	8545,1	9103,4	9585,2	7,6
Grossbritannien	5797,0	6210,2	6159,2	6884,6	5,4
USA	10319,3	11096,5	13032,8	14729,1	11,6
Japan	4010,9	3846,5	4089,1	4842,1	3,8
Industrieländer	80617,4	86626,9	91344,9	98942,3	78,2
EU	63865,2	69093,5	71620,7	76424,1	60,4
EFTA	559,0	717,2	519,7	542,5	0,4

[521] Zu heutigen Preisen und Wechselkursen. Zu Preisen und Wechselkursen von 1995 betragen die entsprechenden Werte für die Schweiz 325,8; Deutschland 2603,2; EU 9423,9; USA 8587,7; OECD 26411,1.

[522] Vgl. dazu z.B. BECK, Wettbewerbsfähigkeit, 119 ff.; EVD/seco, Wirtschaftspolitik, 20, FN 4.

[523] Gegenüber der Studie von BORNER/PORTER/WEDER/ENRIGHT, Konzept, 91 ff., hat sich die Verflechtung mit dem Europäischen Wirtschaftsraum noch akzentuiert.

(Mio. CHF)	1997	1998	1999	2000	% am total
Import total	**103087,6**	**106865,7**	**113415,6**	**128615,3**	**100**
Deutschland	32943,4	34961,9	36860,3	40134,5	31,2
Frankreich	11890,5	12351,8	14171,5	13921,9	10,8
Italien	10775,9	11143,6	11587,6	12871,3	10,0
Grossbritannien	5112,5	4925,1	5021,9	5750,6	4,5
USA	7367,0	6777,3	6891,8	8716,6	6,8
Japan	2987,1	2967,6	3369,9	3727,1	2,9
Industrieländer	92570,4	96328,2	101836,2	113516,0	88,3
EU	81255,3	85351,7	90378,2	99893,3	77,7
EFTA	319,0	342,1	326,3	361,8	0,3

286 *Direktinvestitionen* im Ausland werden von der Schweiz hauptsächlich im Raum der Europäischen Union getätigt (Tab. 3). Es sind dies 47% des Totals an Direktinvestitionen in allen Ländern (Bestand 2000). Umgekehrt fliessen aus der EU 64% der in der Schweiz investierten Gelder (Bestand 2000). Die Schweiz rangiert unter den OECD-Ländern an achter Stelle bei den getätigten Direktinvestitionen (1999), allerdings nur an 13. Stelle als Ziel von ausländischen Direktinvestitionen.

Tab. 3: Schweizerische Direktinvestitionen ins Ausland (Industrieländer)

	Kapitalbestand (Buchwert)				Kapitalexporte			
(Mio. CHF)	1996	1997	1998	1999	1996	1997	1998	1999
EU	89209	113781	119025	145370	12522	12569	10154	24882
EFTA	1434	1366	1485	3066	54	181	-93	353
N'amerika	52586	62761	63934	71225	3709	8058	4458	14560
Übrige[524]	9114	8127	7874	11153	806	402	845	845

Tab. 4: Ausländische Direktinvestitionen in der Schweiz (Industrieländer)

	Kapitalbestand (Buchwert)				Kapitalimporte			
(Mio. CHF)	1996	1997	1998	1999	1996	1997	1998	1999
EU	49887	60706	65650	79459	2233	5927	5625	9640
EFTA	16	16	17	16	–	2	0	3
N'amerika	17668	20477	28031	40101	1476	3778	6509	8760
Übrige	3863	3763	2997	2552	45	-101	-383	-1467

[524] Japan, Südafrika, Australien, Neuseeland.

Zusammenfassend wird durch diese Zahlen die Bedeutung des die Schweiz umgebenden Europäischen Wirtschaftsraums unterstrichen. Aufgezeigt werden auch die sich daraus ergebenden – zum Vorteil beider Seiten eingegangenen – Abhängigkeiten v.a. aus schweizerischer Perspektive.

b) Internationale Wettbewerbsfähigkeit

287 Die «Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Unternehmen im In- und Ausland» gemäss Art. 29 Abs. 2 KG85 ist im geltenden Recht *nicht mehr ausdrücklich als Abwägungstopos*, beispielsweise zur Rechtfertigung von Wettbewerbsabreden oder Zulassung von Unternehmenszusammenschlüssen, verankert.[525] Art. 10 Abs. 4 des geltenden Kartellgesetzes weist lediglich noch darauf hin, dass der Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb, beispielsweise im Rahmen der geographischen Marktabgrenzung, Rechnung zu tragen ist.[526] *Als Realie ist die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen dennoch zu berücksichtigen*. Der Begriff der Wettbewerbsfähigkeit ist allerdings begrifflich nicht festgelegt und wird im Allgemeinen an verschiedenen Grössen gemessen, die meist direkt oder indirekt mit dem gegenwärtigen oder zukünftigen Wohlstandsniveau zusammenhängen[527]:

288 Die *Arbeitskosten und die Lohnstückkosten*, die bis in die 90er-Jahre eine kräftige Steigerung erfahren haben, haben sich heute stabilisiert, was die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Unternehmen verbessert hat. Auch die *preisliche Wettbewerbsfähigkeit* insbesondere der Exportindustrie hat sich wieder verbessert, doch bleibt über die gesamten neunziger Jahre hinweg eine Verschlechterung der Wettbewerbslage gegenüber den meisten OECD-Ländern bestehen.[528] Dennoch konnte – wie oben erwähnt – die traditionell stark defizitäre Handelsbilanz ausgeglichen werden, was auf eine Konzentration der Industrie mit komparativen Wettbewerbsvorteilen hindeutet (Hochtechnologie)[529]; die Ertragsbilanz weist einen starken Überschuss auf, was v.a. auf die stark gestiegenen Nettokapitalerträge –

---

525 Vgl. zu dieser Regelung SCHÜRMANN, KG + PüG, 674.
526 Vgl. zur Tragweite dieser Bestimmung II/2.3.3, N 106. Weiter DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, N 35 ff.; BORER, Kommentar, 260 f.; ZÄCH, Kartellrecht, 276.
527 Vgl. die Übersicht bei KAPPEL/LANDMANN, Wandel, 76 ff., 82 ff.
528 Vgl. EVD/seco, Wirtschaftspolitik, 17 f.; ARVANITIS/MARMET, Wettbewerbsfähigkeit, 55 ff.
529 Vgl. dazu z.B. BECK, Wettbewerbsfähigkeit, 119 ff.; EVD/seco, Wirtschaftspolitik, 20, FN 4.

Ausfluss des gestiegenen weltweiten Investitionsengagements der Schweizer Wirtschaft – zurückzuführen ist. Die *öffentlichen Finanzen* haben sich nach grossen Defiziten Mitte der neunziger Jahre erholt. Doch ist sowohl die Staats- als auch die Fiskalquote stark angestiegen, so dass die Schweiz hier inzwischen ins Mittelfeld der OECD-Länder zurückgefallen ist.

289 Als nicht-preislicher Wettbewerbsfaktor findet häufig die *technologische Wettbewerbsfähigkeit* Verwendung, welche sich nach den Ausgaben für Forschung & Entwicklung, Anmeldung von Patenten, Export von Hochtechnologie etc. bestimmt. Relativ gesehen gehört die Schweiz zu den forschungsintensivsten Ländern der Welt; pro Kopf der Bevölkerung geben nur die USA und Schweden mehr für F & E aus als die Schweiz.[530] Auffällig ist, dass ein hoher Anteil dieser Gelder (67,5%) von der Privatwirtschaft aufgebracht werden. Absolut gesehen sind die Ausgaben für F & E jedoch gering. Für die Schweiz folgt daraus der Zwang zur Schwerpunktsetzung, der Kooperation und der Integration in internationale Netzwerke der Technologieerzeugung.[531] Die Zahl der Patentanmeldungen hat sich seit 1990 fast verdoppelt, jedoch stammt der weitaus überwiegende Teil davon von Personen, die nicht in der Schweiz wohnhaft sind, so dass der Inventivitätskoeffizient der Schweiz zurückgeht und mittlerweile unter dem Mittel der OECD angesiedelt ist. Die Schweiz besitzt eine positive technologische Zahlungsbilanz, exportiert also mehr Technologie (Patente, know how etc.) als sie importiert. Der Export an Hochtechnologiegütern ist hingegen nur schwach angestiegen.[532]

290 Trotz verschiedener struktureller Reformen ist der *Preisniveauunterschied der Schweiz zur Europäischen Union nicht geringer* geworden. Die OECD führt dies auf ungenügenden Wettbewerbsdruck in der Wirtschaft zurück, welcher zu Beeinträchtigungen auch in kompetitiven Branchen und damit zu einer Verschlechterung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit führt. Die weitere Öffnung abgeschotteter Märkte wird als prioritär erachtet. Dies würde auch die Absatzmöglichkeiten der Unternehmen erweitern und so die Nutzung von Grössenvorteilen in den Märkten ermöglichen. An den gegenwärtigen Strukturen bemängelt wird insbesondere

---

530 Quelle: Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2001.

531 Vgl. HOTZ-HART/MÄDER/VOCK, Volkswirtschaft, 317 ff.

532 Vgl. HOTZ-HART/MÄDER/VOCK, Volkswirtschaft, 330. Weiter KAPPEL/LANDMANN, Wandel, 85 ff.; ARVANITIS/STAIB, Technologische Wettbewerbsfähigkeit, 78 f.; ARVANITIS/BEZZOLA/DONZÉ ET AL., Innovationsaktivitäten, 73 f., 192 ff.

das Fehlen von Sanktionsmöglichkeiten im Kartellgesetz, die ungenügende Durchsetzung des Binnenmarktgesetzes (Klagerecht der Wettbewerbskommission), sowie das Stocken der Liberalisierung auf den Telekommunikationsmärkten (Unbundling), Elektrizitätsmärkten (EMG), Postmärkten (Briefmonopol), Verkehrsmärkten (dominierende SBB) und Agrarmärkten (staatliche Unterstützung von 73% der landwirtschaftlichen Bruttoeinnahmen).[533] Trotz entsprechender Aussagen in verschiedenen Quellen sind nach Ansicht der Wettbewerbskommission genaue Zahlen zur Kartelldichte in der Schweiz nie wissenschaftlich erarbeitet und publiziert worden. Zwar stellt auch die Wettbewerbskommission oft wesentliche Preisunterschiede zum Ausland fest, doch sind diese häufig nicht auf vertikale Abreden, sondern auf andere, nicht kartellrechtlich relevante Gründe zurückzuführen.[534] Einer dieser Gründe liegt nach Ansicht des Preisüberwachers und der Wettbewerbskommission im Verbot von Parallelimporten patentrechtlich geschützter Produkte. Gegen dieses kann momentan nur punktuell auf Grundlage der Kartellgesetzgebung vorgegangen werden, was bei weitem kein Ersatz für das Prinzip der offenen Märkte sei.[535] Ausserhalb des oben genannten Bereichs, in dem staatliche Massnahmen wesentlich zur Intensivierung des Wettbewerbs beitragen könnten, ist die Beurteilung der Binnen-Wettbewerbsintensität aber kaum möglich.

Die meisten der oben aufgeführten Determinanten liegen ausserhalb der Reichweite der Wettbewerbspolitik und werden in der Folge nicht mehr berücksichtigt.[536] Ins Blickfeld rückt daher der nach wie vor schwache Wettbewerb auf den Inlandmärkten, wobei die Situation wohl nicht mehr so dramatisch wie zu Beginn der neunziger Jahre ist.[537] *Aufgabe der Wettbewerbspolitik muss es daher sein, die weitere Öffnung der Märkte voranzutreiben und so kartellistische Strukturen aufzubrechen.* Die Aufrechterhaltung von Wettbewerbsdruck kann v.a. von in den Markt eindringenden ausländischen Konkurrenten erwartet werden.[538] Besonderes 291

[533] Vgl. EVD/seco, Wirtschaftspolitik, 29 ff.; OECD, Switzerland 2000, 67 ff.; RUFFNER, Grundlagen, 238.

[534] E-Mail vom 21.3.2002 von Patrik Ducrey, Stellvertretender Direktor des Sekretariates der Wettbewerbskommission.

[535] Jahresbericht des Preisüberwacher 2001 und Bemerkungen zum Urteil BGE 126 III 129 «Kodak» in RPW 2001, 789 ff., 793. Dazu auch MEIER-SCHATZ, Kodak, 742 ff.

[536] So auch RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 165 f.

[537] Vgl. BORNER/PORTER/WEDER/ENRIGHT, Konzept, 312 ff.; BORNER/BRUNETTI/STRAUBHAAR, Schweiz AG, 44 f.; RUFFNER, Grundlagen, 235 f.

[538] Vgl. II/11.2.3, c), N 708.

Augenmerk ist daher auf Behinderungsverhalten von Kartellen und marktmächtigen Unternehmen gegen ausländische Konkurrenten zu richten.[539] Auf der anderen Seite ist aber auch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass Kooperationen auch erheblichen wirtschaftlichen Nutzen bringen können und für eine kleine Volkswirtschaft oft unabdingbar sind. Die Zusammenarbeit kann einen Weg darstellen, Risiken zu teilen, Kosten einzusparen, know how zusammenzulegen und Innovation zu beschleunigen. Insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen ist die Zusammenarbeit ein Mittel der Anpassung an sich verändernde Marktbedingungen.[540]

7.3 Thesenbildung

292 Gemäss dem vorher Gesagten sei für die Realien im Sinne von Auswirkungen auf das Wettbewerbssystems auf die Ausführungen im Rahmen des funktionalen (II/11.2.3) Elementes verwiesen.

293 Die Schweizerische Volkswirtschaft charakterisiert sich durch eine enge Verflechtung mit dem umgebenden Wirtschaftsraum der Europäischen Union, aber auch der Weltwirtschaft. Realistischerweise muss daher das Europäische Recht bei der Konkretisierung des schweizerischen Kartellgesetzes besondere Berücksichtigung finden (II/10.2.2). Die in den letzten Jahren vollzogene Integration insbesondere in den Europäischen Wirtschaftsraum hat zwar zu einer Verstärkung des Wettbewerbs geführt, gewisse Bereiche der Wirtschaft zeichnen sich aber heute noch durch geringen Konkurrenzdruck aus. Dem ist durch Öffnung der Märkte, Aufbrechen kartellistischer Strukturen und Sanktionierung von Behinderungsverhalten, v.a. gegen ausländische Konkurrenten, Abhilfe zu schaffen (vgl. auch die im Rahmen des funktionalen Auslegungselements erhobene Forderung in II/11.3.4).

---

[539] Vgl. RUFFNER, Grundlagen, 239; BORNER/BRUNETTI/WEDER, Analyse, 46 ff.
[540] Vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 3; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 167 ff.

8 Folgenbewertung als Auslegungselement

8.1 Vorbemerkungen

Ein Entscheid zieht nicht nur Rechtsfolgen und dadurch individuelle Folgen für die Verfahrensbeteiligten nach sich, sondern hat auch, aufgrund der möglichen Herausbildung neuer Entscheidungsstandards, *Folgen im betreffenden sozialen Regelkreis* bis hin zu gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen (vgl. für eine kartellrechtliche Folgenanalyse Abb. 5).[541] Insbesondere in Bereichen, wo der Gesetzgeber keine umfassende Kenntnis der Wirkungszusammenhänge besitzt, ist die Folgenbewertung über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln vermehrt dem Rechtsanwender delegiert worden.[542] Hingegen hat die methodische Bewältigung der Folgenbewertung im Entscheidfindungsprozess nur ansatzweise stattgefunden. Schwierigkeiten ergeben sich insbesondere bei Selektion und Bewertung relevanter Folgenerwartungen.[543] 294

Die *Wahl zwischen verschiedenen Konkretisierungsmöglichkeiten* einer Norm kann durch die Überprüfung ihrer Auswirkungen erleichtert werden. Doch dient die Folgenbewertung nicht der Korrektur unerwünschter Auswirkungen einer Norm an sich, welche Sache des Gesetzgebers ist.[544] Die Folgenanalyse hat sich an der vom Gesetzgeber geschaffenen Norm, insbesondere ihrem Wortlaut und Zweck, zu orientieren.[545] 295

---

[541] Unter dem Aspekt der Folgenberücksichtigung werden regelmässig nur die Sozialfolgen einbezogen. Die Rechtsfolge und das zulässige Mass der Berücksichtigung von Individualfolgen (Härteklauseln, etc.) ergeben sich durch Auslegung der einschlägigen Gesetze selbst; vgl. WÄLDE, Folgenorientierung, 6; SAMBUC, Folgenerwägungen, 100 ff.; HÖHN, Gesetzesauslegung, 230; LARENZ, Methodenlehre, 429.

[542] Vgl. GRIMM, Entscheidungsfolgen, 140; WÄLDE, Folgenorientierung, 12 f.; MEIER-SCHATZ, Unternehmenspublizität, 43.

[543] Diese ist anhand einer prognostizierten Eintrittswahrscheinlichkeit und der Wünschbarkeit (des Nutzwerts) des Eintritts der Folge vorzunehmen. Zum oft geringen Wert richterlicher «Alltagsprognostik» vgl. SAMBUC, Folgenerwägungen, 133 ff.; weiter HÖHN, Gesetzesauslegung, 231; WÄLDE, Folgenorientierung, 62 ff., 145; SMID, Rechtserkenntnis, 44 ff.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 399 f.

[544] RHINOW, Methodik, 256; HÖHN, Gesetzesauslegung, 232; GRIMM, Entscheidungsfolgen, 145; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 135; SAMBUC, Folgenerwägungen, 111; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 108; LUHMANN, Funktionale Auslegung, 3 f.; KIRCHNER, Rahmenbedingungen, 448.

[545] Vgl. RHINOW, Methodik, 256; GRIMM, Entscheidungsfolgen, 145; SMID, Rechtserkenntnis, 26 f.

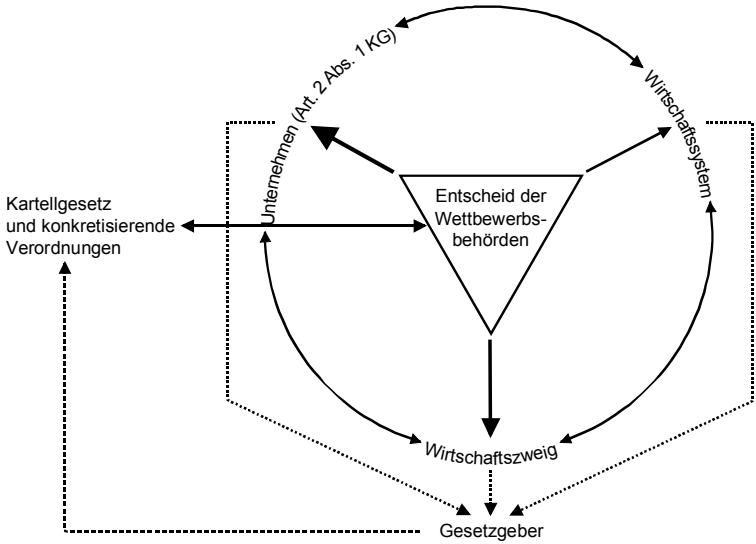


Abb. 5: Kartellrechtliche Folgenanalyse (mögliche Wirkungen/Wechselwirkungen)

8.2 Folgen der Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

296 Im Anschluss an SAMBUC ist zunächst zwischen regelbildenden und regelvollziehenden Folgenerwägungen zu unterscheiden. *Regelvollziehende Folgenerwägungen* sind bereits durch das dem Entscheid zugrundeliegende positive Recht oder Richterrecht (Präjudize) vorgegeben. *Regelbildende, durch den Richter erzeugte Folgenerwägungen* gliedern sich im Allgemeinen in drei Operationen: Zunächst sind die Vorstellungen des Entscheidenden über die erwartenden Auswirkungen bei hypothetischer Durchführung der einzelnen Entscheidungsalternativen zu bilden (Folgenprognose). Im Anschluss sind die prognostizierten Folgen zu bewerten, d.h. als erwünscht, unerwünscht, erstrebens- oder ablehnenswert zu qualifizieren (Folgenbewertung). Auf die Auswahl von Entscheidungsalternativen wirkt sich schliesslich die Einbringung der Folgenbewertung in den Entscheidungsprozess aus (Folgenberücksichtigung).[546]

[546] Vgl. SAMBUC, Folgenerwägungen, 91 ff., 104 f.

8.2.1 Regelvollziehende Folgenerwägungen

297 Die Normen des Kartellgesetzes sind auf die Erhaltung «wirksamen Wettbewerbs» gerichtet.[547] Die Konkretisierung dieser Normen hat im Hinblick auf die *Folgen hinsichtlich des «wirksamen Wettbewerbs»* – des Wettbewerbssystems – zu erfolgen. Die Kenntnisse über die Wirkungszusammenhänge dieses Wettbewerbssystems vermittelt die Wettbewerbstheorie. Die Folgenanalyse deckt sich daher in diesem Bereich, also im Bereich der Folgen auf den sozialen Regelkreis «Wettbewerbswirtschaft», mit dem funktionalen Auslegungselement, weshalb auf die Ausführungen dort verwiesen werden kann (II/11).

298 Individual- und Sozialfolgen können u.U. – unter den in Art. 8 und 11 KG genannten Voraussetzungen – durch *ausnahmsweise Zulassung* einer Wettbewerbsbeschränkung Berücksichtigung finden.[548] Im Einzelfall finden Folgen durch den im Kartellgesetz an verschiedenen Stellen verankerten *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* (Art. 5 Abs. 2 BV) Berücksichtigung, so insbesondere durch die Möglichkeit, anstelle eines Verbotes einen Entscheid mit Bedingungen und Auflagen zu erlassen (Art. 10 Abs. 2 KG), einen Entscheid bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse zu widerrufen oder zu ändern (Art. 30 Abs. 3 KG) oder etwa durch die Möglichkeit der Schaffung von Übergangslösungen durch eine befristete Zulassung einer Wettbewerbsbeschränkung durch den Bundesrat (Art. 31 Abs. 3 KG)[549]. Ebenfalls Ausdruck dieses Grundsatzes ist die Möglichkeit, den vorzeitigen Vollzug eines Zusammenschlusses aus wichtigen Gründen zu ermöglichen, insbesondere, wenn dieser zur Erhaltung von Arbeitsplätzen notwendig ist (Art. 32 Abs. 2 KG).

299 Ausdruck von Folgenerwägungen ist der potentielle Vorrang des *Gläubigerschutzes* beim Zusammenschluss von Banken und Sparkassen (Art. 10 Abs. 3 KG). Der Verlust der Bankeinlagen in Folge eines Konkurses wird in seinen Folgen für die Wirtschaft und die Bankkunden gravierender eingestuft als ein Verlust an Wettbewerbsintensität bei Zulassung einer Sanierungsfusion, durch welche wirksamer Wettbewerb beseitigt wird.

---

[547] Vgl. Art. 1 KG. Weiter die Ausführungen in II/2.2.1, a); II/3.3.3 sowie II/4.2.

[548] Vgl. dazu II/2.2.1, e); II/3.3.4, b); II/4.2.7.

[549] Unter den in Art. 8 und 11 KG genannten Voraussetzungen; namentlich muss auch die befristete Zulassung im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen.

300 Der weitaus grösste Teil der Regeln wird durch die *Präjudize* gebildet (vgl. II/9.2). Folgenberücksichtigung in diesem Bereich bildet Teil der regelvollziehenden Folgenerwägungen. Ihre Durchführung erschöpft sich im wesentlichen in der Prognose, welche die Regel vom Anwender verlangt; die Wertungsarbeit beschränkt sich auf das Bemühen um Nachvollzug des in der Regel enthaltenen Normzwecks.

8.2.2 Regelbildende Folgenerwägungen

301 Weitere Individual- und Sozialfolgen können – da ausserhalb des vom Gesetz gesteckten Rahmens – im Rahmen der regelbildenden Folgenberücksichtigung Beachtung finden, um die Auswahl unter mehreren zulässigen Auslegungsalternativen zu erleichtern. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine bestimmte Gesetzesauslegung zu einem unsinnigen, vom Gesetzgeber nicht gewollten Ergebnis führt.[550]

302 Eindrückliches, wenn auch nicht ruhmreiches *Beispiel für den Einbezug von Folgenerwägungen und Realien* im Wirtschaftsrecht bildet die zuvor besprochene Rechtsprechung des Bundesgerichts zur zulässigen Rechtsform von Kartellen und Wirtschaftsverbänden.[551] So wird vom Bundesgericht im Fall «Alex Martin» ausgeführt: «Point n'est besoin de reprendre aujourd'hui l'exégèse des art. 52 al. 2, 59 al. 2 et 60 al. 1 CC. La décision rendue en la cause Miniera donne en effet une interprétation exacte du texte légal. En revanche, les conséquences pratiques qui résulteraient de sa confirmation et de l'application logique de la nouvelle définition du but non économique méritent un examen approfondi. En effet, la question n'intéresse pas seulement les associations économiques et leurs membres. Elle revêt aussi une importance considérable pour les tiers qui traitent avec ces groupements ou qui sont lésés par leurs actes illicites. Elle doit être résolue en tenant compte de la réalité des faits économique.»[552] Offensichtlich sind die Folgen dieser Erwägungen nicht nur im betroffenen Wirtschaftsverband angesiedelt, sondern betreffen alle Branchenverbände und das Wirtschaftssystem, führen sie doch eher zu einer Stärkung der Kartellwirtschaft.

---

[550] Vgl. HÖHN, Gesetzesauslegung, 231 unter Hinweis auf die Praxis.
[551] Dazu ausführlich N 239.
[552] BGE 90 II 333 ff., 336 «Alex Martin».

Beispielhaft wird nachfolgend auf weitere *regelbildende Folgenerwägungen der Wettbewerbsbehörden* eingegangen; die Beispiele zeigen, dass Folgenerwägungen oft im Rahmen anderer Auslegungselemente Berücksichtigung finden: 303

Die *Erhaltung von Arbeitsplätzen* in einem Betrieb oder einer Branche ist zunächst als Folgenprognose im Falle der Durchführung eines Entscheides zugelassen. Für die Wettbewerbskommission ist der Wert dieser Folgenprognose in ihrer Bewertung aber neutral, stellt sie doch nach dem Gesetz keinen gültigen Abwägungstopos dar (sie kann allenfalls bei der Bewilligung eines vorzeitigen Vollzugs eines Unternehmenszusammenschlusses eine Rolle spielen).[553] Doch auch der Bundesrat hat bei der Bewertung der Folgenprognose «Erhalt von Arbeitsplätzen» im Rahmen von Art. 8 und 11 KG in Erwägung zu ziehen, ob dieser einen notwendigen Strukturwandel behindert (negative Folgenbewertung) oder ob z.B. die Abwehr eines nur kurzfristigen externen Schocks im Vordergrund steht (ev. positive Folgenbewertung). 304

In diesem Sinne ist auch der *Konkurs einer Unternehmung* als Folgenprognose in einen Entscheid einzubeziehen. Im Gegensatz zum obigen Beispiel bewertet jedoch die Wettbewerbskommission den Konkurs einer Unternehmung als per se negativ, ohne zu berücksichtigen, dass dieser Verlust an Produktionskapazität u.U. für die Gesundung einer Industrie notwendig ist oder Raum für neuen Wettbewerb schaffen kann. Sie wählt aufgrund ihrer Folgenbewertung dann diejenige Entscheidungsalternative, welche den Erhalt des maroden Unternehmens ermöglicht (failing company defense).[554] 305

Die Wettbewerbskommission berücksichtigt in ihren Entscheiden in der Regel die möglichen Auswirkungen einer *bevorstehenden Liberalisierung oder eines gerade stattfindenden Strukturwandels*. Im Bereich der Fusionskontrolle ist eine solche Folgenprognose schon aufgrund von Art. 10 Abs. 4 KG anzustellen, doch stellt sie diese Überlegungen auch im Bereich der Wettbewerbsabreden an.[555] Eine Neuposi- 306

---

553 Vgl. RPW 1997, 54 und RPW 1997 179 ff., 187 «Publicitas/Gasser/Tschudi Druck» sowie RPW 1998, 265 ff., 268 ff. «Schweizerische Post/BEVO».

554 Auf diese Rechtsfigur wird in II/11.2.3, g), N 743 f.

555 Vgl. RPW 1998, 20 ff. «Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz»: ständiger Verlust an Marktanteilen und stärker werdende ausländische Konkurrenz; RPW 1999, 93 ff., 125 «Toni AG/ Säntis Holding AG»: noch hohe Marktanteile aufgrund der alten Agrarordnung; RPW 2000, 235 ff., 242 «Rätia Energie AG»: bevorstehende Öffnung des Elektrizitätsmarktes.

tionierung mittels Unternehmenszusammenschlüssen und –kooperationen wird unter diesen Umständen eher positiv bewertet, auch wenn sie im (noch) geschlossenen Markt zu einer eher starken Marktstellung führt, die im Hinblick auf die Öffnung des Marktes aber geduldet wird.

307 In engem Zusammenhang dazu sind Erwägungen hinsichtlich der *Schweiz als kleiner, offener Volkswirtschaft* zu sehen. Dies führt zu einer grosszügigen Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen dort, wo Unternehmen einem offenen, internationalen Markt ausgesetzt sind. In diesem Fall können Unternehmenskooperationen zur effizienten Penetration eines Marktes geradezu erforderlich sein.[556] Auf abgeschotteten Binnenmärkten sind dagegen als Folgenprognose Auswirkungen auf das nach wie vor hohe Preisniveau und die internationale Wettbewerbsfähigkeit einzubeziehen.[557]

308 Insbesondere bei der Anwendung *verfahrensrechtlicher Bestimmungen* sind die Folgen im Hinblick auf die Verwirklichung des materiellen Rechts zu berücksichtigen. Wie schon im Rahmen des teleologischen Elements angemerkt, sind Verfahrensbestimmungen nicht derart auszulegen, dass sie das materielle Recht geradezu vereiteln bzw. Sinn und Zweck der Normen unterlaufen.[558]

309 Anzumerken bleibt, dass eine *Folgenprognose nicht abstrahiert vom Einzelfall erfolgen kann*. Wettbewerbsbeschränkungen haben in dynamischen Märkten andere Ursachen und Folgen als in Märkten, die sich im strukturellen Niedergang befinden. Dementsprechend kann auch eine Bewertung der von einer Wettbewerbsbeschränkung erwarteten Folgen nicht allgemein vorgenommen werden. Wichtig ist, dass die Folgenprognose, Folgenbewertung und Folgenberücksichtigung transparent und gestützt auf das zur Verfügung stehende Instrumentarium, z.B. die Wettbewerbstheorie, erfolgt, welches die Validität der Prognose über die möglichen Folgen der jeweiligen Entscheidungsalternativen und damit die Verwendbarkeit der Folgenerwägungen erst gewährleistet.

---

556 Vgl. z.B. RPW 1998, 582 ff. «Eureko Allianz».
557 Vgl. dazu die im Rahmen der Realien angestellten Überlegungen; II/7.2.2.
558 Vgl. II/4.2.8 bzgl. Auslegung von Art. 39 KG durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

8.3 Thesenbildung

Von Bedeutung im Rahmen dieser Arbeit sind die Folgen eines Entscheids auf den «wirksamen Wettbewerb», worauf in II/11 eingegangen wird. Weiter sind die Normen und das Richterrecht zu berücksichtigen, welche die rechtsanwendenden Behörden schon selbst zur Vergegenwärtigung von Entscheidungsfolgen und deren Einbindung in den Entscheidungsvorgang anweisen (regelvollziehende Folgenerwägungen). 310

Folgenerwägungen haben auch als regelbildendes Element in der Praxis eine grosse Bedeutung, doch werden die entsprechenden Erwägungen meist unter der Flagge anderer Auslegungselemente angeführt. Dies kann wohl in erster Linie auf den erst ansatzweise erfolgten methodischen Einbezug der Folgenerwägung zurückgeführt werden. Anhand verschiedener Beispiele aus der Praxis konnte dennoch die Prognostizierung, Bewertung und Berücksichtigung unterschiedlicher Folgen aufgezeigt werden. 311

Zu fordern ist, dass die Prognostizierung, Bewertung und Berücksichtigung von Folgen transparent gemacht wird. Die Prognose hat gestützt auf das zur Verfügung stehende Instrumentarium zu erfolgen. Auf die Verwendung von Alltagstheorien ist wenn möglich zu verzichten. Dies vor allem dann, wenn die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung auf den Wettbewerb oder die wirtschaftliche (Schief-)Lage eines Unternehmens (bevorstehender Konkurs, Überlebensfähigkeit eines Unternehmens) in Frage stehen. 312

9 Judikatur und Verwaltungspraxis als Auslegungselement

9.1 Vorbemerkungen

313 Welche Bedeutung Judikatur und Verwaltungspraxis zukommen soll, ist in der Methodenlehre seit jeher umstritten.[559] In der Rechtswirklichkeit aber ist der Charakter der einschlägigen Vorentscheide – Präjudizien – als *Rechtsquelle* faktisch unangefochten.[560] Durch den Gebrauch weitgefasster Normen und Generalklauseln wird dem Rechtsanwender ein weiter Spielraum für die Rechtsfindung gegeben, was eine Orientierung an vorangegangenen Entscheiden geradezu notwendig macht.[561] Bedeutung hat ein Urteil grundsätzlich nur für den entschiedenen Einzelfall, doch wird der Rechtsanwender auch in Zukunft gleichartige Fälle auf diese Weise entscheiden, nimmt er doch mit dem Urteil gleichzeitig für sich in Anspruch, seine Normkonkretisierung entspreche dem geltenden Recht – sei richtig.[562] Ohne besondere Gründe weicht eine Behörde darum nicht von einer einmal getroffenen Entscheidung ab; dies gebietet die Voraussehbarkeit der Entscheidung und die daraus folgende Rechtssicherheit für den Rechtsunterworfenen sowie das Gebot der Gleichbehandlung der Rechtssuchenden und damit die Gerechtigkeit.[563] Man spricht daher von einer *präsumptiven oder beschränkten Befolgungspflicht*, die den Präjudizien zukommt.[564] «Präsumptiv» deshalb, weil jederzeit mit einem «distinguishing» oder «overruling» gerechnet werden muss, sollten die besonderen

---

559 So werden Anhänger der klassischen Auslegungslehre die präsumptive Verbindlichkeit von Präjudizien schlicht negieren, da im Normalfall die Entscheidung einzig durch klassische Auslegung aus dem Gesetz gewonnen werden kann. Nur im Falle richterlicher Rechtsfortbildung werden Präjudizien als Erkenntnisquelle des Rechts anerkannt; vgl. dazu FIKENTSCHER, Methoden, 765 ff.; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, passim; GERMANN, Präjudizien, 16; KRIELE, Rechtsgewinnung, 251 ff. In der vorliegenden Arbeit werden jedoch Auslegung und Rechtsfortbildung als wesensgleiche Tätigkeiten nicht unterschieden. Die Vorgehensweise unterscheidet sich dadurch aber grundsätzlich nicht von den klassischen Vorschlägen, da sich im Bereich der Ausfüllung von Generalklauseln klassische Methodenlehre und topisches Rechtsdenken weitgehend decken; vgl. Abschnitt I/3.1.3, insbesondere FN I/128.

560 Vgl. BYDLINSKI, Rechtsbegriff, 502; KRIELE, Rechtsgewinnung, 243; KRAMER, Konvergenz, 77 ff.; RÜTHERS, Rechtstheorie, 136.

561 Vgl. GERMANN, Präjudizien, 11.

562 Vgl. LARENZ, Methodenlehre, 429.

563 Vgl. KRIELE, Rechtsgewinnung, 258 ff.; GERMANN, Präjudizien, 11, 28; VALLENDER, Auslegung, 156; ZIPPELIUS, Methodenlehre, 74.

564 Von terminologischen Unterschieden abgesehen vgl. KRIELE, Rechtsgewinnung, 259; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 505 ff.; KRAMER, Methodenlehre, 208 ff.; BYDLINSKI, Rechtsbegriff, 510; FIKENTSCHER, Methoden, 766 ff.

Umstände des Einzelfalls oder die Wandlung der tatsächlichen Verhältnisse dies verlangen.[565]

In Anlehnung an die angelsächsische Doktrin wird das Präjudiz nicht in all seinen Teilen als verbindlich angesehen. Die beschränkte Befolgungspflicht trifft nur die «ratio decidendi» des Urteils, d.h. die allgemein gültigen Rechtssätze, auf welchen die Entscheidung beruht und ohne welche der Fall hätte anders entschieden werden müssen.[566] Um diese zu ermitteln, muss auf die dem Urteil als wesentlich zugrundegelegten Tatsachen zurückgegangen werden.[567] Alle weiteren Ausführungen sind «(obiter) dicta», die allenfalls durch ihre Überzeugungskraft («persuasive power») Anklang finden, aber nicht verbindlich sind.[568] 314

9.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» durch Judikatur und Verwaltungspraxis

Im Folgenden wird die bisherige Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Hinblick auf die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» untersucht. Für die Gliederung des Abschnitts wird zunächst auf die im systematischen Teil erarbeitete Unterscheidung verschiedener Grade der Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs zurückgegriffen (im Bereich der Wettbewerbsabreden unerhebliche, erhebliche und wettbewerbsbeseitigende Abreden; gewöhnlicher Markteinfluss und «einfache» Marktbeherrschung im Bereich der Verhaltensweisen 315

565 Eine Präjudizienbindung i.S. der angelsächsischen «stare decisis»-Doktrin lehnt die Lehre ab; sog. «Praxisänderungen» («overruling») sind prinzipiell zulässig. Der Gesetzeskonformität einer Entscheidung wird im Normalfall Vorrang vor dem Gleichbehandlungsgebot und dem Vertrauensschutz (bzw. der Rechtssicherheit) eingeräumt; vgl. KRAMER, Methodenlehre, 208 f.; KRIELE, Rechtsgewinnung, 259; MEIER-HAYOZ, Richter, 191 f.; GERMANN, Präjudizien, 35 ff.; GERMANN, Methoden, 97 ff.

566 Die «ratio decidendi» – die tragenden Urteilsgründe – müssen aus den einzelnen Streitpunkten – «issues» – ermittelt werden, die entweder zugunsten des Klägers oder des Beklagten entschieden wurden. Häufig kommt die «ratio decidendi» als sog. «principle» zum Ausdruck, als generell gefasster Rechtssatz, auf dem die Entscheidung beruht. Es ist zu beachten, dass das «principle» enger oder weiter gefasst sein kann als die massgebliche «ratio decidendi»; vgl. BLUMENWITZ, Einführung, 35 f.; GERMANN, Präjudizien, 21 ff.; MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 533.

567 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 535.

568 Vgl. BLUMENWITZ, Einführung, 37; GERMANN, Präjudizien, 22, 27. Die Unterscheidung von «ratio decidendi» und «dictum» ist hingegen für KRIELE, Rechtsgewinnung, 276 aufgrund von Problemen bei Abgrenzung und Anwendung derselben ein ungeeigneter Problemlösungsansatz.

marktbeherrschender Unternehmen; sowie unbedenkliche Zusammenschlüsse und «qualifizierte» Marktbeherrschung im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse)[569], bevor eine einheitliche Begriffsbildung für «wirksamen Wettbewerb» in allen drei Säulen des Kartellgesetzes – Wettbewerbsabreden, unzulässige Verhaltensweisen, Unternehmenszusammenschlüsse – erfolgt.

9.2.1 Nicht erhebliche Beeinträchtigungen «wirksamen Wettbewerbs»

a) Fachhandel für Produkte des Ärztebedarfs

Fundstelle:	RPW 1997, 452
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 10. Oktober 1997
Typ:	Horizontale Wettbewerbsabrede (Art. 5 Abs. 1 KG)



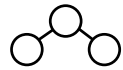
316 Fünf Fachhandelsunternehmen für Ärztebedarf drohen in einem Schreiben drei Herstellern für Ärztebedarf, im Falle der Beibehaltung der Geschäftspolitik gegenüber einem sechsten Handelsunternehmen (gemeint ist die Gewährung von Rabatten, etc.) mit «unangenehmen Massnahmen». Die Hersteller vertreiben über diese Händler bis zu 60% ihrer Produkte.

317 Die Abrede hat nur unerhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb: Einerseits sind genügend andere Vertriebskanäle für Produkte des Ärztebedarfs vorhanden, andererseits verzichteten die Händler offenbar auf die Umsetzung der angedrohten Massnahmen. Auch die Hersteller hätten eine starke Marktstellung, seien doch die Händler teilweise auf deren Produkte mangels Substitutionsprodukten angewiesen; alternative Vertriebskanäle dafür sind vorhanden. Zudem spreche die fehlende konkrete Vereinbarung gemeinsamer Verhaltensweisen (noch wirksamer Innenwettbewerb, keine Beeinträchtigung der Wettbewerbsparameter) gegen die Erheblichkeit der Abrede.

[569] Vgl. II/2.3.2, N 102.

b) Recymet SA

Fundstelle:	RPW 1997, 490[570,571]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 15. Dezember 1997
Typ:	Vertikale Wettbewerbsabrede / Preisunterbietung, Behinderung Marktzugang[572]



Recymet und Batrec gewährleisten als weltweit einzige Betriebe die umweltgerechte Entsorgung von Altbatterien; Aufgrund des teuren Recyclingverfahrens werden deren Leistungen nur in der Schweiz nachgefragt, wo die Batteriehersteller und –händler aufgrund strenger Normen zum Recycling gezwungen sind. Es bestehen zur Zeit grössere Überkapazitäten im Markt; beide Betriebe könnten den schweizerischen Markt auch alleine bedienen. Der Batrec wird u.a. vorgeworfen, durch Druck den Abschluss von Exklusivlieferverträgen zu erzwingen und Recymet vom Markt zu verdrängen. Ausserdem zahle Batrec den Sammelstellen einen überhöhten Preis. 318

Die Exklusivlieferverträge bewirken, dass die angeschlossenen Sammelstellen ihre Batterien ausschliesslich an Batrec liefern. Da aber nur 11% des Volumens an Altbatterien via Exklusivliefervertrag an Batrec geliefert wird und die übrigen Sammelstellen ihre Batterien aus betriebswirtschaftlichen Gründen an Batrec liefern, sind die Exklusivlieferverträge als Wettbewerbsabrede nicht erheblich und daher zulässig.[573] 319

---

570 Abweisung superprovisorischer Massnahmen in RPW 1997, 154 und Abweisung provisorischer Massnahmen in RPW 1997, 155, Abweisung eines Gesuchs um Akteneinsicht in RPW 1997, 332.

571 Schliesslich der zu einer Monopolsituation führende Zusammenschluss der Parteien in RPW 1999, 172 ff. «Batrec/Recymet»; II/9.2.7, a).

572 Vgl. dazu II/9.2.5, f).

573 Auch wenn keine Druckversuche des marktbeherrschenden Unternehmens zum Abschluss der Verträge festgestellt werden können, sind Exklusivlieferverträge von marktbeherrschenden Unternehmen nach BORER, Verhaltensweisen, 42 f. als kritisch einzustufen, weil sie geeignet seien, Marktzutrittsschranken möglicher aktiver oder potentieller Konkurrenten stark zu erhöhen.

c) Tarifs de la Société vaudoise des régisseurs et courtiers en immeubles et en fonds de commerce

Fundstelle:	RPW 1998, 185
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 18. Mai 1998
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



320 In Frage stehen Tarifempfehlungen des Verbandes der Immobilienverwalter und Immobilienmakler des Kantons Lausanne. Etwa 36% der Immobilienverwalter und –makler sind Mitglieder des Verbandes. In den grösseren Städten liegt der Anteil bei 50%. Allerdings relativieren sich die Zahlen in Bezug auf die Marktanteile, da der grösste Immobilienmakler des Kantons nicht Mitglied des Verbandes ist und auch ausserkantonale und ausländische Anbieter im Markt tätig sind. Die verrechneten Tarife variieren zudem erheblich; die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist daher widerlegt. Die Auswirkungen der Preisempfehlungen sind unerheblich angesichts zahlreicher Konkurrenten im Markt und Abweichungen in den verrechneten Tarifen; auch die potentielle Konkurrenz ist stark angesichts kleiner Marktzutrittsschranken.

d) SVIT-Honorarrichtlinien

Fundstelle:	RPW 1998, 189
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 28. Mai 1998
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



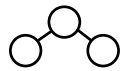
321 In Frage stehen die Honorarrichtlinien des Schweizerischen Verbandes der Immobilientreuhänder (SVIT); die Nichteinhaltung der Richtlinien wird zum Zeitpunkt des Entscheids mit der Drohung des Verbandsausschlusses belegt. In Bern werden die Preise vom Verband direkt vorgegeben; in Zürich besteht ein gewisser Spielraum für die Verbandsmitglieder.

322 Zum Zeitpunkt des Entscheids 1998 sind ca. 50-60% der Immobilientreuhänder Mitglieder des Verbandes; 1993/94 beträgt der Anteil noch 70-90%. Aussenwettbewerb ist gegeben, sind doch neben Verbands-Aussenseitern vermehrt auch institutionelle Eigentümer und Architekten selbst im Markt tätig (Selbstverwaltung von Liegenschaften). Zudem halten sich auch die Verbandsmitglieder nicht an den Tarif, was durch Preisspannen in verschiedenen Angeboten belegt werden kann

(Innenwettbewerb). Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist daher widerlegt; auch sind keine erheblichen Beschränkungen wirksamen Wettbewerbs feststellbar: aktuelle und potentielle Konkurrenz ist vorhanden, die Marktzutrittsschranken sind tief; der Preis sei auf dem Markt nicht ein dominanter Wettbewerbsfaktor, vielmehr seien Reputation und Bekanntheitsgrad entscheidend.

e) Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen

Fundstelle:	RPW 1998, 545
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 6. August 1998
Typ:	Behinderung des Marktzugangs[574], Vertikale Wettbewerbsabrede (analog)



In Frage steht die Verpflichtung der Hersteller von Frankiermaschinen durch die Post, die Wartung der von ihnen hergestellten Maschinen zu gewährleisten. Eine fehlerhafte Wartung löst eine Haftung für allfällige Frankaturfehlbeträge aus, so dass die Hersteller keinen Anreiz haben, andere als ihre eigenen Maschinen zu warten. 323

Die Haftungsbestimmungen der Post bewirken eine Wettbewerbsbeschränkung im Bereich der Wartung von Frankaturmaschinen. Eine Vereinbarung oder ein abgestimmtes Verhalten auf Herstellerseite liegt allerdings nicht vor, so dass eine horizontale Aufteilung von Märkten gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c zu verneinen ist und die Abrede analog vertikalen Abreden behandelt wird. Auf dem Markt für Frankiermaschinen ist die Abrede – die Wartung ist hier ein Wettbewerbsparameter – nicht geeignet, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen. 324

f) Eureko Allianz

Fundstelle:	RPW 1998, 582
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Beratung
Typ:	Horizontale Aufteilung von Märkten nach Gebieten (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG)



Die Eureko Allianz ist ein Joint Venture verschiedener nationaler Versicherungsunternehmen mit dem Zweck, Risiken in verschiedenen Ländern durch Partnerge- 325

[574] Dazu II/9.2.5, j).

sellschaften abdecken zu können sowie eine Plattform zu bieten für die Entwicklung neuer Märkte. Verbunden ist das Joint Venture mit einem Konkurrenzverbot (Gebietsschutzklausel). Die Aufteilung von Märkten nach Gebieten beseitigt vermutungsweise wirksamen Wettbewerb auf den Versicherungsmärkten. Der Marktanteil der Mobiliargruppe übersteigt jedoch auf keinem Markt 23%; die Vermutung ist angesichts dieser starken aktuellen Konkurrenz widerlegt. Zudem schliesst die Mobiliar die Vereinbarung nur mit potentiellen Wettbewerbern; der Markt in der Schweiz wird also nur in einer dynamischen Sicht beeinträchtigt. Die Auswirkungen des Joint Ventures auf den Wettbewerb sind nicht erheblich.[575]

g) Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalfreiheit

Fundstelle:	RPW 1999, 220
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 19. April 1999
Typ:	Horizontale Preisabrede, Diskriminierung von Handelspartnern[576]



326 Die Krankenversicherer CSS und Visana haben gemeinsam eine Halbprivatversicherung entwickelt, die sich gegenüber den traditionellen Produkten in diesem Bereich durch eine eingeschränkte Spitalfreiheit für den Patienten und für 40 Operationen Fallpreispauschalen für die Spitäler vorsah. In Frage stehen die preislichen Vereinbarungen und die Einteilungskriterien für Spitäler.

327 Die Vereinheitlichung der Produktepolitik in diesem Bereich und das Zusammenwirken in tariflicher Hinsicht bewirken eine Einschränkung des Wettbewerbs; wirksamer Wettbewerb wird durch die gemeinsame Festsetzung von Tarifen vermutungsweise beseitigt. Der Anteil der Versicherer im Markt für Halbprivatversicherungen im Kanton Bern liegt im zu beurteilenden Zeitraum zwischen 45-50% (Visana 40-45%, CSS 5%), gefolgt von Helsana (20%), KPT (7%) und KFW (5%) und vielen weiteren. Die Ausweichmöglichkeiten der Spitäler werden durch die Abrede selbst kaum beschränkt, da die kumulativen Effekte der Abrede gering sind (Visana ist der weitaus grössere Partner); zudem sind starke aktuelle Wettbewerber

---

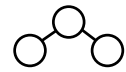
575 Zum Ausscheiden potentieller Konkurrenten aus einem Markt auch die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Infineum durch Exxon/Shell in RPW 1998, 600 f.; II/9.2.6, z) und die Beteiligung von JC Decaux an Affichage in RPW 2001, 306 ff.; II/9.2.1, i).

576 Dazu II/9.2.4, g).

im Markt, der Innenwettbewerb zwischen den Partnern wird nur in Bezug auf ein Produkt beschränkt und betrifft zudem nur einen Teil der Leistung (die Operation, nicht die Pflege und Hotellerie). Die Privatspitäler als Verband sind in der Lage Druck auszuüben, und haben von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht. Auch sind die Reserven der Versicherer nicht überragend (strategische Ressourcen). Aus diesen Gründen wird der Wettbewerb durch die Abrede nur unerheblich beschränkt.

h) Bahnhofskioske

Fundstelle:	RPW 1999, 400
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 5. Juli 1999
Typ:	Vertikale Wettbewerbsbeschränkung, Behinderung des Marktzugangs[577]



328 Beklagt wird das in den Verträgen zwischen der Kiosk AG und der SBB AG ausgehandelte Exklusivrecht zum Verkauf von Presseerzeugnissen in Bahnhöfen, in denen die Kiosk AG einen oder mehrere Kioske betreibt. Es handelt sich um vertikale Abreden, da SBB und Kiosk AG auf verschiedenen Marktstufen tätig sind. Im Absatzmarkt für Presseerzeugnisse (in- und ausserhalb von Bahnhöfen) stehen den Anbietern vielerlei Alternativstandorte zu Bahnhöfen mit ähnlicher Attraktivität zur Verfügung; auch werden in den Bahnhöfen selbst nicht alle Standorte an die Kiosk AG vergeben. Es ist darum nicht von einer erheblichen Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs auszugehen.

i) JC Decaux / Affichage

Fundstelle:	RPW 2001, 306
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 7. Mai 2001
Typ:	Horizontale Wettbewerbsabrede



329 JC Decaux International SA erwirbt eine 30%-Beteiligung (Stimmrechtsbeschränkung bei 5%) an der Affichage Holding SA (Muttergesellschaft der APG) mit dem Zweck der künftigen Kooperation; die Unternehmen sind in der Plakatwerbung tätig. Die Beteiligung verändert nach Ansicht der Wettbewerbskommission das

Wettbewerbsverhalten der Affichage; die Affichage habe dementsprechende Kooperationsabsichten bestätigt. Es liege darum eine Wettbewerbsabrede vor.[578] Die Verhinderung dieser Abrede sei auch dann möglich, wenn sie sich noch nicht konkret manifestiert habe. Die Wettbewerbskommission geht davon aus, dass die Parteien wie bei einem Zusammenschluss ihr Verhalten insgesamt aufeinander abstimmen werden, so dass die qualitative Erheblichkeit der beeinflussten Wettbewerbsparamter gegeben sei. Zur Feststellung der quantitativen Erheblichkeit führt die Wettbewerbskommission aus, dass im Ausschreibungsmarkt für Plakatanschlagstellen die Affichage zwar über eine überragende Stellung (75-95% aller Flächen) verfüge und wenig aktuelle Konkurrenz (Plakanda) herrsche, dass die Marktanteile aber in Ausschreibungsmärkten ein schlechtes Mass für Marktmacht seien. Es gäbe genügend ausländische (zur Zeit potentielle) Konkurrenten, die sich an Ausschreibungen beteiligen könnten und dies auch tun. Mit JC Decaux scheide nur ein solcher (potentieller) Konkurrent aus dem Markt aus. Es seien zur Zeit vielmehr die Gemeinden, die den Wettbewerb unter den Gesellschaften durch ihre Ausschreibungspraxis behindern (Neigung auf Ausschreibungen zu verzichten und Kosortialverträge zu schliessen). Im Markt für Plakatwerbung selbst wird die APG nur im Raum Zürich wirksam durch Plakanda konkurrenziert; der Verdrängungskampf werde allerdings seit einiger Zeit intensiv geführt. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Beteiligung als für den Wettbewerb unerhebliche Abrede ist, dass von den vielen potentiellen Konkurrenten nur einer aus dem Markt ausscheidet (die potentiellen Konkurrenten konnten aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage allerdings nicht befragt werden).

j) Zwischenfazit

330 Unerhebliche Wettbewerbsabreden zeichnen sich in qualitativer Hinsicht dadurch aus, dass nur einzelne (Neben-)Parameter des Wettbewerbs von einer Abrede er-

[577] Dazu II/9.2.5, o).

[578] Nach Ansicht der Wettbewerbskommission schmälert die Beteiligung der JC Decaux die Chancen für einen Marktzutritt, da dieser den Wert des Aktienpakets vermindere (vermehrte Konkurrenz würde die Gewinnaussichten von Affichage verkleinern); die JC Decaux wird also zukünftig zwangsläufig ihr Verhalten mit Affichage koordinieren, beeinflusst durch ihre Beteiligung also das Wettbewerbsverhalten der Affichage; dies wurde in Verlautbarungen der Affichage zunächst bestätigt. Es liegt somit eine Wettbewerbsbeschränkung vor. Da die Un-

fasst werden, wie dies bei der Wartung eines Produktes oder Vereinbarung von Pauschalansätzen im Rahmen eines ganzen Leistungspakets der Fall ist. In quantitativer Hinsicht sind Abreden mit kumulierten Marktanteilen bis 50% als unerheblich qualifiziert worden; in all diesen Fällen haben allerdings weitere Faktoren zu dieser Beurteilung beigetragen oder waren ausschlaggebend. So wird eine Abrede generell grosszügiger beurteilt, wenn lediglich potentielle Konkurrenten aus dem Markt ausscheiden; bis zu einem gewissen Grad gilt dies auch, wenn die kumulativen Effekte der Abrede gering sind, die Marktanteilsaddition unter 5% beträgt.

331 In einigen Fällen konnte eine Abrede als unerheblich qualifiziert werden, da sie von einem grösseren Teil der an der Abrede beteiligten Unternehmen nicht eingehalten wurde; dies ist dann der Fall, wenn trotz Preisabsprachen die Preise auf dem Markt erheblich variieren (verbleibender Innenwettbewerb).

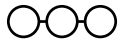
332 Zusätzlich ist die potentielle Konkurrenz (Marktzutrittsschranken) und die Stellung der Marktgegenseite zu veranschlagen. Unerhebliche Abreden sind jedoch in erster Linie durch das Vorhandensein aktueller Konkurrenz gekennzeichnet.

ternehmen hier nicht zu einer wirtschaftlichen Einheit würden (Erwerb der Kontrolle im Sinne der VKU), liege eine Wettbewerbsabrede vor und kein Unternehmenszusammenschluss.

9.2.2 Erhebliche Beeinträchtigungen «wirksamen Wettbewerbs»

a) SWICO Recycling

Fundstelle:	RPW 1997, 142
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 30. Juni 1997
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



333 Im Rahmen der SWICO Recycling Konvention werden von den angeschlossenen Mitgliedern (65 Hersteller und Importeure mit einem Anteil von ca. 50% am Recyclingvolumen) landesweit EDV- und Büroelektronikgeräte zum Recycling zurückgenommen. Finanziert wird das Recycling durch eine vorgezogene Entsorgungsgebühr.

334 Nach Ansicht des Sekretariates bestehen für eine Beurteilung der Konvention noch zu wenig Anhaltspunkte, da diese erst kürzlich eingeführt wurde. Zudem sind die rechtlichen Grundlagen zu diesem Zeitpunkt in Revision (Art. 3 KG). Es bestehen aber Anhaltspunkte dafür, dass die Konvention den Wettbewerb auf dem Entsorgungsmarkt zumindest erheblich beeinträchtigt (Marktanteil 50%)[579] und dass die Wettbewerbsfunktionen durch die einheitliche Gebühr gestört werden, insbesondere allfällige Kostensenkungspotentiale nicht mehr ausgeschöpft werden.[580] Ob die Abrede aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden könnte, wurde zumindest für die Organisation der Schrottentsorgung bejaht.

335 In der Folge wurde das Finanzierungskonzept der SWICO geändert. Jeder Unterzeichner der Vereinbarung bezahlt einen Recyclingbeitrag im Umfang seiner Verkäufe; ob und in welchem Umfang der Beitrag auf den Produktepreis überwälzt wird, können die Unterzeichner selbst entscheiden. Die preisstandardisierende Wirkung der Abrede fällt damit weg. Da somit keine Wettbewerbsbeschränkung

---

[579] Dagegen beurteilen CELLI/KALBERER, Abfallentsorgung, 334 f. die Abrede als nicht erheblich, da der SWICO durchaus auch wettbewerbsverstärkende Wirkung zukommen könne. Auch sei das Spannungsverhältnis zwischen der nach USG wünschenswerten Lösung und wettbewerblichen Gesichtspunkten über Art. 5 Abs. 2 KG oder Art. 8 KG zugunsten des Umweltrechts aufzulösen.

[580] Vgl. auch die kritischen Bemerkungen zur Einstellung des Verfahrens hier bei STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 98 ff.: Der Vermutungsbegriff und die Untersuchungsmaxime würden vermengt, wenn das Verfahren eingestellt würde, solange die Vermutung aufgrund fehlender Hinweise nicht bestätigt oder widerlegt werden könne; eine Vermutung könne höchstens umgestossen werden. Das Bundesgericht legt die Schwelle zur Widerlegung tief; vgl. N 356.

bewirkt, aber auch nicht bezweckt werde, liege auch keine Wettbewerbsabrede vor. Die Bestimmungen über die Organisation des Recycling könnten, sollten sie Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden, da sie zu Grössenvorteilen und somit Kosteneinsparungen führe.[581]

b) Nutztierfütterung

Fundstelle:	RPW 1997, 175[582]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Einstellungsverfügung vom 16. Juni 1997
Typ:	Horizontale Wettbewerbsabrede

Im Zuge der BSE-Krise auf dem Schlachtviehmarkt formulierten Coop und Migros gleichlautende «Anforderungen für die artgerechte Fütterung von Nutztieren». Es kam dadurch zu Friktionen auf dem Markt für Schlachtabfallentsorgung. 336

Das Verfahren wird eingestellt, da Coop das koordinierte Verhalten aufgibt; eine diesbezügliche einvernehmliche Regelung[583] kann von der Wettbewerbskommission aufgrund von Vorbehalten seitens Coop gegenüber dem Untersuchungsergebnis nicht genehmigt werden.[584] 337

c) Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)

Fundstelle:	RPW 1998, 20
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Beratung, Bericht vom 6. Februar 1998
Typ:	Einschränkung der Produktion (Art. 5 Abs. 3 lit. b KG), Vertriebsabrede

---

581 Vgl. die abschliessende Beurteilung der SWICO-Recycling Garantie durch das Sekretariat in RPW 1999, 373 ff. «SWICO Recycling II».

582 Vorabklärung abgedruckt in RPW 1997, 37.

583 Mittels einvernehmlicher Regelung beseitigt werden kann die horizontale Preisabsprache zwischen Tessiner Tageszeitungen in RPW 2000, 16 ff. «Prix des quotidiens tessinois», die (horizontalen) Preisempfehlungen für Getränke in Restaurants der Romandie in RPW 2000, 25 ff. «prix pour les boissons» und die Horizontale Preisabrede der Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage (CGE) in RPW 2001, 110 ff. «Chambre genevoise de l'étanchéité». Mangels materieller Ausführungen werden diese Regelungen nicht weiter behandelt.

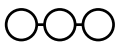
584 Vgl. zu diesem Fall die Bemerkungen von STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 95 ff.

338 Die Unternehmen AZ Grafische Betriebe AG, Biella-Neher AG, Calendria AG, Unionsdruckerei Luzern AG, wollen ihre Produktionstiefe und –breite einschränken und eine gemeinsame Vertriebsorganisation gründen, um ihre Wettbewerbsfähigkeit behalten zu können; alle Unternehmen sind in der Druckbranche, namentlich im Bereich Kalender, Planer, Agenden tätig.

339 Die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen halten einen gemeinsamen Marktanteil von 55%, die inländische Konkurrenz einen Anteil von 25-30% und die ausländische Konkurrenz einen Anteil von 15-20%. Angesichts offener Grenzen und der Konkurrenz durch in- und ausländische Anbieter kann nicht von einer Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ausgegangen werden. Wird die Erheblichkeit der Abrede unterstellt (dies wird als wahrscheinlich eingestuft), so scheint eine Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz als möglich (Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten). Die Abrede ist daher nicht als unzulässig zu qualifizieren; im Übrigen wird das Vorliegen eines konzentrativen Joint Ventures hier ausgeschlossen.

d) Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)

Fundstelle:	RPW 2000, 167[585]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 8. Mai 2000
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



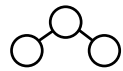
340 Die Association fribourgoise des écoles de circulation (AFEC) ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB. Seine Mitglieder repräsentieren ¾ der Fahrschulen im Kanton; Zweck der AFEC ist die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs und der Erlass von obligatorischen Reglementen (Tarifen). Die vom Verband vorgegebenen Tarife beseitigen auf dem kantonalen Markt für Fahrlehrerdienstleistungen vermutungsweise wirksamen Wettbewerb. Innenwettbewerb ist nicht zu verzeichnen, da alle Fahrlehrer im Verband die vorgegebenen Tarife nutzen. Auch Verbandsaussenseiter wenden teilweise die Tarife an (Motorräder). Lediglich normale Autofahrer, die mindestens 3 Jahre im Besitze der Fahrerlaubnis sind, können im

[585] Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen abgewiesen in RPW 2001, 200 ff.

beschränkten Ausmass Kurse anbieten, doch ist deren Angebot gesetzlich beschränkt (eingeschränkter Aussenwettbewerb). Die Vermutung kann für die Theoriekurse und Fahrkurse für Autos und Lastwagen widerlegt werden; bei den Motorrädern bleibt die Vermutung bestehen. Untersuchungen zeigen aber, dass nicht nur die Verbandsmitglieder, sondern auch ein Teil der Nichtmitglieder den vorgeschriebenen Tarif anwenden (77% der Marktteilnehmer bei Theoriekursen; 51% bei Autos, 76% bei Lastwagen. Die potentielle Konkurrenz ist schwach, v.a. da Anbieter aus anderen Kantonen selten ausserhalb ihres Gebietes tätig werden (im Kanton Fribourg sind nur drei Anbieter ausserkantonal). Die Marktgegenseite ist auf die Leistungen der Fahrlehrer angewiesen und übt kaum Druck aus. Der Wettbewerb ist hier erheblich beeinträchtigt; die Abreden können nicht aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz gerechtfertigt werden.

e) Volkswagen-Vertriebssystem

Fundstelle:	RPW 2000, 196[586]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Einstellungsverfügung vom 8. Mai 2000
Typ:	Vertikale Wettbewerbsabrede[587]



Der Untersuchung liegt ein Brief des offiziellen italienischen Importeurs für Audi und Volkswagen vom 2. Oktober 1995 zugrunde, wonach Verkäufe an bestimmte Länder, insbesondere an die Schweiz, verboten sind; dies wurde durch Erfahrungen in der Praxis bestätigt. Die Partei bestreitet solche Praktiken. Die Preisdifferenzen haben sich seit 1995 stark verringert: sie betrugen 1996 noch 25%, 1997 11,3-15% und 1998 8,7%. Es sind nach Ansicht der Wettbewerbskommission keine erheblichen Beeinträchtigungen des Wettbewerbs mehr feststellbar; die genannten Praktiken wurden eingestellt und die Preisdifferenzen haben sich verringert. 1995 wäre die Abrede, auch wenn nicht rechtsgenüglich beweisbar, als erheblich einzustufen gewesen. 341

[586] Vgl. schon den Bericht der Kartellkommission über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Automobilmarkt in VKKP 1994, Nr. 3, wonach trotz Preisdifferenzen bis zu 60% kaum Parallel- oder Direktimporte in die Schweiz festgestellt werden konnten.

[587] Parallelverfahren in IV/35.733 «VW» mit Busse abgeschlossen; vgl. II/10.2.2, f).

f) Zwischenfazit

342 Qualitativ betreffen erhebliche Abreden meist Preise oder Preisbestandteile. Bei Abreden nur über Preisbestandteile werden auch dynamische Wirkungen miteinbezogen, ob z.B. durch eine einheitliche Entsorgungsgebühr Kostensenkungspotentiale nicht mehr ausgeschöpft werden oder noch Anreize für eine effiziente Organisation vorhanden sind. Die an einer erheblichen Abrede beteiligten Unternehmen vereinigen in quantitativer Hinsicht zwischen 50% und 75% des Marktvolumens auf sich. Die aktuelle Konkurrenz ist eher schwach, was teilweise durch Marktschranken, auch zwischen den Kantonen, begünstigt wird; dennoch ist die aktuelle Konkurrenz noch stark genug, die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – wenn einschlägig – zu widerlegen. Innenwettbewerb ist nicht mehr vorhanden; die Stärke des Aussenwettbewerbs hängt v.a. davon ab, ob sich auch die Aussenseiter an den Preisvorgaben des Kartells orientieren.

343 Bei erheblichen Wettbewerbsabreden treten nach der Konzeption des schweizerischen Kartellgesetzes Gründe der wirtschaftlichen Effizienz in den Vordergrund. Die Praxis ist in diesem Bereich noch wenig aussagekräftig, betrifft bisher eine Spezialisierungsabrede und eine gemeinsame Recyclingorganisation. Gemäss der Bek. Vertikalabreden, die in diesem Bereich zukünftig einschlägig sein wird, können Wettbewerbsabreden insbesondere toleriert werden, wenn sie zur effizienten Gestaltung der Vertriebsstruktur notwendig sind (Ziff. 5).

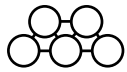
344 Als Einzelfall ins Auge fällt die Einstellungsverfügung vom 8. Mai 2000 gegen Volkswagen. Aus den materiellen Erwägungen kann geschlossen werden, dass die Wettbewerbskommission Preisbindungen der zweiten Hand generell als erheblich ansieht, unabhängig vom Marktanteil, den die Parteien im relevanten Markt auf sich vereinen. Diese Einschätzung nun wird bestätigt durch Ziff. 3 der Bek. Vertikalabreden. Es ist fraglich, ob sich diese Einschätzung generell in Einklang mit der Konzeption des Kartellgesetzes und der Wettbewerbstheorie bringen lässt.[588]

[588] Vgl. dazu II/2.2.1, b), N 76 und II/11.3.1, N 760.

9.2.3 Beseitigung «wirksamen Wettbewerbs»

a) Sammelrevers für Musiknoten

Fundstelle:	RPW 1997, 334[589,590]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 1. September 1997
Typ:	Vertikale Wettbewerbsabreden mit Horizontalwirkung (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



Die Musikalienbranche – im konkreten Fall die Verleger und Händler – weist zwei Wettbewerbsabreden auf: Der Sammelrevers ist eine Bündelung individueller, inhaltlich identischer Preisbindungsverträge zwischen Verlegern und Händlern von Musikalien mit Schweizer Verlagsort; bezweckt wird dadurch eine einheitliche Marktordnung mit lückenloser Preisbindung (30% des Marktes). Zudem werden durch Wechselkursumrechnungstabellen Preise für ausländische Erzeugnisse zu einem fixen, überhöhten Wechselkurs umgerechnet (70% des Marktes). Die Abreden werden bei 90% aller Umsätze eingehalten. 345

Durch den Sammelrevers werden die Händlerpreise durch die Verleger gebunden. Sämtliche Preisgestaltungselemente werden erfasst; Umgehungs- und Arbitragegeschäfte werden sanktioniert. Aus der vertikalen Bündelung ergeben sich insbesondere horizontale Wettbewerbswirkungen auf Händlerstufe, so dass der Sammelrevers einer Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 lit. a gleichgestellt werden kann. Zudem bewirken die Wechselkursumrechnungstabellen die indirekte Festsetzung der Preise ausländischer Erzeugnisse; im Ausland wirksame Wettbewerbsabreden werden so in die Schweiz übertragen. Wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb lässt sich nicht beobachten (keine Widerlegung der Vermutung). Die Abreden sind daher unzulässig.[591] 346

Zusammenfassend: Die genannten Wettbewerbsabreden beziehen sich auf Preise und Preisgestaltungselemente; Umgehungs- und Arbitragegeschäfte sind nicht sanktionslos möglich und die Eigenversorgung ist von geringer Bedeutung, was zu fehlendem Innen- und Aussenwettbewerb führt. Die Wettbewerbskommission geht 347

589 Vorabklärung abgedruckt in RPW 1997, 35.

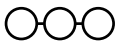
590 Abweisung des Gesuchs um ausnahmsweise Zulassung in RPW 1997, 478 ff. «Sammelrevers für Musiknoten II»; vgl. auch II/9.2.8. Dazu auch MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 44 f. und STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 106 ff.

591 Vgl. auch den ähnlich gelagerten Fall im Büchermarkt in RPW 1999, 441 ff. «Sammelrevers Verlagserzeugnisse»; II/9.2.3, e).

aufgrund einer zu 90% ausgeschalteten freien Preisbildung von der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aus.

b) Kaminfegerwesen im Kanton Zug

Fundstelle:	RPW 1997, 472
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 1. Dezember 1997
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)

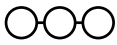


348 Das Kaminfegerwesen im Kanton Zug ist seit 1. Januar 1996 liberalisiert; die feste Kreiszuteilung wurde aufgehoben, der kantonale Kaminfegertarif abgeschafft. Die Kaminfegerbetriebe des Kantons Zug sind im Kaminfegermeisterverband zusammengeschlossen; dieser hat sich eine gemeinsame Preisgrundlage mit Tarifen gegeben. Zudem halten sich die Kaminfeger immer noch weitgehend an ihre angestammten Gebiete. Die Preisgrundlage wird weitgehend eingehalten.

349 Die Preisgrundlage ist eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Sie wird weitgehend eingehalten (fehlender Innenwettbewerb); Kartellaussenseiter sind aufgrund restriktiver Gesetze noch nicht im Markt zu beobachten, alle im Markt tätigen Betriebe sind an der Abrede beteiligt (fehlender Aussenwettbewerb aufgrund hoher Marktzutrittsschranken (Erfordernis des Meisterdiploms für die Zulassung; Zulassung ausserkantonaler Anbieter nur bei gewährtem Gegenrecht). Auf Anregung des Sekretariates wird die Preisgrundlage durch den Verband aufgehoben, die Vorabklärung wird daher geschlossen.

c) Privattarif der Ärztegesellschaft des Kantons Bern

Fundstelle:	RPW 1997, 481
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 7. Januar 1998
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



350 Die Ärztegesellschaft des Kantons Bern (KAG) regelt die Vergütung der ärztlichen Leistungen in einem Privattarif (Rahmentarif); dieser ist für alle Mitglieder der Gesellschaft verbindlich und kann mittels der Honorarprüfungskommission gegenüber den Mitgliedern durchgesetzt werden.

Der Privattarif ist eine horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. Ein Rahmentarif führe generell zu gleichem Preisverhalten, das sich am oberen Bereich des Rahmens orientiere; es herrscht zwischen den Ärzten kein Preiswettbewerb innerhalb des Rahmentarifs. Der Tarif kann durch die Honorarkommission durchgesetzt werden. Ausserdem werden die Tarife generell von den Versicherungen übernommen, wodurch den Ärzten der Anreiz für Wettbewerbsverhalten fehle (fehlender Innenwettbewerb). Aussenseiterkonkurrenz ist kaum festzustellen, werden doch fast alle Leistungen von Mitgliedern der KAG erbracht (fehlender Aussenwettbewerb). Die Vorabklärung kann aber geschlossen werden, da die KAG den Tarif aufhebt. 351

d) Service- und Reparaturleistungen an Öl-/ Gasbrennern und Kompaktwärmezentralen

Fundstelle:	RPW 1998, 382[592]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 17. August 1998
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)

Die Tariflisten der Verbände und einzelner Firmen der Herstellungs-, Import- und Installationsbranche von Zentralheizungsmaterial sehen weitgehend einheitliche Preisempfehlungen (Stundenansätze, Abonnemente, sonstige Dienstleistungen etc.) für Reparatur-, Service- und Wartungsarbeiten an Brennern vor. Die Tarife werden teilweise nicht strikte eingehalten; während einzelne Verbände die Preise weitge- 352

[592] Beschwerde an die Rekurskommission in RPW 1999, 503 ff. «Serviceleistungen an Öl-/Gasbrennern II»; die Beschwerde wird gutgeheissen. Grund dafür ist in erster Linie die Praxis der Rekurskommission, die bei Beschwerden auf die Wettbewerbsverhältnisse zum Zeitpunkt ihres Entscheids abstellt. Da ein Grossteil der an der Abrede beteiligten Unternehmen den Entscheid der Wettbewerbskommission akzeptiert haben und nur ein Unternehmen Beschwerde einlegt, sind zum Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids die Wettbewerbsverhältnisse wieder intakt («neue Tatsache»); der Entscheid der Weko muss in der Folge aufgehoben werden. Dieses Ergebnis wird von der Wettbewerbskommission zu Recht als «widersinnig» kritisiert; vgl. RPW 2001, 196 und die Bemerkungen in RPW 1999, 611 ff. sowie die Bemerkungen von STOFFEL, Unzulässige Wettbewerbsabreden, 23 ff. und FN II/638 und N 197. Mit der Revision von Art. 27 KG dürfte sich dieses Problem aber entschärfen; vgl. Botschaft KG01, 24 f. Des weiteren werden von der Rekurskommission aber aktenwidrige Feststellungen gerügt; die Abweichungen von den Tariflisten betrügen mehr als 10%. Auch sei dieses Preisband u.U. nicht auf die Tariflisten zurückzuführen. Das Verfahren wurde in der Folge eingestellt in RPW 1999, 611 ff. «Serviceleistungen an Öl-/Gasbrennern III».

hend einhalten (50% Marktanteil), weichen die verrechneten Preise bei anderen Verbänden durchschnittlich ±10% von den vorgesehenen Verbandsansätzen ab (40% Marktanteil).

353 Mit den Tariflisten wird eine einheitliche Preisfestsetzung bezweckt; sie sind daher als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren und beseitigen nach Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vermutungsweise wirksamen Wettbewerb. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission kann die Vermutung nicht widerlegt werden: 90% des Marktes werden durch Mitglieder dieser Verbände bedient, welche sich weitgehend an die Tariflisten halten (gelegentliche Abweichungen von 10% seien nicht von Bedeutung). Selbst bei Annahme einer nur erheblichen Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs wäre eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 2 KG nicht möglich, da keine Steigerungen wirtschaftlicher Effizienz durch eine Preisfestsetzung zu erwarten sind; als Kalkulationshilfe dürfen die Verbandslisten Endpreise nicht direkt festsetzen.

e) Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz

Fundstelle:	RPW 1999, 441[593,594,595]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 6. September 1999
Typ:	Horizontale (indirekte) Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



354 Der Sammelrevers des Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverbands ist ein in Deutschland, Österreich und der Schweiz angewandtes Preisbindungssystem: Danach setzt der Verleger individuell die Verkaufspreise seiner Bücher für die nachgelagerten Marktstufen im In- und Ausland fest; Letztere verpflichten sich zur Einhaltung der festgesetzten Preise. Die Umgehung der Preise durch Verlag oder Händler wird durch ein Sanktionensystem ausgeschlossen; auch wird z.B. der Parallelimport verhindert, da alle Wiederverkäufer an den Sammelrevers gebunden werden müssen. Kontrolliert wird das System auf Seiten der Verlage durch den

[593] Vgl. den ähnlich gelagerten Fall im Musikalienmarkt in RPW 1997, 334 ff. «Sammelrevers für Musiknoten»; II/9.2.3, a).

[594] Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in RPW 2001, 391 ff. und 412 ff. «Sammelrevers Verlagserzeugnisse II».

[595] Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wurde gemäss Art. 111 Abs. 2 OG den Verbänden gewährt in BGerE vom 22.8.2001, 2A.298/2001 und 2A.299/2001 «Sammelrevers Verlagserzeugnisse III».

Preisbindungstreuhänder, auf Seiten der Händler durch den Preisbindungsbevollmächtigten (Bündelung der individuellen Preisbindungsverträge). Den vertikalen Preisbindungsverträgen liegen horizontale Abreden zwischen den Verlegern und Händlern zugrunde. Zweck der Abreden ist die Durchsetzung einer einheitlichen, umfassenden Marktordnung (vgl. Abb. 6).

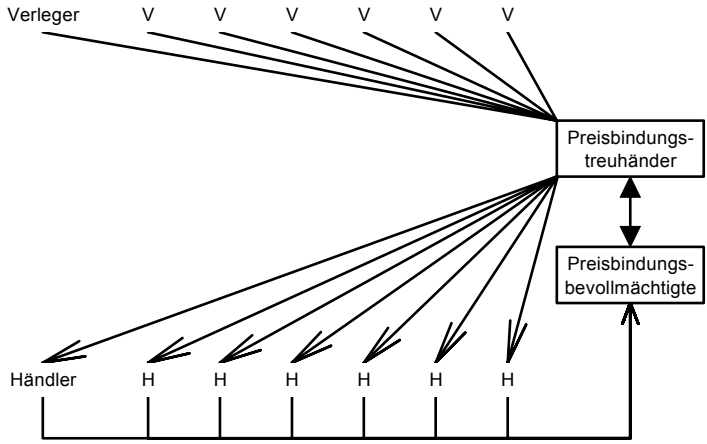


Abb. 6: Schematische Darstellung des Sammelrevers[596]

Durch die Preisbindungsverträge können die Buchhändler den Preis als zentralen Wettbewerbsparameter nicht mehr einsetzen. Angesichts der organisatorischen Bündelung der Preisbindungsverträge als Ausdruck des gemeinsamen Willens und der damit einhergehenden gemeinsamen Auswirkung sind die dem Sammelrevers unterliegenden horizontalen Abreden einheitlich als horizontale Abrede über die indirekte Festsetzung von Preisen auf der Handelsstufe zu beurteilen. Der Sammelrevers umfasst ca. 90% der deutschsprachigen Bücher; in diesem Markt herrscht dadurch kaum Wettbewerb durch Aussenseiter, da mit dem übrigen Sortiment die preisgebundenen Bücher nicht konkurrenziert werden können (Die restlichen 10% des Büchermarktes machen über Einzelvereinbarungen preisgebundene Bücher oder von den Verlagen nicht gebundene Bücher aus). Der Währungsvorteil zum Ausland kann allenfalls im Grenzgebiet ausgenutzt werden (Transaktionskosten); 355

[596] Darstellung angelehnt an RPW 1999, 446.

ausländische Internetbuchhandlungen sind hier aufgrund von Versandkosten nicht interessant. Innenwettbewerb unter den Buchhändlern ist nicht anzutreffen. Auch herrscht ungenügender Qualitäts- und Leistungswettbewerb, da dieser ja nicht über den Preis abgegolten werden kann (durch Nachlässe oder Zuschläge). Potentielle Konkurrenz ist nicht zu erwarten; die Tätigkeit als Buchhändler ist nur bei Anschluss an den Sammelrevers interessant. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann daher nicht widerlegt werden.

356 Das *Bundesgericht* hat in seinem Urteil vom 14. August 2002 den Entscheid der Wettbewerbskommission bzw. den bestätigenden Entscheid der Rekurskommission aufgehoben und zur Neubeurteilung im Sinne seiner Erwägungen zurückgewiesen.[597] Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass es sich bei fraglicher Wettbewerbsabrede um eine erhebliche Abrede handeln dürfte. Anerkannt wird auch der horizontale Charakter der Preisbindungsverträge und deren Unterstellung unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG, obwohl nicht direkt der Preiswettbewerb zwischen den Verlagen, sondern derjenige auf Stufe des Buchhandels ausgeschaltet würde. Das Bundesgericht geht mit der Rekurskommission einig, dass kein wirksamer Aussenwettbewerb neben der Abrede besteht. Hinsichtlich des Innenwettbewerbs vertritt das Bundesgericht die Ansicht, dass der Wettbewerb erst beseitigt sei, „wenn die autonome Festlegung sämtlicher relevanter Wettbewerbsparameter ausgeschlossen ist (...). Sind mehrere solche relevant, kann folglich ein Restwettbewerb auch vorliegen, wenn er nur bezüglich einzelner dieser Parameter noch funktioniert." Der Preis sei aber im Büchermarkt kein dominanter Wettbewerbsfaktor; Qualität und Beratung stünden für die Kunden im Vordergrund. Restwettbewerb würde daher über Kundenbetreuung, Werbung, Produktedifferenzierung und Standort geführt. Das Bundesgericht verkennt dabei, dass der Kunde den Preis in Märkten mit einheitlicher Preisbildung gar nicht in seinen Entscheidungsprozess einbezieht und sich damit einer Bewertung des Preises als Wettbewerbsparameter enthält. Insgesamt erachtet das Bundesgericht den beschriebenen Restwettbewerb im Buchhandel als genügend, um die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG zu widerlegen. Der Restwettbewerb über Beratung und Service findet allerdings in den meisten von Kartellen beherrschten Märkten noch statt. *Dies hat zur Konsequenz, dass nach dem Wettbewerbsverständnis des Bundesgerichts in wohl keinem Markt*

[597] Vgl. BGerE vom 14.8.2002, 2A.298/2001 und 2A.299/2001 «Sammelrevers Verlagserzeugnisse IV».

der Wettbewerb als beseitigt gelten kann, ist dieser auch noch so kartellistisch strukturiert. Die Schwelle zur Widerlegung der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG ist dadurch äusserst tief gelegt, die Vermutung läuft praktisch ins Leere. Damit steht für jede Art von Wettbewerbsabrede die Rechtfertigung aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz offen. Gerade dies wollte der Gesetzgeber aber vermeiden und hat dementsprechende Vorstösse abgelehnt (Überwindung des KG85).[598] Eine derartige Auslegung steht auch im Widerspruch zu den erarbeiteten Ergebnissen der anderen Auslegungselemente, insbesondere des teleologischen Elements und der Wettbewerbstheorie.[599] Undenkbar ist schliesslich die Rechtfertigung einer derart in das Marktgeschehen eingreifenden Abrede aus Gründen wirtschaftlicher Effizienz, wie sie dem Bundesgericht vorzuschweben scheint. Schliesslich geht der Verweis auf Europäische Rechtsquellen fehl. Einerseits hat der Europäische Gerichtshof in zitiertem Entscheid C-9/99 auf die Frage geantwortet, ob das europäische Recht einer *nationalen Regelung* entgegensteht, welche die Verleger verpflichtet, den Buchhändlern einen festen Preis für den Weiterverkauf von Büchern vorzuschreiben, was nicht mit *vorliegender privater Marktordnung* vergleichbar ist.[600] Andererseits befasst sich die zitierte Entschliessung des Rates mit der *Wahrung öffentlicher (kulturpolitischer) Interessen* im Büchermarkt.[601] Es ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht als letzte Rechtsmittelinstanz für Entscheide der Wettbewerbskommission beauftragt ist, die Interessen des Wettbewerbs zu wahren. Die Wahrung anderer öffentlicher Interessen obliegt dem Bundesrat.[602]

f) Accords sur les prix/répartition des ventes sur le marché des vitamines

Fundstelle:	RPW 2000, 186
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Feststellungsverfügung vom 19. April 2000
Typ:	Horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprache (Art. 5 Abs. 3 lit. a/b/c KG)



Die Hoffmann-La Roche AG, die Rhône-Poulenc Animal Nutrition und die BASF AG haben Abreden über die Festsetzung der Preise bestimmter Vitamine (A, E, 357

[598] Vgl. II/3.2.4, d).
[599] Vgl. II/11.2.3, d).
[600] Zu den Unterschieden privater und staatlicher Marktordnung II/5.3.1, b) und II/11.3.3; EuGH vom 3.10.2000, Rs C-9/99 «Echirolles Distribution SA».
[601] Entschliessung des Rates vom 12.2.2001, AblEG 2001 C73.
[602] Vgl. II/5.3.1, a).

B2, B5, C etc.), die Aufteilung der produzierten Mengen und die Aufteilung der verkauften Mengen auf Gebiete getroffen. Das Kartell wurde im Dezember 1998 aufgelöst, zeitigte aber Wirkungen bis Februar 1999. Die Abreden beseitigen vermutungsweise wirksamen Wettbewerb; die Kommission konnte aber lediglich die wahrscheinliche Unzulässigkeit der Abreden feststellen, da keine Auswirkungen der Abreden im Markt mehr feststellbar sind.

g) Vertrieb von Arzneimitteln / Sanphar

Fundstelle:	RPW 2000, 320[603,604]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 7. Juni 2000
Typ:	Horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG)



358 Der Arzneimittelvertrieb in der Schweiz wird, soweit er nicht staatlich reglementiert ist, weitgehend privatrechtlich durch die Bestimmungen der Sanphar geregelt. Die Sanphar erlässt verschiedene Reglemente, die eine Margen- und Rabattordnung für Medikamente (amtlich festgestellter, z.T. festgelegten Hersteller-Publikumspreis) vorsieht, die sich auf Hersteller, Sanphar-Grossisten und Fachhandel/SD-Ärzte auswirken. Die Hersteller werden verpflichtet, die vorteilhafte Sanphar-Grossistenmarge nur Sanphar-Grossisten zu gewähren (Voraussetzung: bestimmtes Mindestsortiment, Kundenkreis, Verkaufskonditionen). Zusätzlich erlässt der Schweizerische Apothekerverein (SAV) unverbindliche Normen zur Berechnung der Margen auf Medikamenten, die nicht unter die Sanphar-Reglemente fallen.

359 Die Wettbewerbskommission geht demzufolge von einer Wettbewerbsabrede auf Herstellerstufe (einheitliche, verbindliche Abgabepreise an (Sanphar-)Grossisten mit Bandbreite von ±2%), Grossistenstufe (Einhaltung von Grossistenmarge und Rabattsystem unter Drohung des Verlustes des Sanpharstatus), Stufe Fachhandel und SD-Ärzte (festgelegte Margen durch festgelegte Einkaufspreise (Sanphar) und Verkaufspreise (amtlich festgestellter, z.T. festgelegter Publikumspreis mit Rabattmöglichkeit; Sonderaktionen und preisliche Marketing-Massnahmen sind aber

603 Fristverlängerung gewährt in RPW 2000, 264 ff.

604 Abschreibungsverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 3.4.2001 wegen Rückzug der Beschwerde in RPW 2001, 379 ff.

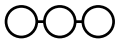
nicht erlaubt, so dass der Preis kaum als Wettbewerbsparameter eingesetzt werden kann); zudem werde der Qualitätswettbewerb verzerrt, da entsprechende Leistungen nicht preislich abgegolten werden können. Ebenso sind die Grossistenbedingungen als Wettbewerbsabrede einzustufen, da sie gewisse Marketinginstrumente der Grossisten verunmöglichen. Schliesslich sind die SAV-Normen als Wettbewerbsabrede einzustufen, welche aufgrund weitgehender Einhaltung durch die Apotheken bei der Preisberechnung eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.

360 Durch die teilweise amtliche Festsetzung von Höchstpreisen für Medikamente und die Festlegung der Margen durch die Sanphar ist Wettbewerb nur durch die Möglichkeit der Gewährung von Rabatten möglich; dieses Preisgestaltungselement wird durch die Rabattordnung, welche nur eine Bandbreite von ±2% zulässt, ausgeschaltet. Aussenwettbewerb durch Direktimporte von Grossisten im Ausland ist rechtlich nicht möglich; im Inland halten sich über 90% der Hersteller an die Margenordnung der Sanphar (Mitglieder und Nichtmitglieder der Sanphar). Mit dem Auftreten neuer Marktteilnehmer ist in nächster Zeit nicht zu rechnen. Die Wettbewerbskommission geht daher von einer unzulässigen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aus, eventualiter von einer nicht zu rechtfertigenden (qualitativ und quantitativ) erheblichen Beeinträchtigung. Das Verbot für die Grossisten, keine grösseren Rabatte für Medikamente als ihre Grossistenmarge zu gewähren, verunmöglicht grössere Preisaktionen, z.B. für Lagerräumungen etc.; die Abrede ist daher qualitativ erheblich. Auch in quantitativer Hinsicht ist die Abrede erheblich, da Bezüge des Fachhandels bei ausländischen Grossisten rechtlich unmöglich und Direktbezüge bei inländischen Herstellern marginal und zu schlechten Bedingungen erfolgen. Zudem werden Aussenseiter-Grossisten zu schlechteren Konditionen als Sanphargrossisten beliefert und vermögen so keinen Wettbewerbsdruck zu erzeugen. Auch halten sich alle Sanphar-Grossisten an die Abrede. Die Marktgegenseite ist zu klein strukturiert, um Druck auf die Grossisten auszuüben. Die Abrede beeinträchtigt daher den Wettbewerb erheblich und kann nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden. Auf Stufe der Fachhändler ist die Höchstmarge durch die schon auf anderen Marktstufen festgelegten Margen fixiert. Die Wettbewerbsabrede auf Fachhandelsstufe setzt Preise und Margen fest und beseitigt vermutungsweise wirksamen Wettbewerb. Aussenwettbewerb durch Abgabe von Medikamenten in Spitälern existiert aus rechtlichen Gründen nicht. Ärzte bieten keine nicht preisgebundenen Medikamentensortimente an. Die Ärzte halten sich in der Praxis an die Sanpharreglemente. Aussenwettbewerb durch Versandapotheken

etc. ist schwach (1-2% des Marktes). Die Fachhändler sind meist Mitglieder der an Sanphar beteiligten Verbände und halten sich grösstenteils (96,8%) an die entsprechenden Preisvorgaben; auch vermag der vermehrte Einsatz von Treuebons an der einheitlichen Preisbindung nichts zu ändern. Die Marktgegenseite (Patienten) ist aufgrund fehlender Kenntnisse von Substituten etc. und ihrer atomistischen Struktur schwach. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bzgl. der Abreden bleibt daher bestehen; diese sind unzulässig. Die Normen des SAV haben hingegen an Bedeutung verloren und werden kaum mehr angewendet; die Untersuchung wird in diesem Punkt eingestellt. Die Bedingungen für die Einteilung als Sanphar-Grossist (grosse regionale Ausdehnung, Lagerhaltung praktisch des gesamten Apotheken- und Drogeriesortiments) führen zu hohen Marktzutrittsschranken und Einschränkung der Marketinginstrumente und sind daher qualitativ erheblich; aufgrund fehlenden Innenwettbewerbs (Sanktionierung bei Fehlverhalten) und schwacher Marktgegenseite (aufgrund kleiner Strukturen) sind sie auch quantitativ erheblich; Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Einstufungs-Bedingungen sind daher unzulässig.

h) Markt für Strassenbeläge

Fundstelle:	RPW 2000, 588
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 4. Dezember 2000
Typ:	Horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprache (Art. 5 Abs. 3 lit. a/b/c KG)



361 Der schweizerische Markt für Strassenbeläge ist durch verschiedene Wettbewerbsabreden gekennzeichnet. So regelt eine Alleinvertriebsvereinbarung den Import des wesentlich billigeren (-50%) Strassenbelagmaterials der deutschen Firmen AMB und Storz durch die schweizerischen Anbieter Siderit, BHZ, BHT, Biturit und Badertscher; die Strassenbauunternehmen, die an den meisten Strassenbelagherstellern der Nordostschweiz beteiligt sind (ausgenommen FBB), sind indirekt an dieser Abrede beteiligt. Die Strassenbaufirmen können so den Bezug von billigerem deutschem Strassenbelag durch ihre Konkurrenten verhindern; die Preise, Mengen und Absatzgebiete des deutschen Mischgutes können so gelenkt werden. Die unabhängige Strassenbelagfirma FBB bietet ihre Produkte zu ähnlichen Preisen (±3-5%) wie die von den Strassenbauunternehmen kontrollierte BHZ an. Die Unternehmen differenzieren bei ihren Preisen zudem nach den Kundengruppen

Aktionäre, unabhängige Strassenbauer und Kleinbezüger; dieses Verhalten wäre bei Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung problematisch.

362 In den regionalen Märkten (60 Fahrminuten um das Mischwerk) für Strassenbeläge werden durch die Alleinvertriebsvereinbarung mit den deutschen Mischwerken Preise, Absatzmengen, und Absatzgebiete festgelegt; die Vereinbarung beseitigt vermutungsweise wirksamen Wettbewerb. Durch den Einbezug der deutschen Firmen AMB und Storz in die Alleinvertriebsvereinbarung ist es nur noch über die Firma Siderit (CH) möglich, Mischgut aus dem Ausland zu beziehen. Die Preisdifferenz wurde soweit reduziert (Preiserhöhungen von 40%), dass sowohl AMB und Storz (mit höheren Transportkosten) als auch die schweizerischen Mischwerke (BHZ, BHT und Biturit) im Markt bestehen können. Innenwettbewerb zwischen diesen Unternehmen besteht daher nicht mehr. In den Kantonen ZH, TG, SH und Nordost-AG gibt es ausser der FBB nur Produzenten für Eigengebrauch oder mit geringen Kapazitäten. Die unabhängige FBB setzt die Preise aber gleich wie die an der Abrede beteiligte BHZ und kompensiert den fehlenden Wettbewerbsdruck der deutschen Anbieter nicht; sie wird de facto selbst durch die Abrede geschützt. Andere Anbieter befinden sich lediglich am Rand der Gebiete, die von den an der Abrede beteiligten Unternehmen beliefert werden. Aufgrund von Transportkosten von CHF 0.50/km können diese bei einem Ø-Preis von CHF 97.– bis 99.– die an der Abrede Beteiligten trotz tieferem Werkpreis (-33%) nicht konkurrenzieren; dies gilt auch für andere Anbieter aus Deutschland, Frankreich und Österreich. Marktzutritte sind aufgrund der Notwendigkeit der Erstellung eines neuen Mischwerkes (lange Verfahrensdauer für Baubewilligungen durch UVP und hohe Kosten) unwahrscheinlich; insbesondere ist das kurzfristige Ausnützen von Preisspielräumen nicht möglich. Die Strassenbauunternehmen als Marktgegenseite sind auch Eigentümer der wichtigsten Mischwerke im Markt und nicht an einer Auflösung der Abrede interessiert. Die Abrede ist, da die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden konnte, unzulässig.

i) Vertrieb von Werbematerialien

Fundstelle:	RPW 2001, 239
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 11. Mai 2001
Typ:	Horizontale Abreden über Preise, Mengen und Gebiete (Art. 5 Abs. 3 KG)



363 Die Schweizerische Post, deren Tochtergesellschaften Direct Mail Company (DMC) und Epsilon SA, und die Vertragungsorganisation Swiss Mail haben dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Kenntnis gebracht, dass die Unternehmen ihre Preise und Angebote aufeinander abstimmen und ihre Absatzgebiete entflechten wollen. Die Wettbewerbsabrede würde vermutungsweise wirksamen Wettbewerb beseitigen. Im überregionalen/nationalen Markt für unadressierte Direktwerbung, adressierte Direktwerbung und Versand von Werbung als Zeitungsbeilage, die vom Sekretariat als Substitute angesehen werden, wird nach Umsetzung der Abrede kein Innenwettbewerb mehr bestehen, da die Angebote vollständig vereinheitlicht werden. Aussenwettbewerb im Vertriebskanal für unadressierte Sendungen existiert nicht, da alle Anbieter in die Abrede eingebunden sind; auch der Vertriebskanal für adressierte Sendungen wird von der Post kontrolliert (Postmonopol); gezielte Preiserhöhungen im einen Kanal könnten Abwanderungen in diesen – teureren – Markt erzeugen (unilaterale Effekte). Der Vertrieb als Zeitungsbeilage erscheint nicht als vollwertiges Substitut, da die mögliche Anzahl der Beilagen in einer Zeitung beschränkt und die Zeitungen eine vermehrte Nachfrage aufgrund negativer Leserreaktionen kaum absorbieren wollen. Zudem ist die Post auch im Vertrieb von Zeitungen aktiv, deren Zustellungspreise nach Gewicht festgelegt werden. Potentieller Wettbewerb erscheint aufgrund der Notwendigkeit der Erstellung eines flächendeckenden Netzes als gering. Ein natürliches Monopol liegt nach Ansicht des Sekretariates hier nicht vor; die Personalkosten machen den grössten Teil der Aufwendungen aus und sind bei flexiblen Anstellungsbedingungen, anders als bei der Postzustellung, als variable Kosten anzusehen.[605] Die Frage wird daher offengelassen, ob ein natürliches Monopol zur Umstossung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 führen könnte. Das Vorhaben ist daher wahrscheinlich unzulässig.

j) Zwischenfazit

364 Die Praxis zu den Wettbewerbsabreden ist geprägt durch die Beurteilung horizontaler Abreden über Preise, teilweise kombiniert mit Abreden über Geschäftsgebiete und Kundengruppen. Schon die Art der Abrede impliziert hier eine Beseitigung des

[605] Vgl. aber die Beurteilung der Zusammenschlüsse in RPW 1998, 265 ff. «Schweizerische Post/BEVO» und RPW 2000, 230 ff. «Südostschweiz Pressevertrieb AG», in denen das Vorliegen eines natürlichen Monopols eher bejaht wurde; II/9.2.7, c).

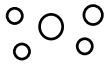
Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 KG). Doch auch Abreden über Margen und Rabatte können wirksamen Wettbewerb beseitigen, v.a. wenn die zugrundeliegenden Preise staatlich administriert sind (Medikamente). Die vorliegenden Preisabreden werden zu 90% eingehalten und erstrecken sich meist auf 90-100% des gesamten Marktvolumens. Sie bezwecken teilweise eine lückenlose Marktordnung und betreffen (oder verzerren zumindest) auch Nebenparameter des Wettbewerbs. Nach Ansicht der Wettbewerbskommission führen auch teilweise festgestellte Preisbänder um die festgelegten Tarife von ±10% nicht zu wirksamem Innenwettbewerb. Auch Rahmentarife führen zu gleichem Preisverhalten, welches sich in der Regel am oberen Rand des Rahmens orientiert. In einigen Fällen fehlen jegliche Anreize für wettbewerbliches Verhalten, sei es, dass Dritte für die verrechneten Tarife aufkommen (Versicherungen), sei es, dass die Marktgegenseite die überhöhten Preise ohne Weiteres weitergeben kann oder gar davon profitiert (Rückwärtsintegration der Strassenbaufirmen). Die Abreden sind oft mit einem Durchsetzungsapparat verbunden (Honorarkommission, Belieferungsboykott, etc.).

Oft halten sich auch Kartellaussenseiter an die Preisvorgaben des Kartells, was zu zusätzlich fehlendem Aussenwettbewerb führt. Sie profitieren häufig selbst vom Schutz (vor Wettbewerb), den ihnen die Abreden bieten. Typisch für diese Abreden ist, dass die Auslandkonkurrenz ausgeschaltet ist, sei es aufgrund rechtlicher Marktzutrittsbarrieren, sei es aufgrund deren Einbindung (und Abfindung) in die Wettbewerbsabrede. 365

9.2.4 gewöhnlicher Markteinfluss

a) Porzellanfabrik Langenthal AG

Fundstelle:	RPW 1997, 32
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 18. April 1997
Typ:	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)

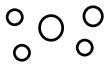


366 Die Porzellanfabrik Langenthal AG entschliesst sich zum ausschliesslichen Direktvertrieb ihres Hotelgeschirrs unter Ausschaltung der bisher auch berücksichtigten, im Markt tätigen Grossisten. Die Porzellanfabrik hat in der Schweiz einen Marktanteil von 16%; es ist zudem von internationalen Märkten auszugehen, da die Transportkosten im Vergleich zum Wert des Hotelgeschirrs gering und aufgrund der Harmonisierung der einschlägigen lebensmittelrechtlichen Bestimmungen mit denjenigen der EU Hotelgeschirr frei importiert und exportiert werden kann.[606]

367 Aufgrund des geringen Marktanteils, der sich bei Annahme eines internationalen Marktes weiter stark reduziert, kann nicht von einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden. Bei einem Marktanteil von 16% kann der wirksame Wettbewerb durch strategisches Verhalten nicht erheblich beeinträchtigt werden.

b) Markt für Postsendungen ohne Adresse

Fundstelle:	RPW 1997, 301
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 4. Juli 1997
Typ:	Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)



368 Der Direct Mail Company DMC, 50%ige Tochter der Post, wird von der Konkurrentin Swiss Mail vorgeworfen, Vorzugstarife bei der Verteilung unadressierter Postsendungen (Zeitungen, Werbung, Warenmuster, etc.) zu erhalten; diese würden die Wettbewerbsverhältnisse dort beeinflussen, wo zur Verteilung statt auf Verteilboten auf die Post zurückgegriffen wird, namentlich in abgelegenen Gegenden. Im Markt für unadressierte Postsendungen hält DMC 16%, die Post selbst 45% und Swiss Mail 35% Anteil.

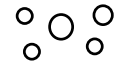
---

606 Zur Frage des relevanten Marktes hier MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 22 f.

Eine marktbeherrschende Stellung verneint das Sekretariat sowohl für die Post als auch für die nach ihrer Ansicht unabhängige DMC; Swiss Mail halte ebenfalls einen beträchtlichen Marktanteil.[607] Zudem würden DMC keine Vorzugstarife gewährt. Es liegt kein unzulässiges Verhalten vor. 369

c) Swiss Online AG

Fundstelle:	RPW 1997, 322
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 15. September 1997
Typ:	Koppelvertrag (Art. 7 Abs. 2 lit. f KG)

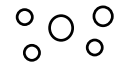


Swiss Online bietet Videotex, eine u.a. für die Abwicklung des elektronischen Zahlungsverkehrs angebotene Dienstleistung, seit 1. Juli 1997 nur noch zusammen mit einem Internetzugang an. 370

Im Markt für elektronischen Zahlungsverkehr ist Swiss Online zum Zeitpunkt des Entscheids der einzige valable Anbieter. Allerdings werden für die Zeit danach vermehrt Internet-Lösungen der Banken erwartet. Im Markt für Zahlungsverkehr insgesamt ist der Anteil von Swiss Online mit unter 2% bescheiden. Aufgrund des Vorhandenseins von Alternativen und potentiellen Konkurrenten (marktreife Internetlösungen) nimmt Swiss Online keine marktbeherrschende Stellung ein.[608] Die Untersuchung des Koppelangebots erübrigt sich daher. 371

d) APERTO-Geschäfte

Fundstelle:	RPW 1998, 1
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 3. November 1997
Typ:	Behinderung des Marktzugangs



Den SBB wird vorgeworfen, gemischte Typen der Aperto-Geschäfte (Food und Presseerzeugnisse) ausschliesslich an die Kiosk AG zu vergeben. Letztere nutze 372

---

607 Wohl «richtigerweise» hätte sich die Untersuchung auf das Verhalten der Post in den Bereichen, wo deren Dienste zwingend – aufgrund der mangelnden Rentabilität eines eigenen Verteilnetzes – benötigt werden, beschränken müssen. In abgelegenen Gebieten ist diese tatsächlich marktbeherrschend, da Swiss Mail und DMC dort nicht tätig sind.

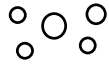
608 Zu diesem Fall BORER, Verhaltensweisen, 38.

ihre starke Stellung im Bereich Presseerzeugnisse aus, um mit überhöhten Mietzinsangeboten sich den ausschliesslichen Betrieb der Geschäfte zu sichern.

373 Im Markt für Aperto-Geschäfte und allgemein Geschäften mit verlängerten Öffnungszeiten nimmt die Kiosk AG keine beherrschende Stellung ein, da diese von einer Vielzahl verschiedener Betreiber geführt werden. Im Markt für gemischte Apertos verfügt die Kiosk AG über alle ausser ein Geschäft (insgesamt gibt es aber 21 Apertos verschiedenen Typs); diese Ausnahmen in der Zuteilung von Geschäften senken die Wahrscheinlichkeit diskriminierenden Verhaltens. Hingegen kann die Kiosk AG dank der Mischung von Food und Presse höhere Umsätze und damit Mieten offerieren als reine Lebensmittelgeschäfte. Der Betrieb eines gemischten Apertos ist aber für alle Anbieter möglich, beliefert doch die Kiosk AG auch Aussenseiter zu gleichen Bedingungen, überträgt ihre starke Stellung im Bereich der Presseerzeugnisse also nicht auf den Markt für gemischte Aperto-Geschäfte. Es liegt daher kein unzulässiges Verhalten vor.

e) SBB-Gruppenreiseverkehr

Fundstelle:	RPW 1998, 10
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 3. November 1997
Typ:	Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 lit. d KG)



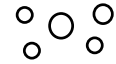
374 Den SBB wird vom schweizerischen Nutzfahrzeugverband ASTAG vorgeworfen, im Bereich des Gruppenreiseverkehrs Carunternehmen preislich gezielt zu unterbieten, d.h. bei Vorliegen einer Wettbewerbssituation sollen Preisnachlässe zum Normaltarif gewährt werden können.

375 Im Markt für Gruppenreisen stehen den Nachfragern mehrere Verkehrsträger zur Verfügung (Bahn, Car, Flugzeug, etc.), die wiederum von verschiedenen Anbietern geführt werden; dabei verfügen ASTAG und SBB über ungefähr gleiche Marktanteile, so dass von einer marktbeherrschenden Stellung nicht gesprochen werden kann; auf die Gefahr von Quersubventionen oder der Übertragung von Marktmacht in anderen Märkten wird im Bericht nicht eingegangen.[609]

[609] So aber bei Untersuchung des Verhaltens anderer öffentlicher Unternehmen; vgl. II/9.2.5, a), d) und g).

f) Versandapotheke MediService AG

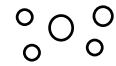
Fundstelle:	RPW 1998, 549
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 24. September 1998
Typ:	Behinderung des Marktzugangs



Beklagt wird, dass die Versandapotheke MediService AG und die selbstdispensierenden Ärzte die traditionellen Offizinapotheken mittels ihrer Stellung im Markt verdrängen wollen. MediService tritt in den Medikamentenvertriebsmarkt (Anteil der Apotheken 69,8% und der Ärzte 30,2%) erst ein und wird die Anteile der traditionellen Apotheken verringern; eine beherrschende Stellung ist aber nicht gegeben. Eine Bevorzugung von MediService durch die selbstdispensierenden Ärzte ist nicht gegeben, haben diese doch ein Interesse daran, die Medikamente selbst zu verkaufen. Es liegt keine marktbeherrschende Stellung vor. 376

g) Spitallisten bei Halbprivatversicherungen mit eingeschränkter Spitalfreiheit

Fundstelle:	RPW 1999, 220
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 19. April 1999
Typ:	Horizontale Preisabrede[610], Diskriminierung von Handelspartnern



Die Krankenversicherer CSS und Visana haben gemeinsam eine Halbprivatversicherung entwickelt, die sich gegenüber den traditionellen Produkten in diesem Bereich durch eine eingeschränkte Spitalfreiheit für den Patienten und für 40 Operationen Fallpreispauschalen für die Spitäler vorsah. In Frage stehen die preislichen Vereinbarungen und die Einteilungskriterien für Spitäler. 377

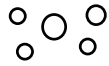
Durch die Abrede der Parteien wird der Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigt; die Parteien können darum auch nicht gemeinsam marktbeherrschend sein. Eine marktbeherrschende Stellung im Bereich der Vertriebswege (Spitäler) von Visana alleine schliesst die Wettbewerbskommission aus, müsste sich doch dann auch im Absatz (Versicherte) eine solche Stellung aufweisen (40-45% Marktan- 378

[610] Dazu II/9.2.1, g).

teil)[611]; trotz der starken Stellung von Visana sei der Wettbewerb unter den Versicherern – v.a. um gute Risiken – intakt (Produkteinnovationen etc.). Die Marktgegenseite, v.a. die Privatspitäler, können zudem Druck auf Visana ausüben, erbringen sie doch einen hohen Anteil der von Visana bezahlten Leistungen. Zudem kann Visana als Versicherer allenfalls Taxen, aber nicht die Menge der erbrachten Leistungen beeinflussen (Spitäler als Bedarfsfixierer). Im Übrigen ist das Verhalten der Versicherer nicht diskriminierend, sind doch Privatspitäler aufgrund fehlender Subventionen tatsächlich teurer, die festgelegten Preise daher angemessen. Zudem können die von den Versicherern zusätzlich verlangten administrativen Leistungen über die von den Spitälern festlegbare Hotelleriepauschale abgegolten werden.

h) Minolta

Fundstelle:	RPW 1999, 247[612]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 1. März 1999
Typ:	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)



379 Minolta lässt seit Januar 1997 die von ihr fabrizierten Fotoapparate selbst reparieren. Beklagt wurde in der Folge die Weigerung von Minolta, Ersatzteile für die Reparatur von Fotoapparaten an unabhängige Reparaturfirmen zu liefern. Die Wettbewerbskommission geht von einem Systemmarkt aus; der Service nach dem Kauf beeinflusst in erheblichem Mass die Kundentreue, ob also der Apparat nach Ablauf seiner Lebensdauer wieder durch das gleiche Fabrikat ersetzt wird (50% der Apparate werden einmal repariert, 5% davon im ersten Jahr unter Garantie). Im

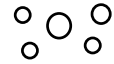
[611] Zu dieser sog. «Spiegelbildtheorie» auch der Fall in RPW 1997, 364 ff., 380 «Migros/Globus»; II/9.2.6, h) m.w.H.

[612] Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in RPW 2000, 716 ff. «Felix Service SA/Minolta (Schweiz) AG» wird abgewiesen. Umstritten ist in erster Linie die Frage der Marktabgrenzung: geht man, wie das Sekretariat in ersten Stellungnahmen zum Fall, vom einem Markt für die Reparatur von Minolta-Kameras aus, so ist Minolta zweifellos marktbeherrschend; geht man hingegen davon aus, dass sich der Wettbewerb auf dem Produktmarkt auch auf den Reparaturmarkt überträgt, also die Leistungen auf dem Reparaturmarkt die Kaufentscheidung beeinflusst, so kann man, wie nun von der Rekurskommission bestätigt, von einem Systemmarkt ausgehen, in dem Minolta mit anderen Anbietern auftritt.

Markt für Fotoapparate hält Minolta aber nur einen Anteil von 24%, ist also angesichts starker aktueller Konkurrenten nicht marktbeherrschend.[613]

i) Kaladent AG

Fundstelle:	RPW 2001, 88
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 29. Januar 2001
Typ:	Diskriminierung von Handelspartnern, Koppelgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 KG)



Die Kaladent AG ist ein in der Schweiz tätiger Dentalhändler, welcher Verbrauchsmaterialien für Zahnärzte vertreibt. Beklagt werden das Rabattsystem der Kaladent AG, dessen Höhe sich am Umsatz der Zahnärzte orientiert und die Leistungsvereinbarung der Kaladent AG, wonach Notfalleinsätze nur ab einem gewissen Jahresumsatz sofort vorgesehen sind. Die Kaladent hat im schweizerischen Markt für den Vertrieb von Dentalmaterialien einen Anteil von 40%, vor ABC Dental und Healthco Breitschmid AG mit jeweils 15%, Demadent mit 10% und Restlichen mit zusammen 20% Anteil. Trotz dieser starken Stellung liegt aber ein dynamischer Markt vor (Kaladent hat in den letzten Jahren 25% Anteil verloren), so dass keine beherrschende Stellung vorliegt. 380

j) Zwischenfazit

Eine marktbeherrschende Stellung kann in der Regel bis zu Marktanteilen von 50% ausgeschlossen werden. Dies muss auch dann gelten, wenn ein Unternehmen eben erst in einen Markt eingetreten ist. Liegt ein dynamischer (starke Marktanteilsschwankungen oder –verluste über die Jahre, hohe Innovationsrate) oder internationaler Markt vor, werden auch starke Marktstellungen relativiert betrachtet. Nachfragemacht muss nach Ansicht der Wettbewerbskommission auch im Absatz seine Entsprechung finden (Spiegelbildtheorie). In gewissen Fällen hat der vorgelagerte Markt in die Beurteilung der Marktstellung einzufliessen (Systemmarkttheorie). Bei ungefähr gleich starken Konkurrenten kann eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen werden. 381

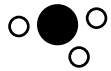
---

613 Dazu STOFFEL, Unzulässige Wettbewerbsabreden, 31 f.; kritisch aufgrund des Rückgriffs auf das theoretische Konstrukt Systemmarkt BORER, Verhaltensweisen, 44, aber auch ZÄCH, Spiesse, 379 f. Vgl. auch die Beurteilung aus ökonomischer Sicht in II/11.2.3, f), N 735.

9.2.5 «Einfache» Marktbeherrschung

a) Action Promopac / pompes à chaleur

Fundstelle:	RPW 1997, 30
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 23. April 1997
Typ:	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)

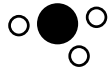


382 Zur Förderung der Nutzung von Wärmepumpen lanciert die «l'Energie de l'Ouest-Suisse» (EOS) Ende 1996 eine Subventionskampagne. Diese umfasst gewisse akkreditierte Produzenten sog. multifluider Wärmepumpen. Monofluide Wärmepumpen, die zwar einen besseren Wirkungsgrad, aber schwieriger zu installieren und zu warten sind, sind von der Kampagne ausgeschlossen.

383 Eine marktbeherrschende Stellung kann angenommen werden, da EOS auf dem Elektrizitätsmarkt ein natürliches Monopol besitzt, unterstützt durch gesetzliche Bestimmungen. Für die Entscheidfindung ist nicht von Relevanz, dass EOS nicht in der Produktion oder dem Vertrieb von Wärmepumpen engagiert ist.[614] Auf eine Untersuchung des Verhaltens wird aber verzichtet, da sich der beanstandete Ausschluss monofluider Wärmepumpen auf objektive Gründe («legitimate business reasons») zurückführen lässt. Eine absolute Gleichbehandlung der Anbieter verlangt das Kartellrecht nicht.

b) Télécom PTT – données des annuaires téléphoniques

Fundstelle:	RPW 1997, 131
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 1. Mai 1997
Typ:	Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)

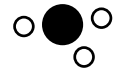


[614] So auch in RPW 1998, 545 ff. «Vertrieb von Frankiermaschinen» und RPW 1998, 567 «Homologation von Fussbällen»; vgl. II/9.2.5, j) bzw. k). Vgl. auch die Verknüpfung hoheitlicher Baubewilligungsentscheide mit der Pflicht zum Anschluss an den gemeindeeigenen Gasversorgungsanschluss; die Gemeinde ist zwangsläufig im hoheitlichen Bereich «marktbeherrschend», wenn auch nicht «unternehmerisch» im Sinne des Art. 2 Abs. 1 KG tätig; sie kann aber u.U. diese Position in unternehmerische Bereiche übertragen; Feststellungsverfügung der Wettbewerbskommission in RPW 1998, 425 ff. «Gasversorgung Rothenburg». Dazu auch ZÄCH, Einzelfragen, 4 f.

Zum Zeitpunkt des Entscheids besitzt die PTT ein rechtliches Monopol auf dem Verkauf von Telefonbucheinträgen, ist demzufolge marktbeherrschend. Alle diesbezüglichen Kunden der PTT und PTT-Abteilungen können die Einträge zu gleichen Bedingungen beziehen, so dass keine unzulässige Verhaltensweise vorliegt. 384

c) Adjudication de l'affichage Ville et Canton de Genève

Fundstelle:	RPW 1997, 132
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 21. Mai 1997
Typ:	Behinderung des Marktzugangs



In Frage steht der Zuschlag für die öffentliche Plakatwerbung in der Stadt und im Kanton Genf an die Allgemeine Plakatgesellschaft APG (Submission für eine Konzession betreffend die Nutzung dieses rechtlichen Monopols[615]).[616] Anzumerken ist hier, dass ein solches Monopol für den privaten Grund nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht mehr zulässig ist. 385

Durch das rechtliche Monopol für den Plakatanschlag treten die Stadt und der Kanton Genf als einzige Anbieter auf. Potentielle Konkurrenz existiert nicht (Marktbeherrschung). Die Bevorzugung eines Anbieters ist nicht gleichzusetzen mit einem missbräuchlichen Verhalten gemäss Art. 7 KG, solange sie auf objektiven Gründen beruht. Im konkreten Fall ist das Verfahren transparent und nach objektiven Gesichtspunkten durchgeführt worden. 386

---

615 Zur Zulässigkeit des vorliegenden (faktischen) Monopols BGE 125 I 209 ff., 221 ff. «Monopole d'affichage»: insbesondere ist das Monopol verhältnismässig. Zwar wäre eine Vergabe von Konzessionen an mehrere Unternehmen denkbar, doch bietet die Vergabe an einen einzigen Unternehmer praktische Vorteile für die Verwaltung, namentlich erleichtere es die Kontrolle. Die sachlichen Gründe für die Monopolisierung der Plakatanschlagstellen auf öffentlichem Grund haben aber nicht (mehr) das Gewicht, um dieses Regime – als rechtliches Monopol – auf private Grundstücke ausdehnen zu können; vgl. BGerE vom 13.11.2001, 2P.131/2001 «Plakatanschlag Arosa», E. 3, e), cc).

616 Vgl. dazu schon den Bericht der Kartellkommission über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Aussenwerbung in VKK 1982, 231 ff. und den Bericht der Kartellkommission über das Submissions- und Einkaufswesen in Bund, Kantonen und Gemeinden in VKKP 1988, Nr. 2, 1 ff.

d) Telecom PTT / Blue Window

Fundstelle:	RPW 1997, 161[617]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 5. Mai 1997
Typ:	Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)



387 Über den erweiterten Dienst Blue Window bietet die Telecom PTT seit dem 16. September 1996 eine Multimedia-Plattform an. Als einziger Anbieter kann Blue Window den Internetzugang zum Ortstarif (Swissfirstline-Nummer) anbieten, also unabhängig von der Distanz des Abonnenten zum Einwählknoten (Die Telefongebühren machen zu diesem Zeitpunkt 75% der Kosten des Internetzugangs aus). Die anderen Anbieter sollen ab November 1996 ebenfalls den entsprechenden Dienst Nutzen können.

388 Mit Blue Window steigt die Telecom PTT erst in den Markt für Internet-Provider ein, kann also diesbezüglich nicht marktbeherrschend sein. Der Markt ist allerdings abhängig vom vorgelagerten Markt für Telefondienste, der namentlich im Bereich der für den Internetzugang wichtigen Mietleitungen von der Telecom PTT im Rahmen des Fernmeldemonopols kontrolliert wird. Diese Abhängigkeit ermöglicht es der Telecom PTT, sich auch in nachgelagerten Märkten unabhängig zu verhalten und dort den Wettbewerb, insbesondere mittels Quersubventionierung[618], zu verfälschen.[619] Durch die nicht gleichzeitige Zurverfügungstellung der Swissfirstline-Nummer und Fehlinformationen an die privaten Anbieter haben diese einen Informationsrückstand und damit einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Blue Window erlitten. Zudem wird Blue Window zunächst durch Monopolerträge der Telecom PTT quersubventioniert. Das Verhalten ist im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG unzulässig.

---

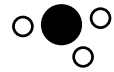
617 Vorsorgliche Massnahme gewährt in RPW 1997, 44, Beschwerde dagegen abgeschrieben in RPW 1997, 615 wegen Rückzug der Beschwerde in der Hauptsache.

618 Nach BORER, Verhaltensweisen, 41 kann es einem Unternehmen in marktbeherrschender Stellung nicht grundsätzlich verwehrt sein, die sich aus der überragenden Marktstellung ergebenden wirtschaftlichen Erfolge dazu zu benutzen, um in anderen nicht so erfolgreichen Bereichen seine Marktstellung zu verbessern. Dies sei nicht zu beanstanden, solange damit nicht eine Verdrängungsabsicht verbunden sei.

619 Vgl. MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 62 ff. und die Erwägungen in RPW 1997, 311 ff., 315 «Schulen ans Internet».

e) Schifffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees

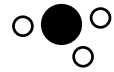
Fundstelle:	RPW 1997, 465
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 3. November 1997
Typ:	Behinderung des Marktzugangs



Die Mitglieder des Schweizerischen Motorbootunternehmerverbandes (SMBV) beanstanden, dass die Schifffahrtsgesellschaft des Vierwaldstättersees (SGV) den privaten Motorbootunternehmen den Zugang zu ihren Landestegen erschwere oder verbiete sowie Konzessionen für die regelmässige und gewerbsmässige Personenbeförderung durch das Bundesamt für Verkehr (BAV) verweigert würden. Die Vorabklärung wird eingestellt, da kein missbräuchliches Verhalten tatsächlich festgestellt werden kann. 389

f) Recymet SA

Fundstelle:	RPW 1997, 490[620,621]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 15. Dezember 1997
Typ:	Vertikale Wettbewerbsabrede[622] / Preisunterbietung, Behinderung Marktzugang



In Frage steht der mutmasslich ausgeübte Druck zum Abschluss von Exklusivlieferverträgen und die Zahlung überhöhter Entschädigungen. Ausführlich ist der Sachverhalt in N 318 beschrieben. 390

Zur Zeit des Entscheids verfügt Batrec im notwendigerweise auf die genannten zwei Firmen beschränkten Markt über einen Anteil von 88%, Recymet über 12%. Der Marktanteil hat sich demzufolge seit 1994, als er noch 50% betrug, kontinuierlich erhöht. Der einzige Konkurrent Recymet kämpft hingegen mit enormen finanziellen Schwierigkeiten und geniesst kein Vertrauen im Markt mehr. Die Marktgegenseite ist zudem stark fragmentiert. Potentieller Wettbewerb ist nicht vorhanden; 391

---

620 Abweisung superprovisorischer Massnahmen in RPW 1997, 154 und Abweisung provisorischer Massnahmen in RPW 1997, 155, Abweisung eines Gesuchs um Akteneinsicht in RPW 1997, 332; Abweisung der Beschwerde gegen die Abweisung provisorischer Massnahmen in RPW 1997, 602.

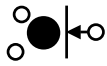
621 Schliesslich der zu einer Monopolsituation führende Zusammenschluss der Parteien in RPW 1999, 172 ff. «Batrec/Recymet»; II/9.2.7, f).

622 Vgl. dazu II/9.2.1, b).

die Markteintrittsschranken sind hoch (Bewilligungsverfahren für die Anlage, hohe Anfangsinvestitionen, Überkapazitäten etc.). Die Batrec ist daher in der Lage, sich im wesentlichen Umfang unabhängig im Markt zu verhalten, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Hingegen ist das Verhalten der Batrec nicht zu beanstanden, da nach Angaben der Sammelstellen keinerlei Druck ausgeübt werde und keine überhöhten, nicht kostendeckenden Preise bezahlt werden. Zudem sind nur wenige Sammelstellen durch Exklusivlieferverträge gebunden.

g) Telecom PTT-Fachhändlerverträge

Fundstelle:	RPW 1997, 506[623]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung[624], Entscheid vom 15. Dezember 1997
Typ:	Behinderung des Marktzugangs, Diskriminierung (Art. 7 Abs. 2 lit. b / e KG)



392 Vorgeworfen wird der Telecom Direktion Zürich (TDZ) u.a., in ihren Verträgen mit Fachhändlern denjenigen mehr Rabatt zu gewähren, die ausschliesslich bei der Telecom und nicht bei Konkurrenten Anlagen beziehen und Installateure mit der Drohung der Nichtberücksichtigung bei Vergaben unter Druck zu setzen, nur bei der Telecom Anlagen und Endgeräte zu beziehen (full-line forcing[625]).

393 Gemäss Erhebungen der Wettbewerbskommission besitzt TDZ im Markt für Teilnehmeranlagen einen Anteil von 77-79%, der grösste Konkurrent einen Anteil von 6-11%, gefolgt von einigen kleineren Anbietern; die potentielle Konkurrenz ist in diesem Bereich als noch gering einzustufen, da zwar keine gesetzlichen, jedoch strategische Eintrittsschranken bestehen (Preis- und Kapazitätsstrategien). Die Marktgegenseite kann zudem im Monopolbereich von der TDZ unter Druck gesetzt werden (Bindung der Abnehmer an einen Anbieter). Die TDZ ist daher in der Lage, sich von anderen Anbietern unabhängig zu verhalten, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Das Verhalten der TDZ ist als Behinderung des Marktzugangs

---

623 Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs (Akteneinsicht, Mitwirkungsrechte) und nicht rechtsgenüglicher Feststellung des Sachverhalts gutgeheissen in RPW 1998, 655 ff. «Telecom PTT-Fachhändlerverträge II». Die Untersuchung wird in der Folge eingestellt, da das beanstandete Verhalten von der Swisscom nicht mehr praktiziert wird; vgl. RPW 1998, 599 f. «Telecom PTT-Fachhändlerverträge III».

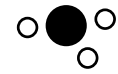
624 Eröffnet im Zuge der Nachkontrolle von Empfehlungen der Kartellkommission in VKKP 1994, Nr. 2, 105 ff.; vgl. RPW 1997, 148 ff.

625 Dazu BORER, Verhaltensweisen, 43.

und Diskriminierung in Geschäftsbedingungen zu qualifizieren; die «Treuerabatte» haben hier marktschliessende Effekte und sind sachlich so nicht gerechtfertigt.

h) Schweizer Spielemesse St. Gallen

Fundstelle:	RPW 1998, 14
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 4. Februar 1998
Typ:	Behinderung des Marktzugangs



Die Genossenschaft Fata Morgana beklagt sich über die Nichtzulassung zur Schweizer Spielemesse in St. Gallen; diese will Fata Morgana nur zulassen, wenn sie sich auf ihre Eigenproduktionen beschränkt. Dagegen möchte Fata Morgana auch importierte Spiele ausstellen, was nach Ansicht der Spielemesse Sache des Generalvertreters sei (dies war bis vor kurzem Fata Morgana). 394

Die Spielemesse als einzige im deutschsprachigen Raum der Schweiz existierende Fachmesse nimmt eine sehr starke Stellung ein; es existieren aber vergleichbare Messen auch in Deutschland und Österreich. Fachmessen sind allerdings durch andere Messen und Werbemöglichkeiten nur beschränkt substituierbar. Die definitive Beurteilung der Marktstellung der Spielemesse bleibt offen, da die Einschränkung auf Eigenprodukte einem legitimen Bedürfnis der Messe entspricht[626], auf dem knappen Raum eine möglichst breite Palette an Produkten anzubieten. 395

i) Devisierungs-, (Vor-)Kalkulations- und Regietarifprogramme von SBV und CRB

Fundstelle:	RPW 1998, 369
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 27. April 1998
Typ:	Geschäftsbedingungen, Einschränkungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c und e KG)



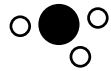
Der Datenaustausch bei Beteiligten an Bauprojekten erfolgt über standardisierte Schnittstellen, Normpositionskataloge, und Regietarife für diese genormten Bauleistungen. Geprüft werden entsprechende Programme von der Zentralstelle für Baurationalisierung (CRB), dessen Trägervereine teilweise selbst diese Programme 396

herstellen. Befürchtet wird der Erlass restriktiver Zulassungsbedingungen neuer Software und der Einblick in diese durch Trägervereine; zudem erhalten die Trägervereine durch die Prüfung Einblick in die Marktlage. Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) ist Herausgeber der Regietarifdateien und Standard-Analysen zur Kalkulation, welche ebenfalls nur nach Prüfung (Datennutzungslizenz) verwendet werden dürfen.

397 Die CRB verfügt mit den Normpositionskatalogen, deren Urheber sie ist, über eine Monopolstellung; gleich verhält es sich mit dem SBV in Bezug auf die Regietarife. Die Kalkulationshilfen sind dagegen auch von zwei alternativen Anbietern erhältlich, doch werden vom Baugewerbe überwiegend SBV-Analysen eingesetzt; Software-Entwickler für integrierte Programme können auf die SBV-Analysen aber nicht ohne Datennutzungslizenz zurückgreifen, so dass der SBV auch in diesem Bereich marktbeherrschend ist. Hinsichtlich des Verhaltens erscheint die umfangreiche Prüfung der Software (Einblick in Geschäftsgeheimnisse) anstatt der Prüfung der Schnittstellenkompatibilität als problematisch; die Verhalten werden darum von den Parteien eingestellt.

j) Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen

Fundstelle:	RPW 1998, 545
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 6. August 1998
Typ:	Behinderung des Marktzugangs, Vertikale Wettbewerbsabrede (analog)[627]



398 In Frage steht die Homologationspraxis der Post in Bezug auf Frankiermaschinen; beklagt wird ein missbräuchliches Verhalten bei Zulassung anderer als der drei etablierten Hersteller. Die Post selbst ist auf dem fraglichen Markt nicht tätig[628], kann jedoch aufgrund ihrer Stellung im nachgelagerten Markt (partielles Monopol für frankierte Postsendungen) die Zulassungsbedingungen diktieren, ist also auch im vorgelagerten Markt «marktbeherrschend». Die Zulassung steht jedoch allen

---

626 Zum Zugang zu Messen auch die in BORER, Verhaltensweisen, 43 besprochenen Fälle betreffend Massnahmebegehren vor Zivilgerichten.

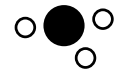
627 Dazu II/9.2.1, e).

628 So auch in RPW 1997, 30 ff. «Action promopac» und RPW 1998, 567 «Homologation von Fussbällen»; vgl. II/9.2.5, a) und k) sowie die Hinweise in FN II/614.

Unternehmen offen, die sich darum bemühen; so wurde eine vierte Zulassung 1994 erteilt. Es liegt somit kein diskriminierendes Verhalten vor.

k) Homologation und Sponsoring von Fussbällen

Fundstelle:	RPW 1998, 567
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 10. Dezember 1998
Typ:	Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)



399 Untersucht wird das Verhalten des Schweizerischen Fussballverbands (SFV) in Bezug auf die Zulassung von Fussbällen zu Wettkampfspielen und die allgemeinen Regeln für Sportverbände in Bezug auf die Verwendung von Fussbällen; der Verband hat namentlich die Möglichkeit, die Verwendung von Fifa-geprüften Bällen vorzuschreiben, deren Gütesiegel aber teilweise mit der Bezahlung von Lizenzgebühren verbunden sind. Im Markt für die Herstellung von Fussbällen tritt der SFV nicht auf, doch ist er aufgrund seiner Regelungskompetenz in der Lage, diesen – als vorgelagertem, vertikal abhängigem Markt für die Organisation von offiziellen Fussballwettkämpfen – in entscheidendem Mass zu beeinflussen.[629] Das Verhalten ist aber nicht unzulässig, stehen doch auch labels für Fussbälle ohne Lizenzgebühren zur Verfügung und sind vom Verband auch nicht Fifa-geprüfte, doch den Fifa-Regeln entsprechende Fussbälle zugelassen.

l) Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren

Fundstelle:	RPW 1999, 57
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 11. Februar 1999
Typ:	Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)



400 Die Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann (FH) Bieren erfolgt über verschiedene Stufen, zunächst aber über sog. Gross-Depositäre (unabhängige und konzerneigene); beklagt wird das Verhalten der FH gegenüber unabhängigen Depositären. Danach wird den unabhängigen Gross-Depositären der Bezug von Bier ab Brauerei verweigert, obwohl diese die entsprechenden quantitativen Kriterien

[629] Vgl. auch RPW 1997, 30 ff. «Action promopac» und RPW 1998, 545 ff. «Vertrieb von Frankiermaschinen»; II/9.2.5, a) bzw. j).

erfüllen. Zudem werden schlechtere Margen als konzerneigenen Depositären gewährt und durch exklusive Belieferung der Gaststätten durch konzerneigene Depositäre werden unabhängige Depositäre systematisch schlechtergestellt.

401 Durch systematischen Aufkauf von Brauereien ist FH sehr stark auch lokal verankert und hält Marktanteile von regional bis zu 90%. Der Abschluss von Exklusivvertriebsrechten mit ausländischen Brauereien verstärkt diese Position, da keine Marktzutritte von dieser Seite zu erwarten sind. Zudem ist ein grosser Teil der Gastrobetriebe durch Bierlieferverträge an FH gebunden oder im Besitz der FH. FH wäre daher als marktbeherrschend zu qualifizieren. Da FH im Rahmen einer Konzernumstrukturierung das Verhalten eingestellt hat, wird die Vorabklärung geschlossen.

m) Künstliche Besamung

Fundstelle:	RPW 1999, 75[630]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 1. März 1999
Typ:	Einschränkung Absatz (Art. 7 Abs. 2 lit. e KG)



402 Der Schweizerische Verband für künstliche Besamung (SVKB) teilt sich seit dem Ende des rechtlichen Monopols (Juli 1995) für künstliche Besamung den Markt mit neuen Anbietern. Der SVKB sichert sich seine nach wie vor starke Stellung durch Exklusivverträge mit Tierärzten über den Bezug von Samen und Drohung des Abbruchs der Geschäftsbeziehung bei Zusammenarbeit mit anderen Besamungsunternehmen. Zudem beliefern die Zuchtverbände[631] als Genossenschafter des SVKB – obwohl gesetzlich zu neutralem Verhalten verpflichtet – den SVKB mit vertraulichen Informationen über Konkurrenten und diskriminieren die Konkurrenten bei Lieferung von Samen und bei Geschäftsbedingungen.

---

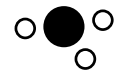
630 Vorabklärung und vorsorgliche Massnahme, abgedruckt in RPW 1997, 36. Durch Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wird die vorsorgliche Massnahme wegen fehlender Zuständigkeit des die Verfügung erlassenden Sekretariates aufgehoben, in RPW 1997, 243 ff. «Künstliche Besamung (vorsorgliche Massn.)» (bestätigt in BGerE vom 3.11.1997 in RPW 1997, 618).

631 Zum Verhalten der Zuchtverbände vgl. die Beratung des Sekretariates der Wettbewerbskommission in RPW 1999, 597 ff. Insbesondere wurde in der Beratung ein diskrimierungsfreier Informationsfluss angestrebt.

Der «Natursprung» zur Fortpflanzung wird praktisch nur noch im Eigenbestand durchgeführt (20% der Besamungen); er ist wie der Embryotransfer u.a. aufgrund höherer Kosten bei Bezug von «Spitzengenetik» kaum Substitut zur künstlichen Besamung. Im Markt für künstliche Besamung (Vermittlung und Applikation) hält der SVKB einen Anteil von 90-94%; im Markt sind zwei weitere Anbieter tätig und ein Anbieter wird demnächst die notwendige Bewilligung für den Markteintritt erhalten. Den Druck potentieller Konkurrenten erachtet die Wettbewerbskommission als gering, da die Verhaltensweisen des SVKB marktschliessend sind und eine aufwendige Bewilligung für künstliche Besamung eingeholt werden muss. Der SVKB ist daher als marktbeherrschend zu qualifizieren. Die Exklusivlieferverträge mit Tierärzten behindern die Konkurrenten beim Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes; zwar sind nur 18% der Besamer Vertragstierärzte, doch tätigen diese – neben eigenen Besamungstechniker – doppelt so viele Besamungen wie andere Tierärzte, auf die 10% des Marktes entfallen. Gründe dafür sind die Belieferung mit besseren Samen und die Gewährung günstigerer Konditionen für Vertragstierärzte (Einschränkung des Absatzes anderer Besamer nach Art. 7 Abs. 2 lit. e KG). Die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen des SVKB werden daher als unzulässig erklärt. 403

n) Swisscom – Angebot von Mietleitungen

Fundstelle:	RPW 1999, 375[632]
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 31. August 1999
Typ:	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, Erzwingung unangemessener Preise



Beklagt wird die Einschränkung des Angebots an Mietleitungen durch die Swisscom, verbunden mit Preiserhöhungen. Im Markt für Mietleitungen ist die Swisscom marktbeherrschend; es gibt keine Anbieter, die ein entsprechendes, gleichwertiges Netz anbieten könnten; Swisscom hält auch die weitaus grössten Marktanteile in diesem Bereich.[633] Der Aufbau leistungsfähiger Netze ist aber zumindest in 404

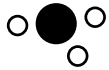
[632] Auf eine Beschwerde gegen den Entscheid tritt die Rekurskommission in RPW 2000, 100 ff. nicht ein, da keine beschwerdefähige Verfügung vorliegt.

[633] Gleiches stellt das Sekretariat der Wettbewerbskommission im Bereich der öffentlichen Telefonzellen fest. Im Markt für den Weiterverkauf von Fernmeldedienstleistungen über Publifone gibt es nur einen weiteren Anbieter, der etwa 200 Zellen unterhält; vgl. RPW 2001, 232 ff. «Publifon Gebühren».

Gang. Im Nahbereich (local loop) herrscht zudem weder aktuelle noch potentielle Konkurrenz, da entsprechende Alternativen noch nicht verfügbar sind (CATV-Netze, WLL); der Aufbau eines eigenen Netzes stellt aufgrund hoher Investitionen eine hohe Markteintrittsbarriere dar.[634] Die Einschränkung des Angebots (Streichung von Kupferkabelangeboten) ist allerdings auf eine Modernisierung des Netzes zurückzuführen; Alternativen sind vorhanden. Auch sind die Preisverschiebungen auf Erkenntnisse einer Kostenrechnung zurückzuführen. Ein unzulässiges Verhalten liegt nicht vor.

o) Bahnhofskioske

Fundstelle:	RPW 1999, 400
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 5. Juli 1999
Typ:	Vertikale Wettbewerbsbeschränkung[635], Behinderung des Marktzugangs



405 Beklagt wird, dass die Kiosk AG für das Exklusivrecht zum Verkauf von Presseerzeugnissen überhöhte Preise zahlt. Der Vertrieb von Presseerzeugnissen (über Kioske) weist Eigenschaften eines natürlichen Monopols auf; dies aufgrund Bündelungsvorteilen für die liefernden Verlage und der Logistik (Bestellungen, Sortierung, Rücknahme von Exemplaren). Die Kiosk AG ist demnach auch das einzige Unternehmen im Markt, das eine solche Dienstleistung anbietet. Potentielle Konkurrenz ist gering, da Exklusivverträge mit den wichtigsten Verlagen abgeschlossen wurden und diese ihrer Bündelungsvorteile durch Belieferung eines einzelnen Unternehmens nicht verlustig gehen wollen. Zudem müssten auch Anbieter in

---

634 Hingegen geht die Wettbewerbskommission in ihrem Gutachten vom 7.2.2000 im Interkonnektionsverfahren Commcare AG/Swisscom AG in RPW 2000, 70 ff., im Gutachten vom 19.3.2001 in RPW 2001, 348 ff. im Interkonnektionsverfahren diAx/Swisscom AG sowie im Gutachten vom 10.4.2001 im Interkonnektionsverfahren MCI WorldCom und DiAx vs. Swisscom AG von einer marktbeherrschenden Stellung der Swisscom nur noch im local loop und den Implementierungsdiensten aus; im Fernnetz, bei den Transitdiensten und den Auskunftsdiensten bestünden i.d.R. Alternativen anderer Anbieter oder zumindest potentieller Wettbewerb. Im Markt für Breitbanddienstangebote an Endkunden und Fernmeldedienstanbieter ist die Swisscom wahrscheinlich noch marktbeherrschend; allerdings ist die beherrschende Stellung der Swisscom im Hinblick auf die bevorstehende breite Einführung neuer Technologien (CATV-Netze, WLL, UMTS) bald neu zu beurteilen, zumindest bei Beurteilung der potentiellen Konkurrenz; vgl. RPW 2001, 73 ff., 78 f. «xDSL-Dienste der Swisscom».

635 Dazu II/9.2.1, h).

benachbarten Märkten (im Ausland etc.) hohe Investitionen in den Aufbau eines Vertriebsnetzes tätigen. Die Marktgegenseite ist schwach. Der Kiosk AG kommt daher im Vertriebsmarkt für Presseerzeugnisse eine beherrschende Stellung zu; unzulässiges Verhalten (überhöhte Preise) konnte aber nicht festgestellt werden.

p) Schweizerische Meteorologische Anstalt

Fundstelle:	RPW 1999, 415[636,637,638]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 6. September 1999
Typ:	Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)



406 Beklagt wird, dass die Schweizerische Meteorologische Anstalt (SMA) Dritten meteorologische Basisdaten nicht zu gleichen Bedingungen zur Verfügung stellt wie den eigenen im Wettbewerbsbereich tätigen Diensten; die entsprechende Gebührenverordnung statte die SMA mit einem grossen Ermessensspielraum aus, so dass durch Diskriminierungen von Kunden der Wettbewerb verzerrt werden könne. Als einzige Betreiberin eines feinmaschigen Netzes von Messstationen, die zudem zu erheblichem Grad von der öffentlichen Hand finanziert werden, hat die SMA eine marktbeherrschende Stellung für Wetterbeobachtungsdaten der Schweiz inne; der Aufbau einen gleichwertigen parallelen Netzes ist schon aus Rentabilitätsgrün-

---

636 Vgl. auch die Vorabklärung des Sekretariates der Kartellkommission in VKKP 1996, Nr. 3, 45 f. Erste Empfehlung der Wettbewerbskommission abgedruckt in RPW 1997, 38. Zum Fall auch ZÄCH, Einzelfragen, 5 ff.

637 Vorsorgliche Massnahme gewährt in RPW 1998, 586 ff.

638 Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgrund Änderung der Rechtslage (Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Meteorologie und Klimatologie) und Sachlage (Kündigung des diskriminierenden Vertrags mit der SRG) gutgeheissen in RPW 2000, 461 ff. «Schweizerische Meteorologische Anstalt II»; vgl. die Kritik an dieser Praxis in FN II/592 und N 197. Das Bundesgericht hebt durch Entscheid vom 5.2.2001 (in RPW 2001, 210 ff. «Schweizerische Meteorologische Anstalt III») das Urteil der Rekurskommission auf. Zum Einen sei der Entscheid schon aufzuheben, da der SMA zum Zeitpunkt des Entscheids keine Rechtspersönlichkeit zukomme und sie somit nicht beschwerdefähig sei. Zudem sei die Verfügung der Wettbewerbskommission geradezu nichtig; ihr komme gegenüber dem Bundesamt keine Verfügungsgewalt zu. Die Gebührenverordnung der SMA begründe eine staatliche Preisordnung; die Gebühren werden durch Verfügung festgelegt; Verletzungen der Rechtsgleichheit und wettbewerbsrechtliche Vorbringen seien daher auf dem Wege der Verwaltungsrechtspflege zu rügen. Vgl. dazu die aufgrund Vernachlässigung funktionaler Aspekte kritische Besprechung des Entscheids bei BÜRGI, SMA II, 229 f. und AMSTUTZ, Funktion, 248 ff.

den unwahrscheinlich (potentielle Konkurrenz). Aus historischen Gründen ist die SMA auch alleinige Inhaberin von Klimadaten, die über ein Jahrhundert zurückreichen. Auch wird das Radarbild der Schweiz nur von der SMA – ebenfalls zu nicht kostendeckenden Preisen – angeboten. Ausländische Wetterdienste können das Radarbild der Schweiz nur zu einem von der SMA bestimmten Preis verkaufen. Hingegen sind für internationale Basisdaten und Vorhersageprognosen Alternativen verfügbar; die SMA ist hier nicht marktbeherrschend. Aufgrund eines Vergleichs von Offerten kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die SRG für vergleichbare Wetterdaten weniger als die Hälfte als private Anbieter bezahlt. Weder der Informationsauftrag der SMA, den auch die privaten Anbieter erfüllen, noch ein Prestigegewinn durch den Vertrag mit der SRG, auf den die SMA aufgrund ihrer Marktstellung nicht angewiesen ist, kann dieses Verhalten rechtfertigen. Das Verhalten ist daher unzulässig.

q) BKW FMB Energie AG

Fundstelle:	RPW 2000, 29
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Einstellungsverfügung vom 7. Februar 2000
Typ:	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)

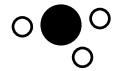


407 Die BKW FMB Energie AG verweigert die Durchleitung von durch die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg produziertem Strom für die UMS Schweizerische Metallwerke AG. Betroffen sind der Stromdurchleitungsmarkt und der nachgelagerte Stromlieferungsvertrag. Durch die Kontrolle (öffentlich-rechtliches Monopol) über die für die Stromversorgung der Verbraucher notwendigen Leitungen und Anlagen hat BKW wahrscheinlich eine marktbeherrschende Stellung in beiden Märkten. Es ist von einem kartellrechtlich unzulässigen Missbrauch auszugehen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich ohne objektive Rechtfertigungsgründe weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt als Wettbewerber tätig zu werden und auf diesem Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Offen gelassen wurde die Frage, ob das Verhalten im Sinne der im US- und EU-

Wettbewerbsrecht angesprochenen essential facility-Doktrin[639] auszulegen ist. Das Verfahren wurde aufgrund des Rückzugs des Antrags auf Durchleitung eingestellt.[640]

r) Terminaux de paiement

Fundstelle:	RPW 2001, 59
Behörde:	Sekretariat der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorabklärung, Schlussbericht vom 18. Dezember 2000
Typ:	Erzwingung unangemessener Preis (Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)



Beklagt werden die Preise für Terminals zur Abwicklung elektronischer Zahlungen mit Debit- oder Kreditkarten. Im Markt für diese Terminals waren bis 15. Dezember 1999 drei Unternehmen tätig, die 3C System AG und die Epsys AG sowie das Unternehmen ICP Paysys GmbH, das sich als Wiederverkäufer solcher Anlagen betätigt. 3C System hat die Epsys AG übernommen und hält nun 95% des Marktanteils, die ICP die restlichen 5%. Die potentielle Konkurrenz ist eher schwach, da die entsprechenden Terminals nur in der Schweiz verkauft werden können (eigener Standard) und mit scharfen Reaktionen seitens des eingesessenen Unternehmens im Falle eines Markteintritts zu rechnen ist. 3C/Epsys ist daher marktbeherrschend; allerdings kann kein missbräuchliches Verhalten des Unternehmens festgestellt werden. 408

s) Intensiv SA, Grancia

Fundstelle:	RPW 2001, 95
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 18. Dezember 2000
Typ:	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)



Disodent und Novadent beklagen das Verhalten der Intensiv SA, keine rotierenden Instrumente an sie zu liefern. Intensiv beliefert Dentalhändler aber nur bei Erfüllen gewisser Kriterien, u.a. bei gewährleisteter Kundenbetreuung durch einen Aussen- 409

---

639 Dazu ausführlich SCHINDLER, Wettbewerb, passim. Zur Anwendung der essential facility-Doktrin im schweizerischen Kartellrecht SCHINDLER, Wettbewerb, 171 ff. und PALASTHY, Durchleitung, 298 ff.

640 Diesbezügliche Abschreibungsverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in RPW 2000, 701 ff.

dienst, was Versandhändler nicht anbieten. Im schweizerischen Markt für rotierende Instrumente hält Intensiv trotz deutlich höherer Preise einen stabilen Anteil von 60%, gefolgt von Brasseler & Co GmbH mit 20% und Horico mit 5%; die restlichen Marktteilnehmer teilen sich 15%. Die Fähigkeit, deutlich höhere Preise bei stabilen Marktanteilen trotz Substituierbarkeit der Produkte aufrechtzuerhalten deutet, neben der hier vorliegenden ungleichen Marktanteilsverteilung auf eine beherrschende Stellung der Intensiv im Markt hin. Dies sei auf eine intensive Bearbeitung der Universitäten zurückzuführen, die dementsprechend auch ihre Ausbildung mit den erwähnten Geräten tätigen. Die potentielle Konkurrenz ist schwach, da viel Know How zur Herstellung rotierender Instrumente benötigt wird und der Erfolg stark vom Ruf der Firma abhängt. Die Marktgegenseite (Dentalhändler) sind schwach, wird ihre Nachfrage doch von den Zahnärzten und nicht von ihnen bestimmt. Es liegt daher eine marktbeherrschende Stellung vor. Auch ist es nicht notwendig, bei rotierenden Instrumenten – Verbrauchsmaterial – einen technischen Dienst vorzuschreiben. Das Verhalten ist demnach unzulässig.

t) Watt / Migros – EEF

Fundstelle:	RPW 2001, 255[641]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Untersuchung, Entscheid vom 5. März 2001
Typ:	Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)



410 Beklagt wird die Weigerung der Entreprises électriques fribourgeoises (EEF), Elektrizität der Watt Suisse AG zu verschiedenen Unternehmen der Migros in ihrem Versorgungsgebiet – jedenfalls vor der Marktöffnung – zu leiten. Die nur sehr beschränkt durch andere Energieträger substituierbare Elektrizität wird zum grössten Teil zentral produziert; der Konsument ist daher auf deren Herleitung durch Netze angewiesen. Im – geographisch vom jeweiligen Konsumationsstandpunkt abhängigen – Markt für die Übertragung und Verteilung von Elektrizität (überregional bzw. regional) gibt es keine alternativen Übertragungsnetze (aktuelle Konkurrenz). Potentielle Konkurrenz ist keine vorhanden, da alternative Transportnetze mangels Erteilung einer Plangenehmigung kaum erstellt werden dürften und eine werknahe Produktion durch Erstellung eines Elektrizitätswerks in der

[641] Vorabklärung abgedruckt in RPW 2000, 153 ff.

Nähe schon aufgrund der hohen Investitionskosten kaum realistisch erscheint. Die Marktgegenseite (Migros) ist schwach, konsumiert sie doch lediglich 5% der Energie der EEF und hat keine Ausweichmöglichkeiten. Das Unternehmen ist daher marktbeherrschend. Die Tätigkeit auf dem nachgelagerten Markt für die Lieferung von Energie ist nur durch Inanspruchnahme der Leistungen des vorgelagerten Markts, der Übertragung von Energie, möglich (essential facility-Doktrin[642]). Rechtfertigungsgründe für eine Verweigerung der Durchleitung sind keine gegeben. Da auch keine rechtlichen Vorschriften den Markt für die Lieferung von Energie ausschliesslich der EEF vorbehalten, ist die EEF zu einer diskriminierungsfreien Durchleitung von Energie durch ihre Netze verpflichtet.

u) Zwischenfazit

411 Die Praxis der Wettbewerbskommission zu unzulässigen Verhaltensweisen ist von Unternehmen geprägt, die aufgrund eines rechtlichen, faktischen oder natürlichen Monopols in ihrem relevanten Markt eine beherrschende Stellung innehaben. Es sind dies die ehemaligen Monopolbetriebe Post und Swisscom, deren Stellung aber langsam, immerhin, erodiert wird. Natürliche Monopole finden sich in Märkten, die stark von Netzeffekten und Bündelungsvorteilen profitieren. Dies ist der Fall bei den Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Bereich der Feinverteilung, beim Vertrieb von Presseartikeln, beim nur in der Schweiz vorgenommenen Batterierecycling, aber auch bei meteorologischen Messstationen, die zu einem grossen Teil von der öffentlichen Hand finanziert werden.

412 Andere Unternehmen können ab einem Marktanteil von ungefähr 60% als marktbeherrschend gelten. Weitere Faktoren sind aber in die Betrachtung miteinzubeziehen. So sind die Marktzutrittsschranken aufgrund des u.U. notwendigen Produktions-know hows und im Markt notwendiger Reputation, Exklusivlieferverträgen, Notwendigkeit eines eigenen Vertriebsnetzes und anderer hoher Anfangsinvestitionen, aber auch aufgrund rechtlicher Schranken (UVP, Bewilligungen, Schweizer Standards, etc.) meist relativ hoch. Ausländische Konkurrenten haben z.B. aufgrund des Abschlusses von Exklusivvertriebsrechten kein Interesse am Markteintritt. Die Marktgegenseite ist schwach.

---

642 Zur Anwendung der essential facility-Doktrin im schweizerischen Kartellrecht SCHINDLER, Wettbewerb, 171 ff. und PALASTHY, Durchleitung, 298 ff.

413 Teilweise sind Unternehmen aber auch in Märkten dominant, in denen sie gar nicht tätig sind. Dies ist dann der Fall, wenn diese Unternehmen aufgrund rechtlicher Kompetenzen oder beherrschender Stellung in vor- oder nachgelagerten Märkten in der Lage sind, die «Spielregeln» für einen Markt zu diktieren. Es sind dies die Zulassung von Frankiermaschinen durch die Post, die Verteilung von Subventionen an bestimmte Anbieter, die Möglichkeit der Swisscom zur Beeinflussung der Kosten von Anbietern im nachgelagerten Internet-Markt, die Kompetenz zur Festlegung von Normen bspw. im Baubereich, sowie die Zulassung von Wettkampfsportgeräten durch die Sportverbände.

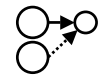
414 Die neuere Praxis ist geprägt durch die Anwendung der essential facilities Doktrin. Danach ist von einem kartellrechtlichen Missbrauch auszugehen, «wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich ohne objektive Rechtfertigungsgründe weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt als Wettbewerber tätig zu werden und auf diesem Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht.»[643] Die Praxis betrifft Landestege am Vierwaldstättersee und die Weigerung der Stromdurchleitung von Elektrizitätsversorgern.

[643] RPW 2000, 29 ff., 33 «BKW FMB Energie AG».

9.2.6 Unbedenkliche Zusammenschlüsse

a) Newtelco

Fundstelle:	RPW 1997, 46
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 17. März 1997
Typ:	Erlangung gemeinsamer Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)



Durch Beteiligung neuer Partner an Newtelco wird neu eine gemeinsame Kontrolle ausgeübt. Das Unternehmen selbst soll auf den schweizerischen Telekommunikationsmärkten tätig werden. 415

Auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens wird verzichtet, da die beteiligten Unternehmen im relevanten Markt zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses nicht über einen Marktanteil von 20% bzw. 30% im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU verfügen.[644] In diesem Bereich sind Zusammenschlüsse im Allgemeinen unbedenklich.[645] 416

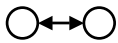
---

644 In diesem Sinne sind Neueintritte in bestehende Märkte oder Eintritte in neue Märkte i.d.R. zu beurteilen. Vgl. auch die Stellungnahme zum Unternehmenszusammenschluss in RPW 1997, 197 ff., 201 f. «Diax / SBCIS»; RPW 2000, 445 ff. «Airrange AG».

645 Vgl. die diesbezügliche Vermutung im systematischen Teil: II/2.2.1, d), N 87 und II/2.3.1. In neueren Fällen werden Berichte über vorläufige Prüfungen nur noch eingeschränkt publiziert, wenn keine betroffenen Märkte i.S.v. Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU vorhanden sind oder wenn nur geringe Marktanteile erreicht werden. Nur unter besonderen Umständen wird dann eine nähere Prüfung durchgeführt; vgl. RPW 1998, 274 «Thomson SA/Alcatel/Alsthom»; RPW 1998, 277 ff. «Batigroup Holding AG/Stamm-Gruppe»; RPW 1998, 412 «ESTEL»; RPW 1998, 420 f. «CHS Electronics/Vobis Microcomputer»; RPW 1999, 176 f. «Carrier Corporation/Toshiba Corporation»; RPW 1999, 177 f. «Axel Springer Verlag/Handelszeitung»; RPW 1999, 478 «Exxon/Mobil»; RPW 1999, 479 «Tele Züri AG»; RPW 1999, 482 ff «ITV/IVG – TUI (Suisse) AG»; RPW 1999, 601 «Georg von Holtzbrinck/Dow Jones»; RPW 2000, 40 «Basler Kantonalbank/Coop Bank»; RPW 2000, 43 «Dow Jones Reuters Business Interactive»; RPW 2000, 46 ff. «Sat.1 (Schweiz)/ Ringier AG»; RPW 2000, 53 «Beendigung Joint Venture BP Amoco/Mobil»; RPW 2000, 233 ff. «EM.TV/SLEC»; RPW 2000, 249 ff. «St. Galler Tagblatt AG/ Medien Z Holding»; RPW 2000, 253 ff. «NZZ-Gruppe/Bertelsmann AG (Software)»; RPW 2000, 255 f. «Gebr. Tobler AG/Alruma AG»; RPW 2000, 256 f. «Bon Appétit Gastronomie AG/Bell Gastro»; RPW 2000, 396 f. «Usego Hofer Curti AG/Groupe Magro SA»; RPW 2000, 411 ff. «Vodafone AirTouch/Vivendi/Canal +»; RPW 2000, 448 «Göhner Merkur AG»; RPW 2000, 450 ff. «HSBC Holdings plc/Crédit Commercial F»; RPW 2000, 453 ff. «Dai-Ichi Kangyo/Fuji Bank/IBJ»; RPW 2000, 636 ff. «Vivendi/Canal +/The Seagram Company»; RPW 2000, 639 ff. «Alcatel/Thomson Multimedia»; RPW 2000, 650 ff. «Banner.ch»; RPW 2000, 657 ff. «Vivendi Environnement/Novartis Int.»; RPW 2001, 118 ff. «Hypo- und Vereinsbank/Bank Austria»; RPW 2001, 125 ff. «Chase Manhattan/J.P. Morgan»; RPW 2001, 128 f. «Presse Publications SR/Senger Media»; RPW 2001, 132 ff.

b) SLB / GKB / BB Bank Belp

Fundstelle:	RPW 1997, 48
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 4. April 1997
Typ:	Fusion durch Annexion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)



417 Die Regionalbanken Spar + Leihkasse Bern (SLB), Gewerbekasse Bern (GKB) und die BB Bank Belp fusionieren; es handelt sich um Universalbanken mit Schwerpunkten im Grundpfandkreditgeschäft.

418 Auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens wird verzichtet, da in den räumlichen Märkten kaum Marktanteilsadditionen festzustellen sind; zudem bilden die Grossbanken und die Kantonalbanken die Schwergewichte im Markt. Der Markt ist offen, allerdings von Überkapazitäten geprägt (Marktzutrittsschranke), so dass keine Marktzutritte zu erwarten sind.

c) BKW – AEK / Comtop

Fundstelle:	RPW 1997, 51[646,647]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung (geschlossen am 17. April 1997)
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



419 Die BKW Energie AG (BKW) und die AEK Energie AG (AEK) gründen das Gemeinschaftsunternehmen Comtop zur Integration ihrer jeweiligen Telematikbereiche.

420 Auf die Einleitung eines Prüfungsverfahrens wird verzichtet, da das Unternehmen im räumlichen Markt einen Marktanteil von nur 2% erwartet. Zudem sind im Markt starke nationale und internationale Mitbewerber tätig.

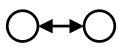
«Vivendi/Vivendi Environnement/EDF»; RPW 2001, 335 ff. «Landesbanken Hessen-Thüringen/Bayern»; RPW 2001, 342 ff. «Dipl. Ing. Fust/Electro plus».

646 Verwaltungssanktion ausgesprochen, vgl. RPW 1997, 237 ff. «BKW – AEK /Comtop II»; aufgehoben durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufgrund fehlender Passivlegitimation in RPW 1998, 460 ff. «BKW – AEK / Comtop III»; Verfahren eingestellt durch die Wettbewerbskommission in RPW 1998, 620 « BKW – AEK / Comtop IV».

647 Verlust der gemeinsamen Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen durch Aufnahme eines dritten Partners in RPW 1998, 89 «Comtop II».

d) Batigroup Holding AG

Fundstelle:	RPW 1997, 202
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 17.6.1997
Typ:	Fusion durch Universalsukzession (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)



Die im Baugewerbe tätigen Unternehmen Preiswerk Holding AG, Schmalz Holding AG und Stuag Holding AG fusionieren zur Batigroup Holding AG. 421

Die Fusion wird in den in der Baubranche abgegrenzten Märkten zu keinen Marktanteilen von 20% oder mehr führen. Da die gesamtschweizerischen Marktanteile weit unter 30% liegen, kann nicht von der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden; eine weitergehende, dynamische Betrachtung erübrige sich in diesem Fall.[648] 422

e) Thyssen Stahl AG / Krupp Hoesch Stahl AG

Fundstelle:	RPW 1997, 344[649]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Bericht (vollst. Meldung 28. Juli 1997)
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)[650]



Thyssen und Krupp Hoesch gründen das Gemeinschaftsunternehmen Thyssen Krupp Stahl, in das sie sämtliche ihrer Qualitätsstahl-Flach-Aktivitäten einbringen. Thyssen wird 60%, Krupp Hoesch 40% der Anteile halten; die Firmen werden Thyssen Krupp aber gemeinsam kontrollieren. 423

In den relevanten Märkten erreicht Thyssen Krupp kaum Marktanteile über 20%, ausgenommen in der Bandstahl/Spaltband-Produktion (45%). Aufgrund der Präsenz starker Konkurrenten mit hoher Umstellungsflexibilität, einem von Überkapazitäten geprägten, aber international offenen Markt (Qualitätsstahl flach wird zu 100% importiert) ist Thyssen Krupp nicht in der Lage, sich im Markt unabhängig zu verhalten; der relativ hohe Marktanteil verliert so an Bedeutung. 424

---

[648] So auch die Erweiterung des Unternehmens in RPW 1998, 277 ff. «Batigroup Holding AG / Stamm-Gruppe».

[649] Vgl. auch den nachfolgenden vollständigen Zusammenschluss der Konzerne in RPW 1998, 415 ff. «Krupp Hoesch / Thyssen»; II/9.2.6, x).

f) Merial

Fundstelle:	RPW 1997, 350[651]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 18.8.1997
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)[652]



425 Mit Vertrag vom 23. Mai 1997 bringen Rhône-Poulenc S.A. und Merck & Co. Inc. Teile ihrer Aktivitäten in das neue Gemeinschaftsunternehmen Merial ein; die Firmen sind im Pharma- und Chemiebereich tätig, Merial im Veterinärbereich (Veterinärmedizin und Zusatzstoffe für die Geflügelzucht).

426 Im Bereich Veterinärmedizin hält Merial Marktanteile von 15-35% (Endocide und Ectocide) bis zu 50-90% (Endectocide). Letzteren Markt teilt sich Merial zur Zeit nur mit Pfizer, allerdings erwartet die Wettbewerbskommission weitere Marktzutritte. Insgesamt wird im Bereich durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, da sich die Marktanteile von Rhône-Poulenc und Merck hier nicht überschneiden, potente Konkurrenten (Substitutionsmöglichkeiten) im Markt vorhanden sind und der Markt dynamischen Charakter aufweist. Im Bereich der Geflügelzucht hält Merial Anteile zwischen 30% (Geflügelfleischproduktion) und 70% (Legehennen und Trutenfleischproduktion). Auch hier ist der Zusammenschluss aus gleichen Gründen wie bei der Veterinärmedizin unbedenklich.

g) General Electric Capital Corporation / Bank Aufina

Fundstelle:	RPW 1997, 358
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Bericht (Meldung am 4. August 1997)
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



---

650 Parallelverfahren in IV/M.925 bzw. IV/ECSC.1243 «Krupp-Hoesch/Thyssen» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, b)

651 Verwaltungssanktion in RPW 1998, 98 ff. «Merial II»; der Entscheid wurde wegen fehlender Auswirkungen des Zusammenschlusses auf den schweizerischen Markt aufgehoben durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in RPW 2000, 690 ff. «Rhône-Poulenc/Merck», was nun durch das Bundesgericht korrigiert wurde (BGerE vom 24.4.2001, 2A.387/2000 «Rhône-Poulenc/Merck II»).

652 Parallelverfahren in IV/M.885 «Merck/Rhône-Poulenc – Merial» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, a).

Die General Electric Capital Corporation (GECC) erwirbt von der UBS AG die Bank Aufina AG (und deren Tochter Unileasing AG). Die Bank Aufina ist im Konsumkreditmarkt, die Unileasing im Autoleasingmarkt tätig. 427

Die Bank Aufina hält im Bereich Konsumkredite einen Anteil von 18%, hinter der Bank Prokredit des Bankvereins (42%) und der Credit Suisse (20%).[653] Im Autoleasing ist Unileasing mit 27% Marktführerin (vor der AMAG mit 15% und der CS mit 8%); potentielle Konkurrenz ist hier aus dem Kreise der Autoimporteure und -hersteller vorhanden. Es sind daher keine Anzeichen für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorhanden. 428

h) Migros / Globus

Fundstelle:	RPW 1997, 364
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 1. September 1997
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



Der Migros-Genossenschafts-Bund erwirbt die Mehrheit der Aktien der Magazine zum Globus und erlangt damit die Kontrolle über Globus; beide Unternehmen sind hauptsächlich im Detailhandel tätig. 429

Die betroffenen Angebotsmärkte umfassen verschiedene im Detailhandel erhältliche Güterbündel. Signifikante Marktanteile werden in den Sparten Nahrungsmittel, Kosmetik, Haushalt, Bürobedarf und Kinderbekleidung erreicht; die Anteile liegen zwischen 20% und 35%. Trotz teilweise signifikanter Marktanteilsadditionen nimmt Migros/Globus im Markt keine beherrschende Stellung ein. Starke aktuelle Konkurrenz ist vorhanden (Ketten oder Fachhändlermärkte), Markteintritte sind jederzeit möglich, v.a. aufgrund hoher Angebotsumstellungsflexibilität der Branche.[654] Spiegelbildlich betrachtet die Wettbewerbskommission die Beschaffungsmärkte; eine marktbeherrschende Stellung soll hier nur möglich sein, wo auch im Angebotsmarkt eine marktbeherrschende Stellung vorhanden ist, da Lieferanten dann auf diesen Absatzkanal angewiesen sind. Annahmegemäss geht die Wettbe- 430

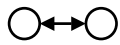
[653] Beachte auch den zu einer Duopolsituation führende Zusammenschluss in RPW 1999, 144 ff. «General Electric Capital Corporation/Bank Prokredit», der aufgrund starker potentieller Konkurrenz genehmigt wurde (II/9.2.6, dd)) und den ebenfalls als unbedenklich qualifizierten Zusammenschluss in RPW 1999, 602 f. «GE Capital/Lisca», II/9.2.6, kk).

werbskommission daher auf den Beschaffungsmärkten von den gleichen Marktanteilen aus wie bei den Angebotsmärkten.[655] Auch hier sei daher die Gefahr der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nicht gegeben.[656]

431 Aufgrund wirksamer aktueller und potentieller Konkurrenz (Angebotsumstellungsflexibilität) und insgesamt beschränkten Marktanteilen (höchstens 33%) der Zusammenschlusspartner ist keine Gefährdung wirksamen Wettbewerbs gegeben.

i) Valiant Holding / Bank in Langnau

Fundstelle:	RPW 1997, 515
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 29. Sept. 1997
Typ:	Fusion durch Annexion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)



432 Die Bank in Langnau soll als Tochtergesellschaft – nach erfolgter Annexion – in die Valiant Holding eingebracht werden, welche aus der Fusion der Banken Spar + Leihkasse Bern, Gewerbekasse Bern und BB Bank Belp entstanden ist.

433 Der Zusammenschluss ist unbedenklich, da keine Marktanteilsadditionen in den unterschiedlichen Tätigkeitsgebieten vorliegen. Die Bank in Langnau erreicht zwar in einem Bezirk 30% oder mehr Anteil, jedoch sind die Valiant-Banken dort nicht vertreten. Zudem ist auch diese starke Stellung nicht beherrschend, denn es existieren starke Konkurrenten. In Märkten, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen nicht 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen nicht 30% oder mehr beträgt, wird die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses vermutet. Es erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

---

654 Vgl. auch MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 17, FN 18.

655 Zur Spiegelbildtheorie kritisch ZÄCH, Kontrolle, 123 f. und ZÄCH, Spiesse, 380 ff.; Eher befürwortend SCHMIDHAUSER, Nachfragemacht, 849. Weiter auch RPW 1999, 247 ff. «Minolta»; II/9.2.4, h).

656 Vgl. auch die Untersuchung über die Konditionen beim Vertrieb von Markenartikeln im Detailhandel, in der keine Wettbewerbsabreden in der Branche festgestellt werden konnten; RPW 2000, 212 ff. «Vertrieb von Markenart. im Detailhandel».

j) Anzeiger von Uster / Druckerei Wetzikon AG

Fundstelle:	RPW 1997, 519[657]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 6. Oktober 1997
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



Die Druckerei Wetzikon AG übernimmt 33% der Aktien des Anzeigers von Uster von der TA-Media AG und übt fortan mit 73,3% der Aktien die alleinige Kontrolle über das Unternehmen aus; der Anzeiger wird nun in den Regionalteil des von der Druckerei Wetzikon herausgegebenen Zürcher Oberländers integriert. 434

Es ergeben sich keine Marktanteilsadditionen durch die Übernahme. Vielmehr entsteht für den Tages-Anzeiger ein neuer, unabhängiger Konkurrent im Bezirk Uster. Die Reichweite des Tages-Anzeiger beträgt 48%, diejenige des Anzeigers 23%. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich. 435

k) Credit Suisse Group / Winterthur Versicherungen

Fundstelle:	RPW 1997, 524
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 15. Oktober 1997
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[658]



Die Credit Suisse Group (CS) übernimmt die Winterthur Versicherungen im Rahmen eines öffentlichen Umtauschangebots. Die CS ist hauptsächlich im Bereich des Bankgeschäftes, die Winterthur hauptsächlich im Erstversicherungsgeschäft tätig; die Unternehmen haben aber schon vor dem Zusammenschluss kooperiert. 436

Im Bankenbereich ergeben sich aufgrund des Zusammenschlusses kaum Marktanteilsadditionen; die CS hält hier einen Anteil von 16-20% (im Aargau aber 36%). Im Markt für Einzel-Lebensversicherungen werden die Parteien einen Anteil von zusammen etwa 21% erreichen; es existieren hier aber starke Konkurrenten, so dass nicht von einer beherrschenden Stellung gesprochen werden kann (Swiss Life 27%, Zürich 13%, Basler Versicherungen 8%). Im Markt für berufliche Vorsorge haben die Parteien einen Anteil von zusammen 15% (Prämieneinnahmen) bzw. 437

[657] Verwaltungssanktion in RPW 1998, 92 ff.
[658] Parallelverfahren in IV/M.985 «Crédit Suisse/Winterthur» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, c).

25% (verwaltete Vermögen); auch hier sind starke Konkurrenten im Markt präsent. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

438 Die Wettbewerbskommission geht hier in erster Linie von den Marktanteilen aus, die bei Kumulationen in keinem Markt 30% übersteigen; in den Märkten ist jeweils starke, aktuelle Konkurrenz vorhanden. Es wird die Frage aufgeworfen, ob die starke Stellung im Bankenbereich des Kantons Aargau ev. auf den Versicherungsmarkt übertragen werden könnte.

l) ADtranz CH / Schindler Waggon AG

Fundstelle:	RPW 1997, 532
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 3. November 1997
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



439 Die ABB Daimler-Benz Transportation GmbH CH (ADtranz CH), Tochter des von ABB[659] und Daimler-Benz gegründeten Gemeinschaftsunternehmen ADtranz Berlin, übernimmt sämtliche Aktien der Schindler Waggon AG (SWG).

440 Im Markt für Zugsysteme hält ADtranz im Syndikat zusammen mit SWG und meist Fiat-SIG einen Anteil von 75% (Wagenzahl) oder 80% (Bestellvolumen). An Auftrags-Ausschreibungen beteiligen sich aber meist mehrere andere Anbieter, teilweise erfolgreich. Mit der Zunahme internationaler öffentlicher Ausschreibungen steigen auch die Chancen für aussereuropäische Unternehmen (potentielle Konkurrenz). Zudem ist die Marktgegenseite (insbesondere SBB und BLS) stark und hat Verhandlungsmacht, ausgenommen allenfalls bei Nachbestellungen und Modernisierungen. Das Innovationstempo im Markt hat sich stark erhöht. Auf-

[659] ABB zieht sich 1999 von ADtranz zurück (Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle); an der Wettbewerbssituation ändert sich dadurch nichts; RPW 1999, 175 f. «Daimler Chrysler AG/ADtranz». Ende 2000 verkauft DaimlerChrysler das Unternehmen an Bombardier, die insbesondere Luftfahrt- und Eisenbahnmaterial herstellt; RPW 2001, 129 ff. «Bombardier/ADtranz». Der Zusammenschluss führt nur im Bereich der Zugsysteme zu Marktanteilsadditionen, doch sind auch nach Ansicht der Wettbewerbskommission sehr hohe Marktanteile in Ausschreibungsmärkten tolerierbar (in casu bis 85%), solange der Wettbewerb bei der Vergabe spielt. Da die wichtigen internationalen Konkurrenten auch in der Schweiz offerieren (Siemens, Fiat, Alstom, Ansaldo, Talgo), ist auch dieser Zusammenschluss unbedenklich. Vgl. auch die gleiche Beurteilung in IV/M.1446 «DaimlerChrysler/ADtranz – ABB

grund der speziellen Beschaffenheit von Ausschreibemärkten liegt es primär bei den Nachfragern, Wettbewerb spielen zu lassen. Der hohe Marktanteil von ADtranz/SWG/Fiat-SIG ist daher aufgrund internationaler Ausschreibungen mit mehreren Teilnehmern tolerierbar; der Wettbewerb hat primär während der Vergabe stattzufinden.

m) Siemens / Elektrowatt

Fundstelle:	RPW 1997, 540[660]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Stellungnahme vom 1. Dezember 1997
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)[661]



Die Elektrowatt AG, ein im industrietechnologischen und Energie-Bereich tätiges Unternehmen, wird gespalten; der industrietechnologische Bereich wird vollständig von Siemens übernommen, der Energiebereich in eine neue Gesellschaft – die Watt AG[662] – eingebracht und durch ein deutsch-schweizerisches Energiekonsortium (80%) und die Credit Suisse (20%) übernommen. Siemens ist ein ebenfalls im industrietechnologischen Bereich tätiges, multinationales Unternehmen; das deutsch-schweizerische Energiekonsortium besteht aus den Nordostschweizerischen Kraftwerke AG, der Bayernwerk AG und der Energie-Versorgung Schwaben AG. 441

In den relevanten Märkten halten Siemens/Elektrowatt Anteile zwischen 20-95%; die Wettbewerbskommission konzentriert sich im Rahmen ihrer Untersuchung auf den Markt für Elektrizitätszähler (75-95%) und Verkehrsregelungsanlagen für den Strassenverkehr (bis 90%); andere Märkte, die nicht für die Einleitung der Prüfung ausschlaggebend waren, lässt die Wettbewerbskommission ausser acht, namentlich Gebäudeleittechnik (bis 60%), Payphones (85-95%), Gebäudesicherheitstechnik und Alarmzentralen (50-60%). Im Markt für Verkehrsregelungsanlagen nehmen Siemens/Elektrowatt führende Stellungen ein: im Produktemarkt war Siemens 442

Daimler Benz Transportation»; II/10.2.2, p) und der nur mit Bedingungen genehmigte Zusammenschluss IV/M.2139 «Bombardier/ADtranz» in II/10.2.2, ii).

660 Vorläufige Prüfung in RPW 1997, 385.

661 Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen für den Payphone-Markt in Deutschland in IV/M.913 «Siemens/Elektrowatt»; vgl. 10.2.2, d).

662 Vgl. nachfolgend II/9.2.6, n).

bisher alleine tätig (keine Marktanteilsaddition). In den dazu nachgelagerten Märkten Anlagenbau und Wartung ergeben sich Ergänzungen der bisher getrennten geographischen Tätigkeitsbereiche, so dass sich wohl die Marktanteile addieren, an der Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss aber keine Änderungen ergeben; zudem sind in diesen Märkten aktuelle Konkurrenten tätig (ca. 40%). Potentieller Wettbewerb ist gegeben: es sind keine natürlichen oder strategischen Marktzutrittsschranken erkennbar; bei Verkehrsregelungsanlagen handelt es sich um low-tech-Produkte, was einen Marktzutritt, namentlich aus benachbarten Märkten, vereinfacht. Die Marktgegenseite, v.a. Gemeinden, ist zudem in der Lage, Aufträge national auszuschreiben und einzelne Komponenten getrennt zu vergeben (z.B. Bau und Wartung an verschiedene Firmen zu vergeben).[663] Im Markt für Elektrizitätszähler sind Siemens/Elektrowatt (über die Tochter Landis & Gyr) aufgrund zahlreicher Markteintritte (ABB, Schlumberger, DZG, ENERMET) und erhöhtem Kostendruck bei den Elektrizitätswerken mit sinkenden Anteilen konfrontiert; auch verliert die an den Landis & Gyr-Zählern ausgerichtete helvetische Industrienorm stark an Bedeutung. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

443 Zusammenfassend: Trotz sehr hoher Marktanteile hält die Wettbewerbskommission den vorliegenden Zusammenschluss für unbedenklich. Gründe dafür sind, dass es sich um Beschaffungsmärkte handelt, wodurch durch die Marktgegenseite (Gemeinden, Elektrizitätswerke) bei der Vergabe ungeachtet der Marktanteile Wettbewerbsdruck erzeugt werden kann; zudem scheinen die Märkte angreifbar zu sein, sei es aufgrund des low-tech-Marktes, der Eintritte leicht ermöglicht (Verkehrsregelungsanlagen), sei es aufgrund erfolgreicher Marktzutritte international starker Wettbewerber, die eine Auswahl unter verschiedenen Angeboten trotz starker Marktstellung von Landis & Gyr zulassen (Elektrizitätszähler).

---

663 Daher bezeichnet ZÄCH, Kontrolle, 128 die Beurteilung des Falles als grundsätzlich richtig; wo sich die öffentliche Hand als einzige Nachfragerin nicht wettbewerbsmässig verhalte, könne auch kein wirksamer Wettbewerb entstehen. Auch HOFFET, Fusionskontrollrecht, 62 f. und 66 sieht in den hohen Marktanteilen hier nur ein starkes Indiz für den Einfluss, den ein Unternehmen auf einem bestimmten relevanten Markt auszuüben vermag.

n) Watt AG

Fundstelle:	RPW 1997, 558
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 4. Dezember 1997
Typ:	Erlangung gemeinsamer Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)[664]



Die Bayernwerk AG, Tochter des VIAG-Konzerns, die Energie Baden-Württemberg AG sowie die Nordostschweizerischen Kraftwerke AG erwerben die gemeinsame Kontrolle über die Watt AG, abgespaltene Tochter der Elektrowatt AG[665]. Die Unternehmen sind hauptsächlich im Energiebereich tätig. 444

Die Märkte im Elektrizitätsbereich (Produktion, Übertragung, Verteilung) sind aufgrund technischer Gegebenheiten eng miteinander verzahnt und lassen nur bedingt Wettbewerb zu (Durchleitung nur auf dem Weg des geringsten Widerstandes, etc.). Regional sind die Elektrizitätserzeuger schon vor dem Zusammenschluss in ihrem Verbundgebiet marktbeherrschend, national und international nehmen die beteiligten Unternehmen jedoch nur einen relativ geringen Anteil ein (37,3% bzw. 10%); es wird hier keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Auf dem Übertragungsmarkt Schweiz-Deutschland verfügen die Unternehmen über einen Anteil von 89%, sind aber vertraglich zur Strom-Durchleitung für andere Unternehmen verpflichtet (Europäisches Verbundnetz) und ihrerseits auf die Netze anderer Unternehmen angewiesen. Im Markt für Verteilung von Elektrizität verfügen die Unternehmen momentan über einen Marktanteil von 100% in ihren jeweiligen Verteilungsgebieten, wobei diese Märkte vom Zusammenschluss nicht betroffen sind (keine Marktanteilskumulation). 445

Zusammenfassend: Aufgrund der Besonderheiten des Elektrizitätsmarktes (gegenseitige Abhängigkeiten, angestammte Monopolpositionen ohne Marktanteilsaddition) wird durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. 446

---

664 Parallelverfahren in IV/M.958 «Watt AG (II)» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, e).
665 Zum Zusammenschluss Siemens/Elektrowatt II/9.2.6, m).

o) Fastbox Ticketservice AG

Fundstelle:	RPW 1997, 572
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 15. Dez. 1997
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



447 Die Credit Suisse (CS) und die Schweizerische Bankgesellschaft (UBS) gründen das Gemeinschaftsunternehmen Fastbox Ticketservice AG. Dieses bezweckt u.a. den Betrieb einer Ticketorganisation und den Vertrieb von Tickets.

448 Der Eigenvertrieb der Veranstalter macht den grössten Teil des Ticketverkaufsmarktes aus (63%). Nimmt man diesen Vertriebsweg aus und berücksichtigt nur die spezialisierten Vertriebsorganisationen, so hält Fastbox einen Anteil von 13%, nach dem Ticketcorner des Bankvereins mit 33%. In Märkten, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen nicht 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen nicht 30% oder mehr beträgt, wird die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses vermutet und es erübrigt sich eine nähere Prüfung. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

p) Roche / Corange

Fundstelle:	RPW 1998, 62
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 1. Dezember 1997
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)[666]



449 Die Roche Gruppe (Roche Healthcare Ltd.) erhält durch den Kauf von 100% der Anteile der Corange Ltd. die Kontrolle über deren Tochtergesellschaften Boehringer Mannheim (BM) und De Puy (DP). Die Hauptgeschäftsfelder von Roche liegen in der Herstellung und im Vertrieb von Pharmazeutika, Vitaminen, Feinchemikalien, Diagnostika, Riechstoffen und Aromen; BM ist Hersteller und Vertreiber von Diagnostika, Pharmazeutika und biochemischen Produkten, während DP orthopä-

[666] Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.950 «Hoffmann-La Roche/Böhringer Mannheim»; vgl. II/10.2.2, g). Trotz sehr dynamischen Marktgeschehen insbesondere im Bereich DNA-Sonden sind die Marktanteile von Roche stabil. Zusätzlich halte Roche Schlüsselpatente.

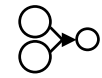
dische Implantate und Zubehör produziert. Vom Zusammenschluss betroffen sind die Märkte für Pharmazeutika und Diagnostika.

Im Pharmazeutikamarkt beträgt der Anteil von Roche 5-10%, derjenige von BM 0,5-1,5%; Roche/BM liegen damit an 2. Stelle, hinter Novartis, vor Glaxo Wellcome, Merck & Co. und Astra. In einzelnen Medikamentenmärkten nimmt Roche hingegen eine starke Stellung ein, die allerdings durch den Zusammenschluss nicht verstärkt wird. Starker internationaler Wettbewerb ist in diesem Bereich vorhanden, hingegen ist mit neuen Marktzutritten in der Grössenordnung von Roche kaum zu rechnen. Die Marktgegenseite wird hier vom Zusammenschluss aufgrund den Regeln der Sanphar nicht betroffen.[667] Im Markt für IVD-Diagnostika (in-vitro-Diagnostika) sind Roche/BM die weltweit grössten Anbieter. BM hat den grössten Marktanteil, vor Abbott und Roche; insgesamt sind 35 Unternehmen im Markt tätig; auch in den von BM dominierten Märkten gibt es jeweils mindestens ein Alternativprodukt. Der Markt weist eine hohe Dynamik auf; erforderlich sind Allianzen und Kooperationen, um den raschen Technologiewandel zu bewältigen. Sowohl im Markt für Pharmazeutika als auch im Markt für Diagnostika sind daher keine Anzeichen für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verzeichnen. 450

Trotz hoher Marktanteile von Roche/BM wird der Zusammenschluss zugelassen; Gründe dafür sind das Vorhandensein von mindestens einem Alternativprodukt in den betroffenen Märkten und die hohe Marktdynamik, welche u.U. rasche Verschiebungen von Marktanteilen erwarten lässt. 451

q) Diax Mobile AG

Fundstelle:	RPW 1998, 86
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 9. Januar 1998
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



Die Diax Holding, Tochter mehrerer Schweizer Elektrizitätsunternehmen und der Schweizer Rück, und die SBC International – Switzerland üben die gemeinsame 452

[667] Zu den Regeln der Sanphar über den Vertrieb von Arzneimitteln vgl. RPW 2000, 320 ff. «Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar»; II/9.2.3, g).

Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Diax Mobile aus; das Unternehmen soll im Mobiltelekommunikationsbereich tätig werden.

453 Da die Swisscom zur Zeit des Entscheides das Monopol auf dem relevanten Markt ausübt, halten Diax Mobile und die daran beteiligten Unternehmen in der Schweiz keine Marktanteile. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

r) Zschokke / Locher

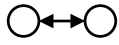
Fundstelle:	RPW 1998, 91
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme (Meldung 11.12.1997)
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)

454 Die Zschokke Holding AG erwirbt die Kontrolle über die Locher & Cie. AG; beide Unternehmen sind in der Baubranche tätig.

455 In keinem der abgegrenzten Märkte wird ein Marktanteil von 20% erreicht; es bestehen auch keine fixen Beziehungen von Locher zu anderen Unternehmen (Syndikate). Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

s) Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers & Lybrand

Fundstelle:	RPW 1998, 214
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Stellungnahme vom 20. April 1998
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[668]



456 Die Partner von Price Waterhouse (RPW) und STG-Coopers & Lybrand (SCL) vereinigen ihre weltweiten Netzwerke, fusionieren; die Unternehmen sind in den Bereichen Revision, Steuer- und Rechtsberatung, Unternehmensberatung, Corporate Finance und Treuhand tätig. Betroffen (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU) ist nur der

[668] Parallelverfahren in IV/M.1016 «Price Waterhouse/Coopers & Lybrand» im Ergebnis gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, j). Allerdings sieht die Europäische Kommission durchaus Anreize für kollusives Verhalten im Markt, kann aber keinen schlüssigen Nachweis für eine kollektive Marktbeherrschung erbringen. Eine Doppelfusion zugleich mit KPMG und Ernst & Young würde aber mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu einem Oligopol führen. Die Wettbewerbskommission dagegen schliesst auch in diesem Fall die Entstehung eines Oligopols mit «an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» (RPW 1998, 243 f.) aus.

Markt für Revision (Revision von nationalen und internationalen Grossunternehmen sowie Revision von KMUs); dabei müssen die Revision von Banken und Versicherungen getrennt betrachtet werden.

457 Auf dem schweizerischen Markt für die Revision von KMUs sind eine Vielzahl von Anbietern tätig; der Zusammenschluss begründet hier keine marktbeherrschende Stellung. In den Vordergrund rückt daher die Revision von Grossunternehmen. Diese werden vorzugsweise von den sechs (nach der Fusion: fünf) grössten Revisionsunternehmen geprüft; kleinere Revisionsgesellschaften können – aufgrund mangelnder Grösse (Internationalität) und Reputation – in diesen Markt nicht vordringen. In diesem Markt halten RPW/SCL einen gemeinsamen Anteil von 35-50%, vor KPMG mit 15-25%, ATAG Ernst & Young mit 10-20%, Arthur Andersen und Deloitte & Touche mit jeweils 0-5% als jeweils starke, verbleibende gleichwertige Konkurrenten. So haben Marktanteile im Markt für Revisionen als Ausschreibungsmarkt keine grosse Bedeutung, solange qualifizierte aktuelle und potentielle Konkurrenten im Markt sind (dies relativiere den starken Marktanteil im Versicherungsrevisionsmarkt von 60-80% [gemessen an Bruttoprämieneinnahmen der Versicherungen], wo drei starke Konkurrenten verbleiben). Potentielle Konkurrenz hingegen ist keine vorhanden, da die Kosten zum Aufbau eines weltweiten Netzes von Revisionsstellen gross sind und der Markt keine grosse Dynamik aufweist (hohe «switching costs» beim Wechsel der Revisionsgesellschaft und stagnierende Nachfrage). Auch ist die Stellung der Marktgegenseite tendentiell schwach (schwacher Kostendruck im Revisionsbereich, «switching costs»), wobei ein gewisses «Drohpotential» bei unkompetitivem Verhalten gegeben ist. Es ist unwahrscheinlich, dass RPW/SCL eine alleinige marktbeherrschende Stellung begründen können. Eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet der Zusammenschluss nicht, da die Voraussetzungen für oligopolistisches Verhalten im Markt nicht gegeben sind; im Vordergrund stehe in diesem Punkt die Marktintransparenz, namentlich die Produkteheterogenität, welche kollusionshemmend wirke. Zudem sei der Anreiz, bei einer Ausschreibung eine kollusive Verhaltensweise zu unterlaufen, sehr gross.

458 Zusammenfassend: Die Struktur des Revisionsmarktes als Ausschreibungsmarkt relativiert hohe Marktanteile einzelner Unternehmen (35-50%, bei Versicherungen 60-80%). Die aktuell im Markt tätigen Unternehmen werden als gleichwertig angesehen und stehen miteinander in starkem Wettbewerb. Die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung ist durch den Zusammenschluss nicht zu

lektiv marktbeherrschenden Stellung ist durch den Zusammenschluss nicht zu befürchten, da namentlich keine Markttransparenz gegeben ist und der Anreiz, kollusives Verhalten bei einer Ausschreibung zu unterlaufen, gross ist.

t) Curti & Co. AG / Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding

Fundstelle:	RPW 1998, 247[669]
Behörde:	Kammer Dienstleistungen der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 13. Mai 1998
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



459 Die Curti & Co. AG erlangt die alleinige Kontrolle über die zuvor mit der Feldschlösschen Gruppe gemeinsam kontrollierte Schweizerische Speisewagen-Gesellschaft Holding (SSG).[670]

460 Es ergeben sich keine Marktanteilsadditionen, da die Unternehmen in verschiedenen Branchen tätig sind. Die starke Stellung der SSG im Bereich Bahncatering (55% Anteil, vor Mitropa Suisse mit 35% und Anderen mit 10%) wird durch den Zusammenschluss nicht verstärkt. Ein Zusammenschluss kann unter solchen Umständen nur unter speziellen Bedingungen eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.[671]

u) Swisskey AG

Fundstelle:	RPW 1998, 252
Behörde:	Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 6. April 1998
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



461 Die Swisscom AG, die Telekurs Holding AG und die DigniSigna beabsichtigen die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Swisskey AG, das die Sicherstellung

669 Verwaltungssanktion ausgesprochen in RPW 1998, 613 ff. «Curti & Co. AG».

670 Gleich zu beurteilen ist der Zusammenschluss in RPW 1999, 478 «Bon Appétit Holding/ Usego Hofer Curti AG»

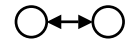
671 So z.B. auch in RPW 2000, 398 f. «TA Media AG/Verlag Finanz und Wirtschaft AG»; RPW 2000, 653 ff. «Bertelsmann Springer/EMAP Deutschland»; RPW 2000, 671 f. «Imprimeries Saint-Paul/Le Pays»; RPW 2001, 115 ff. «Bertelsmann Springer/Schück Söhne AG»; RPW 2001, 136 ff. «Hallwag/Büchler Grafino».

der Abwicklung elektronischer Transaktionen und deren Zertifizierung bezweckt. Kontrollierende Unternehmen sind die Swisscom und Telekurs.[672]

Im Markt für elektronische Zertifikate in der Schweiz wird Swisskey einzige Anbieterin sein; die wenigen zur Zeit nachgefragten Zertifikate liefern ausländische Anbieter (Verisign ist Marktführer mit einem nationalen und internationalen Anteil von 70%). Die Marktzutrittsschranken sind aber gering (geringe Investitionskosten, weltweiter Standard ermöglicht die Austauschbarkeit der Produkte), so dass Swisskey nicht die Bedingungen des Markt- oder Netzzugangs wird diktieren können. Eine vorübergehende Monopolstellung ist in diesem neu entstehenden Markt darum nicht schädlich. 462

v) Compaq Computer Corporation / Digital Equipment Corporation

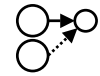
Fundstelle:	RPW 1998, 274
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme (Meldung 26.3.1998)
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[673]



Vom Zusammenschluss betroffene Märkte sind Personal Computers, low-end-Servers und Workstations. Die Märkte sind international ausgerichtet und sehr dynamisch (kurzer Produktelebenszyklus, viele Marktzutritte). Wirksame aktuelle Konkurrenz ist vorhanden, so dass durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründet wird. 463

w) Swisscom / UTA

Fundstelle:	RPW 1998, 412
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 13. Juli 1998
Typ:	Erlangung gemeinsamer Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)



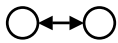
672 Umstritten ist hier das Vorliegen eines VGU im Sinne von Art. 2 VKU (fehlendes Einbringen von Geschäftstätigkeiten); begründet wurde die Unterstellung unter Art. 2 VKU durch das Einbringen von Sacheinlagen (Hard- und Software, die allerdings auch im Markt erhältlich sind) und Aufgabe potentieller Geschäftstätigkeit der beteiligten Unternehmen (Konkurrenzverbot).

673 Parallelverfahren in IV/M.1120 «Compaq/Digital» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, i).

464 Die Swisscom erlangt gemeinsame Kontrolle über die bisher von der Vereinigten Telekom Österreich Beteiligungs Ges.m.b.H. allein kontrollierten UTA Telekom AG, die als Telekommunikationsunternehmen in Österreich tätig ist (Die Meldepflicht ergibt sich hier aus Art. 9 Abs. 4 KG). Die UTA ist nur in Österreich tätig und wird auch langfristig keine starken Marktanteile erreichen, so dass trotz der starken Stellung der Swisscom in der Schweiz (bei Annahme eines internationalen Marktes) keine wettbewerblichen Bedenken bestehen.[674]

x) Fried. Krupp AG Hoesch Krupp / Thyssen AG

Fundstelle:	RPW 1998, 415[675]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 8. Juli 1998
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[676]



465 Die Fried. Krupp AG Hoesch Krupp und die Thyssen AG fusionieren; die Unternehmen sind beide hauptsächlich im Stahl/Industrieanlagen-Bereich tätig. In den Märkten aus den Bereichen Stahl und Industrieanlagen erreichen die Parteien zusammen Anteile zwischen 30-60%. Allerdings ergeben sich nur in drei Märkten Anteilsadditionen. In diesen Märkten sind die Unternehmen wirksamer aktueller Konkurrenz ausgesetzt. Im Markt für Spezialprofile ist lediglich noch ein Anbieter tätig, der allerdings seinen Marktanteil zulasten von Krupp in den letzten Jahren stark steigern konnte, so dass kein Anzeichen für kollusives Verhalten vorliegt; in diesem Bereich liegt auch keine Marktanteilsaddition vor. Der Zusammenschluss wird daher ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen.

---

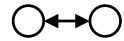
674 Gleich gelagert ist der Zusammenschluss in RPW 1999, 480 f. «Swisscom / Debitel». Debitel weist in Deutschland einen Marktanteil von 14% auf und ist in der Schweiz nicht tätig. Es ergeben sich keine Marktanteilsadditionen im schweizerischen Markt.

675 Vgl. schon den Zusammenschluss in RPW 1997, 344 ff. «Thyssen Stahl AG / Krupp Hoesch Stahl AG»; dazu II/9.2.6, e).

676 Parallelverfahren in IV/EGKS.1278 «Thyssen/Krupp» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, k).

y) Daimler-Benz / Chrysler

Fundstelle:	RPW 1998, 418
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme (Meldung 13.7.1998)
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[677]



Die Daimler-Benz AG und die Chrysler Corporation fusionieren; die Unternehmen sind insbesondere im Automobilbau tätig. Betroffen vom Zusammenschluss im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU ist nur der Markt für Sportcoupés, in dem Daimler-Benz einen Anteil von 20,4% und Chrysler einen Anteil von 0,4% hält. Die Marktanteilsaddition ist sehr gering; es gibt zudem eine Vielzahl von Anbietern. Der Markt ist innovativ und dynamisch. Es sind daher keine Anhaltspunkte für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung gegeben und der Zusammenschluss ist ohne Weiteres zuzulassen. 466

z) Exxon / Shell

Fundstelle:	RPW 1998, 600
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfass. (Meldung 20.7.1998)
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)[678]



Exxon und Shell gründen das Gemeinschaftsunternehmen Infineum, welches die Geschäftstätigkeiten der Unternehmen im Bereich Schmierstoff- und Kraftstoffzusätze (Additive) übernimmt. Nur eines dieser Produkte erreicht einen Anteil von etwa 20%, wovon zudem 75% in der Exxon-Gruppe selbst abgesetzt werden. Shell hat keines dieser Produkte ausserhalb des Konzerns abgesetzt, wodurch lediglich ein potentieller Konkurrent vom Markt ausscheidet. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.[679] 467

---

677 Parallelverfahren in IV/M.1204 «Daimler Benz/Chrysler» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, m).

678 Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.1137 «Exxon/Shell»; vgl. II/10.2.2, l). Die Europäische Kommission geht im Markt für VI improvers bei Marktanteilen von >50% und hohen Marktzutrittsschranken von einer beherrschenden Stellung aus.

679 Das Ausscheiden eines potentiellen Konkurrenten aus dem Markt wird auch in der Beratung bzgl. Eureko Allianz als unbedenklich erachtet; RPW 1998, 582 ff.; II/9.2.1, f).

aa) PubliGroup / Swisscom

Fundstelle:	RPW 1998, 601
Behörde:	Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 9. Oktober 1998
Typ:	Gründung zweier Gemeinschaftsunternehmen mit Kreuzbeteiligungen



468 Die PubliGroup und die Swisscom gründen die Gemeinschaftsunternehmen Publi-Direct und Swisscom Directories, die sie gemeinsam kontrollieren; die Unternehmen geben verschiedene Telefon- und Adressverzeichnisse heraus. Im Markt für (elektronische oder papiergebundene) Adressverzeichnisse nehmen die Unternehmen keine beherrschende Stellung ein, da weitere aktuelle Konkurrenten im Markt (z.B. Twix mit grösserem Marktanteil als Swisscom im Markt für elektronische Verzeichnisse) und vermehrte potentielle Konkurrenz (z.B.) durch Internetanbieter zu erwarten ist. Im Markt für Adressdaten selbst ist die Swisscom sehr stark (die Post oder Einwohnerkontrollen sind nur beschränkt in der Lage, dieselben Daten zu liefern); jedoch ergeben sich keine Marktanteilsadditionen durch den Zusammenschluss. Adressdaten werden zudem weiter an Dritte geliefert. Der Zusammenschluss wird daher ohne Weiteres zugelassen.

bb) Toni AG / Säntis Holding AG

Fundstelle:	RPW 1999, 93
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 1. März 1999
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



469 Die Toni AG erwirbt die Kontrolle über einige Tochtergesellschaften der Säntis Holding AG und benennt sich in die Swiss Dairy Food AG (SDF) um. Die Toni Gruppe stellt namentlich Käseprodukte, Milchpulver und Kaffeerahm her; die Säntis Gruppe stellt ebenfalls verschiedene Arten von Milchprodukten sowie Nahrungs- und Futtermittel her.

470 Zu unterscheiden sind die Absatzmärkte von SDF (Konsummilch, Milchprodukte, Käse, Konsumrahm, Butter und Milchpulver) und die Beschaffungsmärkte (Milch, Käse, Milchrahm und Sirtenrahm); die Märkte sind aufgrund des agrarpolitischen Grenzschutzes national relativ geschlossen (ausser Käse). Ausserdem sind die Märkte als Folge der lange verfolgten Preis- und Mengenstrategie im Bereich der Landwirtschaft von Überkapazitäten geprägt. SDF erzielt im Markt hohe Marktan-

teile (UHT-Milch 20-30%, Past-Milch 30-40%, Ice Cream 30-35%, Rahm 40-50%, Butter 60-70%, Magermilchpulver 45-55% und Vollmilchpulver 35-45%); auch in den Beschaffungsmärkten hat SDF eine starke Stellung (Milch 50-60%, Rahm 65-75%). Im Käsemarkt ist der Anteil von SDF aufgrund der europäischen Dimension des Marktes gering. In allen Märkten sind starke aktuelle Konkurrenten anzutreffen, die ihre Produktion angesichts der Überkapazitäten teilweise verdreifachen könnten. Zudem ist die Marktgegenseite – v.a. Migros und Coop, die zudem selbst als Produzenten auftreten – stark und übt auch preislichen Druck aus. Die Möglichkeit eines gezielten Preisdumpings zur Verdrängung aktueller Konkurrenten wird aufgrund deren Finanzstärke und den Ertragsschwächen von SDF ausgeschlossen. Die Angebotsumstellungsflexibilität der im Milchmarkt tätigen Unternehmen ist hoch und es können rasch auch benachbarte Märkte bearbeitet werden (teils wegen Koppelproduktion oder rasch umstellbaren Maschinen bei verwandten Produkten). Eine marktbeherrschende Stellung wird darum trotz teilweise hoher Marktanteile ausgeschlossen; bei einer weiteren Öffnung des Marktes würden diese zudem weiter relativiert.

cc) Deutsche Post AG / Danzas Holding AG

Fundstelle:	RPW 1999, 125
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 10. Februar 1999
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)[680]



Die Deutsche Post AG erwirbt 80% des Aktienkapitals der Danzas Holding AG. Die Deutsche Post ist hauptsächlich im Bereich des nationalen Postdienstes tätig, erbringt aber auch sonstige Transport- und Logistikdienstleistungen; Die Danzas ist ein global tätiges Transport- und Logistikunternehmen. Der Zusammenschluss hat komplementären Charakter; minimale Marktanteilsüberschneidungen ergeben sich nur im Bereich der Logistik. Betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU ist nur der Markt für internationale Expresssendungen; im Markt sind allerdings starke Konkurrenten anzutreffen und die Marktgegenseite ist stark (berücksichtigt meist mehrere Anbieter, schreibt Aufträge regelmässig aus). Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich. 471

[680] Parallelverfahren in IV/M.1410 «Deutsche Post/Danzas» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, o).

dd) General Electric Capital Corporation / Bank Prokredit

Fundstelle:	RPW 1999, 144
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Stellungnahme vom 18. Mai 1998
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



472 Die General Electric Capital Corporation (GECC) erwirbt 100% der Aktien der Bank Prokredit (BP) vom ehemaligen schweizerischen Bankverein. Die GECC ist eine Tochtergesellschaft der stark diversifizierten General Electric Corporation und im Bereich Finanzdienstleistungen (Konsumkredite, Leasing, Industriegüterfinanzierungen) tätig; die Bank Prokredit ist ebenfalls im Bereich Konsumkredite und Leasing tätig.[681]

473 Im Markt für Automobilleasing beträgt der Anteil von GECC / BP 30-40%; im Markt sind acht weitere grosse – neben zehn kleineren – Konkurrenten tätig mit kumulierten Marktanteilen von 55% (AMAG 15%, CS 8%). Einige Marktzutritte erfolgten durch Automobilimporteure (markengebundene Finanzierung), welche über grosse Finanzkraft verfügen. Auch im Markt für Konsumgüterleasing, wo Konsumkredite als Substitute einzubeziehen sind, kann der Zusammenschluss keine beherrschende Stellung begründen. Im Markt für Konsumkredite halten die Parteien bei Einbezug von Substitutionslösungen (Überziehungskredite, Kreditkarten, Kundenkarten von Warenhäusern, etc.) einen Anteil von 40-50%, gefolgt von der CS mit 10-20% und weiteren Marktteilnehmern mit Anteilen jeweils unter 5%. Die Marktanteile waren in den letzten Jahren stabil. Bei Beurteilung der aktuellen Konkurrenz ist von der Entstehung eines Duopols auszugehen. Namentlich die UBS und die Kantonalbanken (Lisca AG), die bisher nur eingeschränkt Konsumkredite vergeben, werden jedoch als potentielle Konkurrenten betrachtet, die jederzeit ohne Überwindung grosser Hindernisse in den Markt eintreten könnten; ausländische Banken haben nach Ansicht der Wettbewerbskommission jedoch hohe Marktschranken zu gewärtigen, da ev. ein Vertriebsnetz, sicher jedoch hohe Werbekosten für einen entsprechenden Bekanntheitsgrad aufgewendet werden müssten.

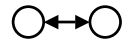
---

[681] Vgl. auch den vorhergehenden Zusammenschluss «General Electric Capital Corporation/Bank Aufina» in RPW 1997, 358 ff. und den nachfolgenden Zusammenschluss in RPW 1999, 602 f. «GE Capital/Lisca», die beide als unbedenklich qualifiziert wurden; II/9.2.6, g) bzw. kk).

Unter Einbezug der starken inländischen potentiellen Konkurrenz wird der Zusammenschluss daher zugelassen.

ee) BAT / Rothmans

Fundstelle:	RPW 1999, 255
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfassung (Meldung 3.3.1999)
Typ:	Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)[682]



474 British American Tobacco (BAT), viertgrösster Verkäufer von Zigaretten in der Schweiz, sowie Rothmans International B.V., zweitgrösster Verkäufer legen ihre Aktivitäten im Tabakbereich zusammen und werden fortan einen Anteil von 40% des Marktes, hinter Philip Morris, mit 46% halten. Aufgrund des intensiven aktuellen Wettbewerbs, der in erster Linie über das Image und nicht über den Preis geführt wird (60% des Zigarettenpreises machen Steuern aus) und eines sehr innovativen Marktes ist nicht von einer einzeln oder gemeinsam marktbeherrschenden Stellung der Zigarettenhersteller auszugehen. Gegen eine kollektive Marktbeherrschung sprechen auch die asymmetrische Struktur der Konzerne und der dynamische Markt (starkes Wachstum von Philip Morris).[683] Der Zusammenschluss wird daher ohne Weiteres zugelassen.

ff) Panalpina / Jacky Maeder

Fundstelle:	RPW 1999, 256
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfass. (Meldung 29.4.1999)
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



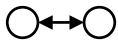
682 Parallelverfahren in IV/M.1415 «BAT/Rothmans» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, q).

683 In der Vorabklärung in RPW 2001, 235 ff. «Zigarettenpreise» räumt das Sekretariat ein, dass die Eingriffe des Staates auf dem Zigarettenmarkt einem allfälligen parallelen Verhalten der Zigarettenhersteller Vorschub leisten. So sind Preiserhöhungen nur in Jahren möglich, in denen die Tabaksteuer nicht erhöht wurde (Preisüberwacher); zudem sind aufgrund der Erfordernisse des Handels und der Beratungen mit der Oberzolldirektion Preiserhöhungen nur im ersten Quartal eines Jahres denkbar und müssen 3 Monate vorher angekündigt werden. Weitere staatliche Vorschriften (Aufdrucke für Preis und Warnungen) beschränken den Markt auf die Schweiz. Die Handlungsspielräume der Hersteller und des Handels sind daher aus wettbewerblicher Sicht stark eingeschränkt.

475 Die Panalpina Welttransport AG erlangt die alleinige Kontrolle über die Jacky Maeder Holding AG; die Unternehmen sind im Bereich Luft- und Seefracht tätig. Der kumulierte Marktanteil beträgt 35% (19% bzw. 16%), gefolgt von Danzas mit 11% und 90 weiteren Anbietern (die sechs nächstgrössten nach Danzas halten 26% Marktanteil). Der Markt ist dynamisch (Wachstumsmarkt) und ist international ausgerichtet. Es bestehen kaum Markteintrittsbarrieren (potentielle Konkurrenz); so konnten in den letzten fünf Jahren 30 Markteintritte verzeichnet werden. Der Zusammenschluss ist daher ohne Weiteres zuzulassen.

gg) Renault / Nissan

Fundstelle:	RPW 1999, 258
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfassung
Typ:	Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)[684]



476 Der Zusammenschluss ist gleich zu beurteilen wie Daimler / Chrysler[685]. Betroffen ist einzig der Markt für Mehrzweckfahrzeuge; dieser bildet allerdings nur einen Teilmarkt, ist sehr dynamisch (starke Marktanteilsschwankungen) und wird durch den Zusammenschluss nur marginal erhöht.[686] Der Zusammenschluss ist daher ohne Weiteres zuzulassen.

hh) ABB Handels- und Verwaltungs AG / Alstom SA

Fundstelle:	RPW 1999, 258
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfassung
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)[687]



477 Die ABB Handels- und Verwaltungs AG und die Alstom SA gründen das Gemeinschaftsunternehmen ABB Alstom Power NV; beide Unternehmen sind im Bereich

---

684 Parallelverfahren in IV/M.1519 «Renault/Nissan» gleich zu beurteilen; vgl. II/10.2.2, r).

685 Dazu II/9.2.6, y).

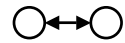
686 Nur sehr geringe Marktanteilsadditionen können nach Ansicht der Wettbewerbskommission i.d.R. nicht eine marktbeherrschende Stellung begründen; vgl. RPW 2000, 41 f. «Buchdruckerei Buchs/AG für die NZZ»; RPW 2000, 45 f. «Railtour Suisse/RailAway»; RPW 2000, 443 ff. «Nordic Capital/Hiag/Nybron».

687 Parallelverfahren in IV/M.1484 «Alstom/ABB» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, s).

Turbinen-Technik tätig. Auf dem Markt für Gasturbinen, Dampfturbinen, Hydrogeneratoren und fossilgefeuerten Boilern halten die Unternehmen sehr grosse Marktanteile, doch bewirkt der Unternehmenszusammenschluss kaum Marktanteilsadditionen. Die aktuelle Konkurrenz ist gross und stark (General Electric, Siemens/Westinghouse, Mitsubishi). Zudem handelt es sich um Ausschreibungsmärkte; die Marktgegenseite ist in der Lage, hier Druck auszuüben, was die Marktanteile relativiert.

ii) Hoechst / Rhône-Poulenc

Fundstelle:	RPW 1999, 484
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfass. (Meldung 15.7.1999)
Typ:	Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)[688]



Aus dem Zusammenschluss der Hoechst AG und der Rhône-Poulenc S.A. geht das neue Unternehmen Aventis hervor; das Unternehmen wird im Bereich Pharmazeutika und Pflanzenschutz tätig sein. Betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU gibt es lediglich im Bereich Pharmazeutika. Kumulierte Marktanteile, welche 20% oder mehr betragen sind keine zu verzeichnen; allerdings haben Hoechst in zwei Märkten und Rhône-Poulenc in sechs Märkten allein Anteile von über 30%. Aufgrund fehlender Marktanteilsadditionen, eines rückläufigen Umsatzes in diesen Bereichen, eines gewissen Rückstandes der Unternehmen im Entwicklungs- und Vermarktungsbereich gegenüber den Mitkonkurrenten und eines gesamthaft geringen Marktanteils (2,6% Marktanteil in der Schweiz und unter 5% Marktanteil weltweit) kann der Zusammenschluss aber ohne Weiteres zugelassen werden. 478

[688] Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.1378 «Hoechst/Rhône-Poulenc»; vgl. II/10.2.2, t). Im Gegensatz zur Wettbewerbskommission geht die Europäische Kommission im Bereich Pharma Klassifikation J1F ATC3 (Frankreich), Cobolaminen sowie den Medikamenten Revasc und Refludan von marktbeherrschenden Stellungen aus. Des weiteren verlangt die Kommission Zugeständnisse aufgrund beherrschender Stellungen in einzelnen Märkten im Bereich Getreidepflanzenschutzmittel, Isoproturon und Insektizide (Frankreich) sowie in einzelnen Märkten im Bereich Chemie und Veterinärmedizin.

jj) SBB AG / Transpetrol GmbH

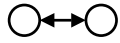
Fundstelle:	RPW 1999, 487
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfassung (Meldung 3.8.1999)
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



479 Die SBB AG und die Transpetrol AG gründen das Gemeinschaftsunternehmen ChemOil Logistics AG, das hauptsächlich Schienentransporte im Bereich chemischer Produkte und Mineralöle abwickeln soll. Im Bereich Mineralöle hat die SBB einen Marktanteil von 30%, vor der Strasse mit 27% und nach der Pipeline mit 43%. Im Bereich Chemieprodukte liegt der Anteil der Bahn bei 35%; auf der Strasse werden 65% des Volumens transportiert. Transpetrol ist hauptsächlich in Deutschland tätig und erzielt in der Schweiz kaum Umsätze. Der Zusammenschluss hat daher komplementären Charakter und kann, auch angesichts vieler aktueller Konkurrenten, ohne Weiteres zugelassen werden.

kk) GE Capital / Lisca

Fundstelle:	RPW 1999, 602
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfass. (Meldung 17.9.1999)
Typ:	Unternehmenszusammenschluss (Art. 4 Abs. 3 KG)



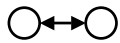
480 Mit den Übernahmen der Bank Aufina AG[689] und der Bank Prokredit[690] ist GE Capital in den schweizerischen Leasing- und Konsumkreditmarkt eingetreten. Die Lisca AG als Tochter der 24 Kantonalbanken ist in den Märkten Konsumkredit, Automobilleasing und Investitionsgüterleasing tätig. Durch den Zusammenschluss erhöht sich der Marktanteil im Markt für Konsumkredite und Automobilleasing um 0-5% auf ca. 40-50% bzw. 20-30%. Aufgrund starker Konkurrenz inländischer Finanzdienstleistungsunternehmen – es wurde allerdings auch schon von einem Duopol gesprochen[691] – und schwachen Marktzutrittsschranken wird der Zusammenschluss ohne Weiteres zugelassen.

---

689 II/9.2.6, g).
690 II/9.2.6, dd).
691 Vgl. RPW 1999, 144 ff. «General Electric Capital/Bank Prokredit»; II/9.2.6, dd).

ll) Alcan / Pechiney / Algroup

Fundstelle:	RPW 1999, 604
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfass. (Meldung 4.10.1999)
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[692]



Die Alusuisse Lonza Group AG (Algroup), die Alcan Aluminium Limited (Alcan) und die Pechiney SA fusionieren zum neu entstehenden Unternehmen MergeCo über einen Aktientausch via zwei unabhängige Übernahmeangebote. Die Unternehmen sind in den Industriebereichen Aluminium und Verpackung tätig; die Märkte sind weltweit oder zumindest europäisch abzugrenzen. Betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU sind die Märkte für Primäraluminium und Walzprodukte. Die Marktanteile für Primäraluminium betragen in der Schweiz 15-25%, im gesamten Markt 10-20%, weswegen die Wettbewerbskommission eine beherrschende Position ausschliesst. Im Markt für Walzprodukte beträgt der Anteil ca. 50% in der Schweiz, ca. 40% im Gesamtmarkt. Es sind zahlreiche weitere Konkurrenten im Markt tätig; aufgrund hoher Angebotsumstellungsflexibilität sind alle Walzwerke in der Lage, auch bisher vorzugsweise von MergeCo vertriebene Produkte herzustellen. Der Zusammenschluss wird daher ohne Weiteres zugelassen. 481

mm) Avec. (SBB / Migros / Kiosk AG)

Fundstelle:	RPW 2000, 36
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 3. Februar 2000
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



[692] Aufgrund erheblicher Bedenken der Europäischen Kommission wurde der Zusammenschluss IV/M.1715 «Alcan/Pechiney» zurückgezogen. Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.1663 «Alcan/Alusuisse»; vgl. II/10.2.2, x). Die Europäische Kommission geht von einem marktbeherrschenden Duopol im Bereich Flachwalzprodukte aus, da aufgrund von Verflechtungen der Parteien mit dem nächstgrössten Anbieter diesem Anreize zu wettbewerblichen Verhalten fehlen. Im Bereich Aluminium Trihydrate haben die Parteien mit 65-75% Marktanteil eine starke Stellung. Im Bereich Verpackungen ist der Marktanteil der Parteien mit 50-60% etwas geringer, doch sind die Konkurrenten von Lieferungen der Parteien abhängig.

482 Die SBB AG, der Migros Genossenschaftsbund und die Kiosk AG gründen das Gemeinschaftsunternehmen Convenience Management AG, das Dienstleistungszentren (Billette, Laden, Café, Kiosk) im Bahnhofsbereich betreiben soll. In ihren angestammten Märkten haben die beteiligten Unternehmen starke Stellungen, sind aber bisher kaum im Querschnittsbereich Convenience-Shops tätig. Der addierte zukünftige Marktanteil wird bei ca. 13% liegen. Das Marktpotential der beteiligten Unternehmen liegt bei etwa 26%. Der Zusammenschluss ist daher ohne Weiteres zuzulassen.

nn) Freecom / Dangaard

Fundstelle:	RPW 2000, 43
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 23. November 1999
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)[693]



483 Die Anteilseigner von Freecom und Dangaard beabsichtigen die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Dangaard Telecom Holding A/S mittels Einbringung der Geschäftstätigkeiten der genannten Unternehmen; diese sind im Grosshandel für Mobiltelefone tätig. Der Zusammenschluss führt zu Marktanteilsadditionen, doch ist dieser aufgrund namhafter Konkurrenten, niedriger Marktzutrittsschranken und starken Marktwachstums unbedenklich.

oo) Rheinmetall DeTec AG / Oerlikon Contraves AG und Oerlikon Aerospace Inc.

Fundstelle:	RPW 2000, 50
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfass. (Meldung 12.11.1999)
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



484 Die Rheinmetall DeTec AG übernimmt 100% der Aktien der Oerlikon Contraves und Oerlikon Aerospace; die Unternehmen sind im Bereich Wehrtechnik tätig und halten Marktanteile bis 90%. Die unstetige Nachfrage (grosse Abstände, grosse Mengen) führt zu hohen Marktanteilen, aber auch zu grossen Verschiebungen. Es

[693] Parallelverfahren in IV/JV.26 «Freecom/Dangaard» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, v).

sind weitere Konkurrenten im Markt tätig. Zudem führt der Zusammenschluss nur in einem Markt zu Anteilsadditionen.

pp) Volvo AG / Scania AG

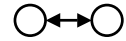
Fundstelle:	RPW 2000, 51
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfass. (Meldung 7.12.1999)
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)[694]



Die Volvo AG beabsichtigt die von der Investor AG gehaltenen Aktien der Scania AG zu kaufen; die Unternehmen stellen insbesondere Lastwagen her. Betroffen ist der Markt für schwere Lastwagen in der Schweiz (>16 t). In diesem Markt sind weitere Teilnehmer mit z.T. grösseren Marktanteilen tätig; der Markt ist sehr dynamisch (Marktanteilsadditionen). Der Zusammenschluss wird daher ohne Weiteres zugelassen. 485

qq) Gétaz Romang / Miauton

Fundstelle:	RPW 2000, 54
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 11. November 1999
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)



Die Gétaz Romang SA und die Miauton Holding SA fusionieren; die Unternehmen sind in der Baubranche tätig. In den verschiedenen betroffenen Märkten erreichen die Parteien Marktanteile bis zu 60% (Konstruktionsmaterialien bis 35+5%, Fliesen/Platten bis 50%, Badezimmer bis 50%, Sanitärrohrleitungen bis 35%, Klempnerwaren bis 50% und Lichtmasten bis 60%). In nur wenigen Märkten sind Marktanteilsadditionen zu verzeichnen (Konstruktionsmaterialien), der Zusammenschluss hat also in erster Linie komplementären Charakter. In den Märkten bleiben aktuelle Konkurrenten tätig; Unternehmen aus benachbarten Märkten (Deutschschweiz) können in den Markt eindringen. Im Markt für Badezimmer hält Gétaz Romang bis 50%, vor Sanitas Troesch mit 30% und weiteren Konkurrenten (die 486

[694] Parallelverfahren in IV/M.1672 «Volvo/Scania»; vgl. II/10.2.2, y). Der Zusammenschluss wurde untersagt, da sich in den nordischen Märkten für Lastwagen beherrschende Stellungen bilden würden.

Marktanteile werden aufgrund der Existenz weiterer, in benachbarten Märkten tätiger Konkurrenten relativiert); trotz der oligopolistischen Struktur des Marktes gibt es aktuelle und potentielle Konkurrenz. Im Markt für Lichtmasten ist aufgrund aktueller Konkurrenten, einer starken Marktgegenseite (institutionelle Nachfrager) und fehlenden kumulativen Effekten keine Verschlechterung der Wettbewerbssituation zu erwarten. Der Zusammenschluss wird daher ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen.

rr) Aerospatiale Matra / DaimlerChrysler Aerospace / Construcciones Aeronáuticas

Fundstelle:	RPW 2000, 66
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfassung (Meldung 1.3.2000)
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)[695]



487 Aerospatiale Matra, DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronáuticas gründen das Gemeinschaftsunternehmen European Aeronautic, Defense & Space Company N.V. (EADS); vom Zusammenschluss betroffen sind die Märkte für zivile Grossflugzeuge, Geschäftsflugzeuge und Helikopter. Im Markt für zivile Grossflugzeuge sind die Unternehmen bereits heute in Airbus Industries integriert; an der Wettbewerbssituation ändert sich somit nichts.[696] Geschäftsflugzeuge werden nur von einem Partner hergestellt, so dass der Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen führt; zudem sind aktuelle Konkurrenten im Markt tätig. Ebenfalls keine Auswirkungen zeitigt der Zusammenschluss im Bereich Helikopter, die schon heute gemeinsam von zwei Partnern hergestellt werden. Auch hohe Marktanteile (in der Schweiz bis 100%) sind hier unbedenklich für die Wettbewerbsverhältnisse, handelt es sich doch um Ausschreibungsmärkte (zyklische Beschaffung, institutionelle Nachfrager).

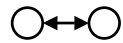
---

695 Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.1745 «EADS»; vgl. II/10.2.2, aa). Die Europäische Kommission geht im Markt für Satellitenausrüstung von einer beherrschenden Position aus.

696 Dies betrifft auch die in der Folge durchgeführte Umstrukturierung von Airbus, wobei das ganze Airbus-Geschäft unter einer Geschäftsführung, zusammen mit der britischen BAE Systems, in die Airbus Integrated Company zusammengelegt werden sollte; vgl. RPW 2000, 645 «Airbus» und IV/M.2061 «Airbus» in II/10.2.2, ff).

ss) VEBA AG / VIAG AG

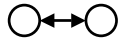
Fundstelle:	RPW 2000, 224
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 4. April 2000
Typ:	Fusion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[697]



Die VEBA AG und die VIAG AG fusionieren; die Unternehmen sind in den Bereichen Stromversorgung, Öl, Chemie, Distribution/Logistik, Telekommunikation, Immobilien-Management und Silizium-Wafer bzw. Stromversorgung, Chemie, Verpackung, Aluminium, Telekommunikation, Stahl- und Metallhandel tätig. Betroffen sei der Markt für Cyanurchlorid. Auf diesem ist Novartis in der Produktion (allerdings nur für eigene Bedürfnisse) führend, vor VEBA/VIAG und zahlreichen weiteren Anbietern. Trotz einer Marktanteilsaddition haben die Unternehmen auf dem Markt daher keinen Preissetzungsspielraum. Auch in einer dynamischen Betrachtung des Marktes sei der Zusammenschluss hier unbedenklich, da kein Patentschutz auf dem Produkt oder Herstellungsverfahren mehr bestehe und es relativ leicht herzustellen sei. 488

tt) Elf Aquitaine / TotalFina

Fundstelle:	RPW 2000, 228
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung, vom 17. Februar 2000
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)[698]



Elf Aquitaine erlangt durch ein öffentliches Übernahmeangebot die Kontrolle über TotalFina; die Unternehmen sind in den Bereichen Öl, Petrochemie und Spezialitätenchemie tätig; zu Marktanteilsadditionen kommt es lediglich im Bereich der Ölprodukte (für die Schweiz nur der Markt für Flugbenzin), wo starke aktuelle Konkurrenten tätig sind. Auf den anderen Märkten kommt es nicht zu einer Verstärkung der Stellungen (Aufgrund Produktionsstruktur und fehlendem Know How 489

[697] Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.1673 «VEBA/VIAG»; vgl. II/10.2.2, bb). Die Europäische Kommission geht im Markt für Cyanurchlorid und Natrium-Dicyanamid von einer beherrschenden Position aus, da Novartis die Produktion nur für eigene Zwecke verwendet und andere Anbieter die Position der Parteien nicht angreifen können.

[698] Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.1628 «TotalFina/Elf»; vgl. II/10.2.2, w). Marktbeherrschende Stellungen halten die Parteien allein auf französischen Märkten.

sind die Parteien keine potentiellen Konkurrenten in diesen Märkten). Trotz der schon oligopolistischen Struktur der Märkte wird der Zusammenschluss daher ohne Weiteres genehmigt; auch die auf europäischem Niveau getroffenen Massnahmen hätten positive Auswirkungen in der Schweiz.

uu) TUI / Kuoni

Fundstelle:	RPW 2000, 399 ff.
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 8. Mai 2000
Typ:	Erlangung gemeinsamer Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)

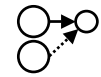


490 Die Kuoni Reisen Holding beteiligt sich mit 49% des Aktienkapitals an der TUI (Suisse) AG, einer Tochtergesellschaft der TUI Group GmbH; es ist aufgrund eines Aktionärbindungsvertrags mit Einstimmigkeitserfordernissen von einer gemeinsamen Kontrolle auszugehen. Die Unternehmen sind in der Reisebranche tätig.

491 Im Veranstaltermarkt halten die Unternehmen einen Anteil von 39-49%, vor Hotelplan mit 20-30%, Reisebaumeister mit 4-14%, FTI mit 1-8%, SSR mit 1-7% und Weiteren mit 10-20%. Mit den anderen Veranstaltern steht ein genügendes Angebot an Alternativen zu Kuoni-Reisen zur Verfügung. Auch ist die vertikale Integration der Reiseveranstalter weniger ausgeprägt als in der Europäischen Union, so dass alternative Flugzeugkapazitäten/Hotels für unabhängige Veranstalter zur Verfügung stehen. Aufgrund der weniger starken Symmetrie der Veranstalter als in der Europäischen Union schliesst die Wettbewerbskommission auch die Gefahr einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung aus. Im wachsenden Reisemarkt sind auch Marktzutritte neuer, u.U. spezialisierter Veranstalter zu erwarten, die aufgrund des weitgehend unabhängigen Vertriebsmarktes (Reisebüros) leicht Fuss fassen können. Auch ist die Marktgegenseite stark; häufig werden Reisen – auch dank erweiterten Buchungsmöglichkeiten über Internet – selbst gebucht. Eine marktbeherrschende Stellung im Veranstaltermarkt kann darum ausgeschlossen werden. Im Vertriebsmarkt hält TUI/Kuoni einen Anteil vom 35-45%, vor Hotelplan mit 15-25%, der TTS-Gruppe mit 10-20% und unabhängigen Reisebüros mit 20-30%; alternative Vertriebskanäle relativieren diese Anteile zusätzlich. Marktzutritte sind häufig zu verzeichnen, die Zutrittsschranken sind tief. Valable Wahlmöglichkeiten bleiben auch nach dem Zusammenschluss bestehen, so dass der Zusammenschluss ohne Weiteres zuzulassen ist.

vv) Bosch / Siemens, GU Demag Krauss-Maffei

Fundstelle:	RPW 2000, 448
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 25. August 2000
Typ:	Erlangung der gemeinsamen Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)[699]



Die Robert Bosch GmbH und die Siemens AG wollen die gemeinsame Kontrolle über die Mannesmann Demag Krauss-Maffei AG ausüben; andere Mannesmannunternehmen, die im Zuge des Zusammenschlusses erworben werden, allerdings die nötigen Umsatzschwellen für eine Meldung nicht erreichen, teilen die Unternehmen unter sich auf (darunter auch Mannesmann Dematic AG).[700] Das Unternehmen hält im Bereich Spritzgiessmaschinen einen Marktanteil von 30-35% vor seinen wichtigsten Konkurrenten mit 20% bzw. 11%. Aufgrund starker aktueller Konkurrenz, allgemein rückläufiger Marktanteile, dem Vorliegen eines internationalen, globalen Marktes und unter Berücksichtigung der von der Europäischen Kommission ergriffenen Massnahmen ist der Zusammenschluss unbedenklich. 492

ww) Thurgauer Medien AG

Fundstelle:	RPW 2000, 662
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 31. Oktober 2000
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



Die Huber & Co AG und die Ruckstuhl Gruppe beabsichtigen, die von ihnen herausgegebenen regionalen Tageszeitungen zusammenzuschliessen und neu unter dem Titel «Neue Thurgauer Zeitung» zu verlegen. Die Huber & Co wird aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung die neue Firma allein kontrollieren; zudem ist sie Eigentümerin des Lokalradio Thurgau, einer Web-Agentur und der Gratiszeitung 493

699 Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.2059 «Siemens/Dematic/VDO/Sachs»; vgl. II/10.2.2, cc).

700 Das Zusammenschlussvorhaben wurde in der Folge so geändert, dass Siemens die alleinige Kontrolle über die genannten Unternehmen ausüben kann; vgl. RPW 2001, 134 ff. «Siemens/Atecs Mannesmann AG». In der Folge wurde v.a. der Zusammenschluss Siemens/Mannesmann Demativ untersucht. Die Unternehmen, die Briefsortieranlagen herstellen, hätten durch den Zusammenschluss eine sehr starke Stellung eingenommen; Siemens sagte der Europäischen Kommission in der Folge den Verkauf von Mannesmann Dematic zu. Der

«Uster Nachrichten». Betroffen ist der regionale Werbemarkt und der regionale Lesermarkt. Der kumulierte Anteil im Werbemarkt beträgt 47,6%. Aufgrund verschiedener aktueller Konkurrenten (St. Galler Tagblatt, Regionalblättern, regionale Privatfernsehsender und Lokalradios ist der Zusammenschluss aber unbedenklich. Die Marktanteile im Lesermarkt betragen 60-70% ohne Berücksichtigung von Doppelabonnementen; allerdings sind hier teilweise starke aktuelle Konkurrenten im Markt anzutreffen, z.B. das St. Galler Tagblatt. Zunehmend werden alternative Medien als Alternativen zur Tageszeitung angesehen. Auch aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Zeitungen und der disziplinierenden Wirkung der Werbemärkte, deren Erfolg auf den Leserzahlen beruht, wird der Zusammenschluss ohne Weiteres zugelassen.[701]

xx) TeleDanmark (Sunrise/diAx)

Fundstelle:	RPW 2000, 673
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 22. November 2000
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



494 Die TeleDanmark übernimmt die Kontrolle über Sunrise Communications, diAx und dSpeed; die Unternehmen sind im Telefoniemarkt tätig. Betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU ist nur der Markt für den Internetzugang (15-35% Anteil), doch untersucht die Wettbewerbskommission aufgrund der besonderen Verhältnisse auf diesem erst kürzlich geöffneten Markt auch den Mobilfunkmarkt (<20% Anteil).[702] Aufgrund aktueller Konkurrenten wie Blu Win mit 35% Anteil nach Kunden und 49% Anteil nach Umsätzen, Swissonline, Agri.ch und Tiscali, geringer Marktzutrittsschranken und grosser Marktdynamik ist der Zusammenschluss im Internetbereich unproblematisch. Hingegen zeichnet sich der Mobilfunkmarkt durch hohe Marktzutrittsschranken, einer geringen Zahl aktueller Konkurrenten (Swisscom, Orange, diAx und wirtschaftlich unbedeutende pre-paid-Angebote von Sunrise und Tele2) und wenig disziplinierender Wirkung potentiel-

Zusammenschluss erzeugt bei der Wettbewerbskommission daher keine Bedenken bzgl. der Wettbewerbssituation.

701 Zur Argumentationsweise der Wettbewerbskommission im Falle des Zusammenschlusses von Medienunternehmen ausführlich II/9.2.7, a) und h).

702 In solchen Fällen wird normalerweise die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses von der Wettbewerbskommission vermutet, vgl. die Hinweise in FN II/645.

ler Konkurrenz aus. Der Zusammenschluss ändert aber an dieser Situation, die Anreize für kollusives Verhalten erzeugt, weder in statischer noch in dynamischer Betrachtung etwas. Im Festnetzmarkt ist weder eine allein marktbeherrschende Stellung (Swisscom zu stark) noch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung (zu hohe Zahl von Anbietern, geringe Zutrittsschranken) von TeleDanmark zu erwarten. Der Zusammenschluss wird daher zugelassen.

yy) SBB AG / Securitas AG

Fundstelle:	RPW 2001, 121
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 22. November 2000
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



Die SBB AG und die Securitas AG gründen das Gemeinschaftsunternehmen Securitrans AG, Public Transport Security, das Aufgaben der Bahnpolizei, des Objektschutzes (Bewachung) und die Baustellensicherung übernehmen soll. Im Bereich der Bahnpolizei besteht kein Markt, da aufgrund gesetzlicher Vorschriften jedes Bahnunternehmen diejenigen Beamten bezeichnet, die zur Ausübung der Bahnpolizei berechtigt sind. Im Objektschutz kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen, doch wird sich die Stellung des Gemeinschaftsunternehmens verstärken, da die SBB nun kaum mehr Aufträge an Dritte vergeben werden; der Objektschutz von Bahngebäuden macht jedoch nur einen kleinen Teil des Marktes aus. Bei der Sicherung von Bahnbaustellen vereinigen die beteiligten Unternehmen 30% des Marktanteils auf sich. Den weitaus grössten Teil halten die Gleisbauunternehmen selbst mit 50%, doch wird sich auch hier die Stellung des Gemeinschaftsunternehmens verstärken, da im Tätigkeitsbereich der SBB keine Aufträge an Dritte mehr vergeben werden dürften. Es besteht jedoch mit den Gleisbauunternehmen genügend aktuelle Konkurrenz. Der Zusammenschluss wird daher ohne Weiteres zugelassen. 495

zz) DyStar / BASF

Fundstelle:	RPW 2001, 141
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 12. September 2000
Typ:	Erlangung der gemeinsamen Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)[703]



496 BASF partizipiert am von den Unternehmen Bayer und Hoechst gegründeten Unternehmen DyStar und erlangt die gemeinsame Kontrolle mit den anderen Unternehmen; DyStar ist im Bereich Textilfärbemittel tätig und erreicht in den verschiedenen Märkten Anteile zwischen 10-20% und 20-30%; es sind jeweils mindestens drei weitere Konkurrenten im Markt tätig (Clariant, Ciba, Yorkshire-Group). Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

aaa) Shell Erneuerbare Energien AG / Siemens Solar GmbH (SSG)

Fundstelle:	RPW 2001, 332
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 26. Februar 2001
Typ:	Erlangung der gemeinsamen Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)[704]



497 Die Shell Erneuerbare Energien AG tritt dem Joint Venture von Siemens und E.ON Energie AG, der Siemens Solar GmbH, bei und wird ihre Aktivitäten im Bereich Solarenergie in das Unternehmen einbringen. Die Unternehmen sind im Bereich der terrestrischen Solarenergie tätig. Der Zusammenschluss ist unbedenklich, da in diesem weltweiten Markt eine Vielzahl von Wettbewerbern, 6 davon mit Anteilen zwischen 5 und 20% tätig sind. Der Markt ist zudem dynamisch und zeigt grosses Wachstumspotential.

bbb) Compass Group / Selecta Group

Fundstelle:	RPW 2001, 344
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 30. März 2001
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)[705]



[703] Parallelverfahren IV/M.1987 «BASF/Bayer/Hoechst–DyStar» gleich beurteilt; II/10.2.2, dd).
[704] Parallelverfahren IV/M.2367 «Siemens/E.ON/Shell/SSG» gleich beurteilt; II/10.2.2, hh).
[705] Parallelverfahren IV/M.2373 «Compass/Selecta» gleich beurteilt; II/10.2.2, jj).

Die Compass Group macht ein öffentliches Kaufangebot für alle Aktien der Selecta Group; die Compass ist im Gastronomiemarkt und am Rande im Vendingmarkt (Automaten), die Selecta v.a. im Vendingmarkt tätig. Der Marktanteil von Selecta in der Schweiz beträgt 60-80%; Compass ist nur marginal in der Schweiz tätig. Zudem sind eine Reihe weiterer aktueller Konkurrenten im Markt tätig und einige Getränkehersteller wollen in Zukunft mit eigenen Automaten auf den Markt drängen, der demzufolge offen ist. Der Zusammenschluss wird daher ohne Weiteres genehmigt. 498

ccc) Zwischenfazit

Der weitaus grösste Teil der angemeldeten Zusammenschlüsse kann aufgrund geringer Anteile im relevanten Markt zugelassen werden. Sind keine Märkte betroffen (ca. 30% Marktanteil), so erübrigt sich nach Ansicht der Wettbewerbskommission in den meisten Fällen eine weitergehende, dynamische Prüfung. Dies ist besonders dann der Fall, wenn ein Unternehmen durch einen Zusammenschluss erst neu in einen Markt eintritt. Nur in besonderen Fällen, wenn der betroffene Markt z.B. oligopolistische Strukturen aufweist, unterzieht die Wettbewerbskommission den Markt einer vertieften Kontrolle. Schafft ein Unternehmen einen neuen Markt, der noch von keinem anderen Unternehmen bearbeitet wird, so wird durch den Zusammenschluss eine (wenn auch vorübergehende) Monopolstellung begründet, die ohne Weiteres toleriert wird. 499

Komplementäre Zusammenschlüsse werden von der Wettbewerbskommission regelmässig als unproblematisch angesehen, da keine oder nur schwache (<5%) Marktanteilsadditionen zu verzeichnen sind. Solche Zusammenschlüsse werden vom Regelungssystem der Schweizer Fusionskontrolle auch nur unzulänglich erfasst. In die gleiche Richtung geht die relativ grosszügige Haltung der Wettbewerbskommission, wenn lediglich ein potentieller Konkurrent aus dem Markt ausscheidet. Dies betrifft z.B. ein Unternehmen, das nur für den Eigenbedarf produziert und nicht auf dem Markt auftritt; in diesem Fall werden die Marktanteile nicht kumuliert (Exxon / Shell). In einem anderen Fall zählte allerdings die Wettbewerbskommission – im Gegensatz zur Europäischen Kommission – ein nur für den Eigenbedarf produzierendes Unternehmen zu den aktuellen Konkurrenten (VEBA / VIAG). 500

501 Generell grosszügig beurteilt werden Zusammenschlüsse bei Vorliegen offener, internationaler Märkte. Die meisten dieser Märkte sind tatsächlich durch die Präsenz zahlreicher starker Konkurrenten geprägt, doch haben sich auch schon einige Märkte herausgebildet, die nur noch durch wenige grosse, internationale Teilnehmer gekennzeichnet sind, die aufgrund extrem hoher Marktzutrittsschranken unter sich bleiben (Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers & Lybrand). Auch Märkte, die sich durch eine hohe Marktdynamik, welche sich in starken Marktanteilsschwankungen, hohem Innovationstempo und vielen Marktzutritten widerspiegelt, auszeichnen, werden grosszügig beurteilt. In diesen Märkten können Unternehmenszusammenschlüsse und strategische Allianzen geradezu notwendig sein.

502 Sind starke Mitbewerber (z.B. wegen hoher Finanzkraft) im Markt tätig und damit gleichwertige Substitutionsmöglichkeiten vorhanden, oder stehen Marktzutritte kurz bevor, werden Zusammenschlüsse mit kumulierten Marktanteilen von bis zu 70% in der Regel ohne Weiteres zugelassen.

503 In die Prüfung einbezogen wird aber immer auch die potentielle Konkurrenz und die Marktgegenseite. Bei hohen Marktanteilen in einem eng abgegrenzten Markt spielt die Umstellungsflexibilität der Konkurrenten bei Beurteilung der Marktverhältnisse eine wichtige Rolle. Wichtig ist auch, dass die Konkurrenten über genügend Kapazitäten verfügen, zufallende Nachfrage aufzunehmen. Dies ist in einem darniederliegenden Markt in der Regel der Fall (Überkapazitäten). Sind die Überkapazitäten jedoch beim betroffenen Unternehmen allein angesiedelt, so bildet dies eher eine Marktzutrittsschranke (strategische Investition).

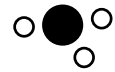
504 In Ausschreibungsmärkten (zyklische Beschaffung, institutionelle Nachfrager) sind die über einen längeren Zeitraum gewonnen Marktanteile ausschlaggebend. Wichtig ist, dass genügend potentielle, potente Konkurrenten bei einer Vergabe bereitstehen und diese auch eine reelle Zuschlagchance haben. In diesem Fall können auch hohe Marktanteile (in der Schweiz bis 100%) geduldet werden.

505 Steht die Frage einer kollektiven Marktbeherrschung im Vordergrund, wird geprüft, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind und ob ein solches Verhalten stabil, dauerhaft sein wird. Kriterien dafür sind die Erheblichkeit der Marktanteile, Symmetrie (des Duopols oder Oligopols), Verflechtungen, Marktzutrittsschranken, Substitutionswettbewerb und ausländische Wettbewerber, Marktstellung der Marktgegenseite sowie Marktphase und Gütereigenschaften.

9.2.7 «Qualifizierte» Marktbeherrschung

a) Publicitas / Gasser / Tschudi Druck

Fundstelle:	RPW 1997, 179[706]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Stellungnahme vom 2. Juni 1997
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



506 Die Gasser übernimmt durch Kaufvertrag 60% der Aktien der Tschudi Druck, Publicitas die restlichen 40% der Aktien. Da die Gasser die Mehrheit der Aktien innehat und die Mehrheit des Verwaltungsrates stellen wird, geht die Wettbewerbskommission von einer alleinigen Kontrolle aus.

507 Für die Wettbewerbskommission ergibt sich in den eher regional abgegrenzten Märkten keine Verstärkung z.T. bestehender marktbeherrschender Stellungen in den Leser- und Anzeigenmärkten, da sich die Tätigkeitsgebiete von Gasser und Tschudi Druck kaum überschneiden. Der Zusammenschluss wird daher ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen. In ihren Stammgebieten verfügen Gasser (GR) und Tschudi Druck (GL) allerdings faktisch über ein Monopol (85% bzw. 65% Marktanteil), da die anderen Verlage sich auf ein- bis dreimal erscheinende Lokalzeitungen beschränken. Substitution durch Radio/TV oder andere nationale erscheinende Tageszeitungen ist nach Ansicht der Wettbewerbskommission nicht möglich.[707]. Auch ist mit Marktzutritten kaum zu rechnen, da der Eintritt in grossem Ausmass erfolgen müsste und der Markt stagnierend ist[708]. Ein Markteintritt wäre demzufolge mit hohen Kosten und hohem Risiko verbunden ist.[709] Hingegen

---

706 Vorzeitiger Vollzug nach vorläufiger Prüfung bewilligt in RPW 1997, 54.

707 Ein Teil der Lehre betrachtet die Marktabgrenzung der Wettbewerbskommission im Bereich der Medienunternehmen als zu eng; insbesondere würde auch die Substitutionskonkurrenz unterschätzt; vgl. dazu HOFFET/HOEHN, Medienbereich, 232 ff.; REINERT, Zeitungsverlage, 443 ff.; SAXER, Medienrecht, 427 ff. In neueren Entscheiden schliesst sich die Wettbewerbskommission zumindest teilweise an diese Kritik an. Die Praxis der Kommission verteidigt RAAS, Medienbereich, 669 ff.

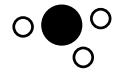
708 In einem obiter dictum bemerkte die Wettbewerbskommission, dass sie Mehrheitsbeteiligungen der Publicitas aufgrund deren überragender Finanzkraft und Stellung im Anzeigenmarkt als wettbewerbsrechtlich problematisch ansieht (vgl. auch den Verhaltenskodex für die Publicitas in VKKP 1994, Nr. 5, 194 ff. In diesem Sinne wäre eine gemeinsame Kontrolle der Tschudi Druck durch Gasser und Publicitas anders zu beurteilen gewesen (N 35).

709 Dazu auch MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 17, FN 18. Kritisch wird dieser Fall von ZÄCH, Kontrolle, 127 f. beurteilt: Der Markt hätte nicht auf den Kanton Glarus begrenzt werden dür-

wurde im Gasterländer Markt bei einem Anteil von 67% noch keine beherrschende Stellung angenommen, da zwei ebenfalls im Markt präsente Tageszeitungen mit einem Anteil von 17% und 11 % die zusätzliche Nachfrage bei Monopolverhalten der Gasser / Tschudi Druck aufnehmen könnten (Substitutionskonkurrenz). Ein Marktanteil von 33% (Sarganserland) wird als unbedenklich angesehen.

b) Le Temps

Fundstelle:	RPW 1998, 40[710,711]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Entscheid vom 1. Dezember 1997
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (Art. 2 Abs. 2 VKU)



508 Die Société Anonyme du Journal de Genève et de la Gazette de Lausanne, Herausgeberin der gleichnamigen Zeitschrift (JdG) und die Nouveau Quotidien ERL SA, Herausgeberin des Nouveau Quotidien (NQ) stellen die Produktion ihrer Titel ein und gründen ein neues Gemeinschaftsunternehmen, das fortan den Titel Le Temps herausgeben wird. NQ wird kontrolliert von der Edipresse, Herausgeberin verschiedener Titel in der französischsprachigen Schweiz (24 Heures, Le Matin, Tribune de Genève, etc.); JdG ist hingegen in einer Publikumsgesellschaft beheimatet. Jede Gesellschaft wird 47% der Titel von Le Temps halten, 6% der Aktien sind im Besitz der Redakteure; die Gesellschaften werden Le Temps gemeinsam kontrollieren.

509 Der Lesermarkt für überregionale Titel in der französischsprachigen Schweiz wird dominiert durch JdG und NQ mit je ähnlichen Marktanteilen (symmetrisches Duopol); durch den Zusammenschluss entsteht demzufolge eine Monopolsituation. Die grossen deutschsprachigen Titel können die dominante Position mit zusammen unter 15% Anteil nicht brechen, da sie – wie übrigens Titel aus Frankreich – nur beschränkt Substitute zur französischsprachigen Presse der Schweiz darstellen. Die Synergien zu anderen Edipresse-Titeln und deren Finanzkraft verstärken die Posi-

---

fen; die Tschudi Druck sei zudem vor dem Konkurs gestanden und hätte schon deshalb nicht als marktbeherrschend qualifiziert werden dürfen.

710 Vorläufige Prüfung in RPW 1997, 385.

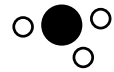
711 Wegen fehlender Legitimation wurde Beschwerden gegen den Entscheid von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (RPW 1998, 114 ff. «Le Temps II») und vom Bundesge-

tion zusätzlich. Titel auf benachbarten Märkten (Wochenblätter, TV) werden den Spielraum von Le Temps wenig einengen. Markteintritte sind aufgrund des laufenden Konzentrationsprozesses in der Presse und des kleinen französischsprachigen Marktes in der Schweiz kaum zu erwarten. Auf dem Lesermarkt für regionale Titel wird Edipresse durch den Zusammenschluss seine schon starke Stellung weiter konsolidieren (Genf mit Tribune de Genève und Lausanne mit 24 Heures). Auf dem Lesermarkt für überregionale und regionale Titel ist daher mit der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, welche die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs erlaubt, zu rechnen. Hingegen wird auf dem Anzeigenmarkt nicht mit einer zusätzlichen Verstärkung der ohnehin schon starken Position von Le Temps gerechnet. Der Zusammenschluss wird dennoch unter Auflagen genehmigt («failing company defence»[712]), da das JdG demnächst vom Markt verschwinden würde und dessen Marktanteil fast gänzlich NQ zufallen würde.

Zusammenfassend: Durch den Zusammenschluss wird der wirksame Wettbewerb auf den Lesermärkten beseitigt. Le Temps ist die einzige überregionale Tageszeitung der Romandie; den Markt für regionale Titel teilt sie sich in Genf und Lausanne mit anderen Produkten von Edipresse. Marktzutritte sind aufgrund des kleinen Marktes und des laufenden Konzentrationsprozesses nicht zu erwarten. Substitute für Le Temps gibt es nur beschränkt (deutschsprachige Zeitungen, Medien auf benachbarten Märkten wie Internet und TV, Titel aus Frankreich). 510

c) Schweizerische Post / BEVO

Fundstelle:	RPW 1998, 265[713]
Behörde:	Kammer Infrastruktur der Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 6. April 1998
Typ:	Erlangung gemeinsamer Kontrolle (Art. 2 Abs. 1 VKU)



Die Schweizerische Post übernimmt 50% der Aktien sowie die strategische und operative Führung der Berner Vertragungsorganisation AG (BEVO); das Unter- 511

richt (BGE 124 II 499 ff. «Le Temps III») abgelehnt; die aufschiebende Wirkung wurde der Beschwerde entzogen in RPW 1998, 123 ff.

712 Vgl. dazu ausführlich II/11.2.3, g), N 743.

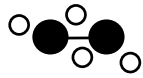
713 Vorzeitiger Vollzug wegen drohender Entlassung von Mitarbeitern bewilligt in RPW 1998, 268 ff.

nehmen wird nun gemeinsam mit der TA-Media AG und Berner-Tagblatt Medien AG kontrolliert.

512 BEVO ist zur Zeit neben der Post, die entsprechende Dienste sehr beschränkt anbietet, der einzige Anbieter von Frühzustellungen im Markt (kaum Marktanteilsadditionen). Marktzutritte sind allerdings geplant und potentielle Konkurrenz vorhanden (keine Marktzutrittsschranken durch bescheidene Investitionskosten und mehreren Unternehmen in benachbarten Märkten); allerdings kann die regional anfallende Nachfrage von mehreren Anbietern noch nicht kostendeckend bewältigt werden (natürliches Monopol)[714], doch weist der Markt für Frühzustellungen steigende Tendenz auf.

d) UBS / SBV

Fundstelle:	RPW 1998, 278
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Entscheid vom 20. April 1998
Typ:	Fusion durch doppelte Annexion (Art. 4 Abs. 3 lit. a KG)[715]



513 Die Schweizerische Bankgesellschaft UBS (SBG) und der Schweizerische Bankverein (SBV) fusionieren zur neuen UBS AG (UBS). Die Unternehmen sind im Bankgeschäft tätig.[716]

514 Betroffene Märkte sind der Markt für Hypothekarkredite und für Firmenkredite. Im Markt für Hypothekarkredite erreicht die neue UBS beachtliche Marktanteile; in sieben Kantonen liegen diese über 30%. Es sind jeweils bedeutende Mitbewerber vorhanden (in erster Linie die Kantonalbank, aber auch die Raiffeisenbanken, die Credit Suisse und kleinere Marktteilnehmer wie Migros und Coop Bank). Die UBS ist allein nicht in der Lage, einen beherrschenden Einfluss im Markt auszuüben; auch scheint die Gefahr einer kollektiven Marktbeherrschung (zusammen mit der

---

[714] Aus diesen Gründen konnte auch der Zusammenschluss in RPW 2000, 230 ff. «Südostschweiz Pressevertrieb AG» ohne Weiteres genehmigt werden. Gegenteilig wird der Markt allerdings vom Sekretariat der Wettbewerbskommission in RPW 2001, 239 ff. «Vertrieb von Werbematerialien» beurteilt; vgl. II/9.2.3, i).

[715] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in IV/M.1108 «SBG/SBV»; vgl. II/10.2.2, h). Die Unternehmen sind im Markt für Firmenkredite kaum in der EU tätig.

[716] Zu Bankenfusionen unter Schweizer Recht ausführlich MEIER-SCHATZ, Bankenfusionen, 185 ff., 190 ff.

jeweiligen Kantonalbank) nicht zu bestehen, da die weiteren, potenten Mitbewerber unkompetitives Verhalten ausnützen würden. Im Markt für Firmenkredite (unter 2 Mio. CHF) wurden nur Kantone/Märkte geprüft, in denen die UBS einen Anteil von über 30% hält. In diesen ist entweder die UBS gleichauf mit (meist) der jeweiligen Kantonalbank Marktführer (jeweils ca. 30%-40%, gefolgt von CS mit ca. 20-25%) oder die UBS hält allein die Marktführerschaft (ca. 45-60%, gefolgt von der CS mit 20% und der Kantonalbank mit 10-20%). Die übrigen Banken haben wesentlich geringere Bedeutung; ausländische Banken sind im Markt kaum tätig. Auch sind die Marktzutrittsschranken als hoch einzustufen: Die Informationskosten bei Expansion in ein neues Wirtschaftsgebiet sind hoch; es bestehen Schwierigkeiten, die Kunden vom Wechsel der angestammten Bank zu überzeugen (switching costs und Intransparenz bei Preisen); regulatorische Hürden verunmöglichen den KB die Expansion. Zudem ist die Marktgegenseite eher schwach, da oft vielfältige Abhängigkeiten zu einer Bank eingegangen werden (alle Zahlungsbeziehungen und Depots sind bei einer Bank, spezielle Finanzdienstleistungen sind ausgehandelt, etc.). Trotzdem schliesst die Wettbewerbskommission auf allen Märkten eine alleinige marktbeherrschende Stellung aus, gibt es doch gleichstarke oder zumindest vergleichbar starke Konkurrenten. Sie kommt aber zum Schluss, dass wahrscheinlich eine kollektiv marktbeherrschende Stellung entstehen könnte: die beiden stärksten Marktteilnehmer verfügen meist über ähnliche, zeitlich stabile Marktanteile (je 30-40%); die Kostenstrukturen der Universalbanken sind ungefähr gleich; die Markteintrittsschranken sind hoch; es besteht schwache Nachfrageelastizität aufgrund hoher switching costs; der Markt weist bescheidene Wachstumsraten auf und ist gesättigt; der Markt ist (für die Banken) transparent, ersehen sie doch aus den Kreditvertragsabschlussraten ihre Konditionen im Vergleich zu anderen Anbietern; die drei grössten Anbieter weisen mit 85-90% Marktanteil eine identische Interessenlage auf. Der Zusammenschluss wird darum nur unter Auflagen genehmigt (namentlich Verkauf von Bankstellen[717]).

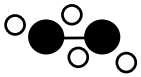
Zusammenfassend: In Märkten mit zwei gleich starken, sich tatsächlich konkurrierenden Anbietern kann eine marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen werden. 515

[717] Die Solothurner Bank SoBa AG wurde in der Folge an die Bâloise Holding AG verkauft. Die Zusammenschluss wurde aufgrund seiner prokompetitiven Wirkung und der geringen Marktanteilsüberschneidungen (im Hypothekarkreditmarkt erreichen die Parteien kumuliert einen Anteil von 25-31%) zugelassen; RPW 2000, 643 ff. «Bâloise Holding/Solothurner Bank».

Bei hoher Marktkonzentration, entsprechenden Marktbedingungen (Transparenz, Marktphase, Interessenlage) und fehlenden potentiellen Konkurrenten ist aber die Gefahr der Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung gegeben.

e) Bell AG / SEG-Poulets AG

Fundstelle:	RPW 1998, 392
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Entscheid vom 7. September 1998
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



516 Die Bell AG, eine Tochtergesellschaft der Coop-Gruppe mit Tätigkeitsbereich Produktion und Handel mit Fleischwaren, übernimmt die SEG-Poulets, ebenfalls mit Tätigkeitsbereich Produktion und Handel mit Fleischwaren, namentlich Geflügelschlachtung.

517 Vom Zusammenschluss direkt betroffen ist der Markt für Geflügelschlachtung und –zerlegung; Auswirkungen gibt es aber auch auf die Märkte Geflügelmast (die Mäster sind durch langfristige Verträge an Schlachthöfe gebunden) und Handel (erfolgt primär durch Grossverteiler und Detaillisten). Im Markt für Geflügelschlachtung[718] hält Optigal von Migros einen Anteil von 40-50%, gefolgt von SEG-Poulets (Coop) mit 30-40% und der Favorit AG (Coop) mit rund 7%; die weiteren Marktteilnehmer halten ebenfalls alle Anteile unter 10%. Nach dem Zusammenschluss kontrollieren Coop und Migros mit einem Anteil von je 40-50% zusammen 80-90% des Marktes. Auch auf der nachgelagerten Stufe Grosshandel/Import halten Coop und Migros mit ähnlichen Anteilen (20-30% bzw. 30-40%) einen Marktanteil von 50-70%; beachtlich ist, dass SEG bisher der wichtigste Lieferant für die unabhängigen Grosshändler ist. Im Detailhandel führt Migros den Markt mit 50-60% Anteil vor Coop mit 20-30% Anteil an; dieser Anteil wird allerdings relativiert durch den Einbezug des Gastronomiesektors. Coop und Migros verfügen als einzige über geschlossene Produktionsketten. Eine marktbeherrschen-

[718] Der Markt ist aufgrund der Agrar- und Zollgesetzgebung auf die Schweiz beschränkt (Inlandgeflügel muss aufgrund Importrestriktionen im Verhältnis 0,68:1 zu ausländischem Geflügel nachgefragt werden; die Schlachtung im Ausland gilt als passiver Veredelungsverkehr und kann nicht bei Verletzung von Inlandinteressen erfolgen; zudem wären Tiertransporte ins Ausland imageschädlich). Zu dem Dilemma der Wettbewerbsbehörden zwischen der hier

de Stellung von Coop allein kann angesichts der Position von Migros nicht angenommen werden; es besteht aber die Gefahr einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.[719] Aufgrund des Vorhandenseins zweier, den Markt dominierender Anbieter; einer symmetrischen Duopolstruktur durch beiderseits voll vertikal integrierte Wertschöpfungsketten; hoher Marktzutrittsschranken (fehlende potentielle Konkurrenz) durch hohe Investitionskosten/sunk costs (Geflügelschlachthöfe können nur für Geflügelschlachtung eingesetzt werden), gesetzliche Auflagen (Hygienevorschriften), Überkapazitäten und durch langfristige Verträge an Schlachthöfe gebundene Mäster; fehlender Substitutionsmöglichkeiten für Geflügelschlachtung; fehlender ausländischer Konkurrenz aufgrund regulatorischen und marketingtechnischen Gründen; schwacher Marktgegenseite (atomistische Struktur der Mäster, Grossverteiler besitzen selbst die Schlachthöfe); sowie einem stagnierendem Markt mit niedriger Innovation und homogenen Produkten ist die Gefahr kollusiven Verhaltens gegeben (faktisches Duopol).[720] Die Interessenlage der Grossverteiler ist die gleiche, so dass dauerhafter wirksamer Preiswettbewerb nicht zu erwarten ist. Der Zusammenschluss kann daher nur unter der Bedingung erfolgen, dass Coop die Favorit AG verkauft.

Zusammenfassend: Der Zusammenschluss findet auf einem abgeschotteten Markt mit zwei ähnlich starken Anbietern und kleineren unabhängigen Anbietern statt. Aufgrund der dominierenden Stellung der Marktführer mit gleicher Interessenlage muss mit der Entstehung eines faktischen Duopols gerechnet werden. 518

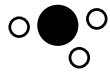
vorgenommenen kartellrechtlichen Intervention oder Abgabe einer Empfehlung an die Behörden zur Öffnung des Marktes SAURER, Deregulierung, 167 ff.

719 Die Wettbewerbskommission prüft dabei, ob Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind und ob ein solches Verhalten stabil, dauerhaft sein wird. Kriterien dafür sind die Erheblichkeit der Marktanteile, Symmetrie (des Duopols oder Oligopols), Verflechtungen, Marktzutrittsschranken, Substitutionswettbewerb und ausländische Wettbewerber, Marktstellung der Marktgegenseite sowie Marktphase und Gütereigenschaften.

720 Nach BORER, Verhaltensweisen, 39 ist zu fragen, ob die eher konstruiert wirkende Diagnose einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung wirklich zu adäquaten Lösungsansätzen führt. Ausserhalb des Fusionskontrollverfahrens müsse immer auch die Frage aufgeworfen werden, ob die Anwendung von Art. 7 KG das adäquate Mittel sei. Auch HOFFET, Fusionskontrollrecht, 67 f. hinterfragt die Berechtigung gemeinsamen Marktbeherrschung aus rechtlichen und ökonomischen Gründen kritisch.

f) Société Neuchâteloise de Presse S.A.

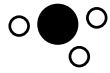
Fundstelle:	RPW 1999, 133
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 15. März 1999
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



519 Die L'Express Communication Holding S.A. (ECH) übernimmt die L'Imprimerie Courvoisier, Journal L'Impartial S.A. (IC); die Unternehmen geben namentlich regionale Tageszeitungen heraus (L'Express und L'Impartial) und sind im Druckereigeschäft tätig. Betroffen sind namentlich die Lesermärkte der Zeitungen. Die in Frage stehenden regionalen Tageszeitungen werden in jeweils verschiedenen Regionen des Kantons Neuenburg nachgefragt (Reichweite 50-60%); sie sind in ihren Gebieten keiner aktuellen Konkurrenz ausgesetzt, die regionale Nachrichten vergleichbarer Qualität liefern könnte. Die bestehenden marktbeherrschenden Stellungen werden darum durch den Zusammenschluss nicht tangiert, da sich die Zeitungen schon vor dem Zusammenschluss nicht konkurrenziert haben. Potentielle Konkurrenz ist aber v.a. durch Edipresse in benachbarten Märkten vorhanden. Der Zusammenschluss ist daher ohne Weiteres zuzulassen.

g) Batrec AG / Recymet SA

Fundstelle:	RPW 1999, 172[721]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Zusammenfassung (Meldung 1.2.1999)
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)



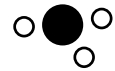
520 Die Batrec AG übernimmt die alleinige Kontrolle über die Recymet SA; die Unternehmen sind im Bereich der Batterieverwertung tätig und verfügen als einzige weltweit über Anlagen, die den schweizerischen Anforderungen bzgl. Umweltschutz entsprechen; in anderen Ländern müssen Batterien nicht verwertet, sondern können deponiert werden. Der Markt weist die Struktur eines natürlichen Monopols auf; die Unternehmen könnten den schweizerischen Markt jeweils allein bedienen und mit dem baldigen Ausscheiden von Recymet wäre zu rechnen. Durch den Zusammenschluss wird die bereits bestehende marktbeherrschende Stellung von Batrec (71,5% Marktanteil) verstärkt und es entsteht ein Monopol. Potentielle

[721] Vgl. die kartellrechtliche Vorgeschichte der Unternehmen in II/9.2.1, b) und II/9.2.5, f).

Konkurrenz ist gering. Der Zusammenschluss ist aufgrund der Marktstruktur aber nicht kausal für die Entstehung der Monopolsituation und wird daher ohne Bedingungen und Auflagen genehmigt («failing company defence»[722]).

h) Valora Holding AG / Messaggerie del Libro e della Stampa SA (Melisa)

Fundstelle:	RPW 1999, 469
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Beschlussbegründung vom 5. Juli 1999
Typ:	Erlangung der Kontrolle (Art. 1 VKU)

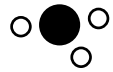


Die Valora AG übernimmt 65% der Inhaberaktien der Melisa. Die Valora AG ist u.a. über die K-Group (vormals Kiosk AG / Merkur) im Bereich des Pressevertriebs tätig; die Melisa ist spezialisiert auf den Buch- und Pressevertrieb im Kanton Tessin. Als Pressegrossisten haben die Unternehmen im «Markt für die zeitgerechte Belieferung von Verkaufsstellen im Kanton Tessin mit Pressesortimenten in italienischer Sprache (Melisa) und deutscher Sprache (Kiosk AG) Anteile von gegen 100%; dies ist Ausdruck der in den Märkten geläufigen Gebietsmonopole, wonach von den Verlagen zumeist nur ein Unternehmen pro Sprachgebiet beliefert wird.[723] Eine Marktanteilsaddition liegt nicht vor, da nur benachbarte Märkte vorliegen; die Stellung der Valora im Markt durch den Zukauf muss hingenommen werden, da ein natürliches Monopol vorliegt. Die Melisa musste denn auch in den letzten Jahren im Vertriebsmarkt Verluste hinnehmen. Potentielle Konkurrenz existiert denn auch aufgrund der Exklusivrechte der Unternehmen und den hohen Marktzutrittsschranken (Aufbau eines eigenen Vetriebsnetzes) nicht. Statt zwei marktbeherrschenden Unternehmen steht die Marktgegenseite nun nur noch einem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber, was deren Wettbewerbssituation nicht ändere. Im entsprechenden Markt für den Vertrieb von Verlagstiteln an Presseverkaufsstellen ist die Situation gleich zu beurteilen; auch hier verschwindet ein potentieller Konkurrent, der aufgrund der Marktsituation aber kaum Druck auf das etablierte Unternehmen ausüben kann. Der Zusammenschluss wird daher ohne Bedingungen und Auflagen zugelassen. 521

[722] Vgl. dazu ausführlich II/11.2.3, g), N 743.
[723] Vgl. auch den Fall in RPW 1999, 400 ff. «Bahnhofskioske»; II/9.2.5, o).

i) Rätia Energie AG

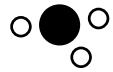
Fundstelle:	RPW 2000, 235
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Stellungnahme vom 27. März 2000
Typ:	Unternehmenszusammenschluss



522 Die Aare Tessin AG (Atel), die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (EGL), der Kanton Graubünden, die Aktiva der Kraftwerke Brusio AG (KWB), der Rhätischen Werke für Elektrizität AG (RW) und der AG Bündner Kraftwerke (BK) sind Besitzer oder gehören zu vertikal integrierten Elektrizitätsversorgungsunternehmen; sie planen die Zusammenlegung ihrer Aktivitäten in diesem Bereich; betroffen sind die Märkte für Stromerzeugung, Stromübertragung, Stromverteilung und Stromversorgung (letztere jeweils im Prättigau, Bündner Rheintal sowie Oberengadin). Im Markt für Stromerzeugung wird das Unternehmen einen Anteil von 13% (GR) bzw. 3 % (CH) halten. Im Markt für Stromübertragung kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen. Im Markt für Stromverteilung und Stromversorgung wird die schon bestehende Monopolsituation auf die Rätia Energie AG übertragen; es kommt kaum zu Überlappungen und es ist auf die positiven Auswirkungen eines koordinierten Netzbetriebs und die bevorstehende Marktöffnung hinzuweisen (Skalenerträge). Allerdings könnten die bestehenden Gebietsmonopole durch vertikale Effekte des Zusammenschlusses weiter zementiert werden (Diskriminierung Dritter); diese Interessenlage besteht allerdings aufgrund der schon bestehenden vertikalen Integration auch ohne den Zusammenschluss. Der Zusammenschluss wird daher zugelassen; gewisse, für das Funktionieren des Zusammenschlusses nicht notwendige Nebenabreden (Klauseln über Energiebezüge der Partner) sind durch den Entscheid allerdings nicht abgedeckt.

j) Berner Oberland Medien / Kooperation der BO mit der BZ

Fundstelle:	RPW 2000, 414 ff.[724]
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Prüfung, Meldung vom 10. Mai 2000
Typ:	Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens / Erlangung der Kontrolle



[724] Vgl. auch das Zusammenschlussvorhaben Thuner Tagblatt und Berner Zeitung, das aufgrund erheblicher Bedenken der Wettbewerbskommission zurückgezogen wurde; RPW 1999, 16.

Die G. Maurer AG, Herausgeberin des Berner Oberländers und des Oberhaslers sowie – über eine Beteiligung – des Oberländischen Volksblattes, und die Schaer AG, Herausgeberin des Thuner Tagblattes und – in Zusammenarbeit – des Thuner Amtsanzeigers, gründen das Gemeinschaftsunternehmen Berner Oberland Medien AG, in das die Verlagsrechte der genannten Zeitungen (ausser des Amtsanzeigers[725]) einfliessen. Das Unternehmen soll in Zusammenarbeit mit der Berner Zeitung das Thuner Tagblatt und den Berner Oberländer als regionale Splittausgaben einer neuen Berner Oberländer Zeitung herausbringen. Den Mantelteil der Zeitung liefert fortan nur noch die BZ, was aufgrund der Intensität der Zusammenarbeit als faktischer Kontrollerwerb gewertet wird. 523

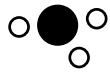
Im Markt für nationale Anzeigen in Tageszeitungen (6% Anteil) und regionale Anzeigen ist der Zusammenschluss aufgrund alternativer Werbeträger in anderen (Print-)Medien unbedenklich. Im überregionalen Druckereimarkt erreichen die Parteien einen Anteil von 6%; der Zusammenschluss ist auch hier unbedenklich. Im Lesermarkt (regionale Informationen über das Berner Oberland) sind nur der Bund (10%), die BZ-Regionalausgabe (24%), das Thuner Tagblatt (26%), der Berner Oberländer (26%) und das Oberländische Volksblatt (15%) aktiv. Die Parteien würden so nach dem Zusammenschluss 90% des Marktes halten; relativiert würden diese Zahlen durch ev. Abwanderungen und Doppelleser. Der Bund ist aber aufgrund seiner Finanzkraft (NZZ-Gruppe) als Konkurrent nicht zu unterschätzen. Neueintritte sind allerdings, u.a. wegen der Beteiligung der NZZ am Bund und des Tages-Anzeigers an der Berner Tagblatt Medien AG (Muttergesellschaft der BZ) nicht zu erwarten; alternative Produkte in benachbarten Märkten sind aber vorhanden (Internet, TV, Radio, regionale Anzeiger). Disziplinierende Wirkungen erwartet die Wettbewerbskommission von den Werbemärkten, deren Einnahmen von den Leserzahlen abhängen; dies mache Preiserhöhungen unwahrscheinlich. Die Marktentwicklung verlange heute auch die Erstellung von Komplettzeitungen, was von den genannten Regionalzeitungen nicht bewerkstelligt werden kann; dazu sei eine Auflage von 100000 Exemplaren betriebswirtschaftlich 524

[725] Aufgrund des Zusammenschlusses der Berner Tagblatt Medien AG und der Schaer Thun AG wird auch der Thuner Amtsanzeiger übernommen. Der Zusammenschluss wird aber als unbedenklich beurteilt, da die Inseratepreise durch den Gemeindeverband Thuner Amtsanzeiger festgelegt, die Herausgabe Ende 2003 in einem Ausschreibeverfahren neu vergeben werden muss und mehrere Konkurrenten in diesem Bereich im Markt tätig sind; vgl. RPW 2000, 646 ff. «Berner Tagblatt Medien / Schaer Thun II».

notwendig (minimum efficient scale). Eine Zusammenarbeit mit einem grösseren Partner sei unausweichlich und es mache wenig Sinn, eine solche erst im Falle der Sanierungsfusion zuzulassen («failing company defence»[726]).[727] Aus diesen Gründen sei der Zusammenschluss – mangels marktbeherrschender Stellung, die wirksamen Wettbewerb beseitige – ohne Weiteres zuzulassen.[728]

k) Glaxo Wellcome PLC / SmithKline Beecham PLC

Fundstelle:	RPW 2001, 338
Behörde:	Wettbewerbskommission
Verfahren:	Vorläufige Prüfung, Meldung vom 29. Juni 2000
Typ:	Unternehmenszusammenschluss[729]



525 Die neu zu gründende Glaxo SmithKline PLC übernimmt gegen eigene Aktien sämtliche Aktien der Unternehmen Glaxo Wellcome PLC und SmithKline Beecham PLC; die Unternehmen sind im Pharmabereich tätig, SmithKline Beecham bietet zudem Impfstoffe und Gesundheitspflegeprodukte an. Betroffen sind 19 Pharmamärkte, von denen zwei nach Ansicht der Wettbewerbskommission in der Schweiz problematisch sind, nämlich der Markt für topische Produkte gegen Virusinfektionen D06D und der Markt für antivirale Mittel exklusive HIV J05B. In den Märkten halten die Unternehmen zusammen Anteile von 85-95% bzw. 75-85%, welche durch die Produkte Zovirax und Famvir bzw. Zovirax, Valtrex und Famvir erwirtschaftet werden. Die Generica-Konkurrenz – nur bei Zovirax möglich – ist, u.a. dank starker Markenpflege, unbedeutend. Die Wettbewerbskommission verfügt daher als Auflage, wie die EU, die Auslizensierung eines Produktes der beiden Firmen (Famvir oder Zovirax), so dass der Wettbewerb auf den Märkten gewährleistet bleibt.

---

[726] Vgl. dazu ausführlich II/11.2.3, g), N 743.

[727] Vgl. AMANN, Zeitungsfusionskontrolle, 179.

[728] Die Argumentation der Wettbewerbskommission beugt sich hier zumindest teilweise der Kritik von SAXER, Medienrecht, 427 ff., 441.

[729] Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in IV/M.1846 «Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham» gleich beurteilt; vgl. II/10.2.2, z). Die Bedingungen der Europäischen Kommission wurden für das Gebiet der Schweiz teilweise übernommen.

l) Zwischenfazit

526 Bei kumulierten Marktanteilen von 80-100% kann regelmässig von der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden, welche die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zulässt (qualifizierte Marktbeherrschung). Aktuelle Konkurrenten, soweit vorhanden, sind marginalisiert und/oder auf Marktnischen beschränkt. Der Marktzutritt ist aufgrund vom Ausland abgeschotteter Märkte, Überkapazitäten im Markt oder kleinräumigen Marktstrukturen mit Platz für nur wenige Anbieter riskant und nicht ohne Weiteres zu bewerkstelligen. Auch sind oft Märkte betroffen, bei denen die Anfangsinvestitionen hoch und die bei Marktaustritt meist verloren sind (sunk costs).

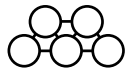
527 Insbesondere auf den lokalen schweizerischen Pressemärkten findet zur Zeit ein Strukturwandel statt, in dem kleinere Blätter an Leserzahlen ständig verlieren. Ihr Überleben scheint nur im Verbund mit dem jeweiligen regionalen Marktführer gesichert. So entstehen in den regionalen Märkten Pressemonopole. Die ehemaligen Lokalzeitungen übernehmen dabei oft den Zeitungsmantel und beschränken sich in ihrer redaktionellen Arbeit auf den Regionalteil. Da dadurch Marktnischen sehr gut abgedeckt werden können, ist ein Eindringen in den monopolisierten Markt nahezu ausgeschlossen. Obwohl das schweizerische Kartellgesetz über eine Medienfusionskontrolle verfügt, kann die Entstehung regionaler Pressemonopole nicht verhindert werden. Fusionen mit Lokalzeitungen werden über Anwendung der failing company defense, welche sich in der Schweiz ausserordentlich hoher Beliebtheit erfreut, genehmigt.

528 In verschiedenen Fällen befasst sich die Wettbewerbskommission mit der Entstehung einer kollektiven Marktbeherrschung. Eine kollektive Marktbeherrschung wird konstatiert, wenn Anreize zu kollusivem Verhalten gegeben sind und wenn ein solches Verhalten stabil, dauerhaft sein wird. Kriterien dafür sind die Erheblichkeit der Marktanteile, Symmetrie (des Duopols oder Oligopols), Verflechtungen, Marktzutrittsschranken, Substitutionswettbewerb und ausländische Wettbewerber, Marktstellung der Marktgegenseite sowie Marktphase und Gütereigenschaften. Die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung wird verneint in Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers & Lybrand und BAT / Rothmans, als wahrscheinlich eingestuft in UBS / SBV und bejaht in Bell AG / SEG-Poulets AG. Ausschlaggebend für die Beurteilung im letzteren Fall ist der vom Ausland abgeschottete Geflügelmarkt in der Schweiz.

9.2.8 Überwiegende öffentliche Interessen

529 Bisher musste der Bundesrat erst einmal, im Fall Sammelrevers für Musiknoten (II) über ein Gesuch um ausnahmsweise Zulassung entscheiden:

Fundstelle:	RPW 1997, 334[730]
Behörde:	Bundesrat
Verfahren:	Entscheid vom 1. September 1997
Typ:	Gesuch um ausnahmsweise Zulassung



530 Der Verband der Schweizer Musikalienhändler und –Verleger macht geltend, dass die Preisbindung für Musikalien (Sammelrevers und Umrechnungstabellen) das Ziel einer flächendeckenden Verbreitung eines breitgefächerten Angebotes an Musiknoten als Grundlage der musikalischen Kulturpflege in allen Sparten verfolgen würden. Die Preisbindung ermögliche die Beibehaltung eines ausgedehnten Lagerbestandes aufgrund einer Mischkalkulation zwischen den wenigen Bestsellern und dem übrigen, wenig nachgefragten Angebot. Nach Ansicht des Bundesrates fallen bei der Geltendmachung überwiegender öffentlicher Interessen nur solche mit hohem Stellenwert in der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Werteordnung in Betracht (Arbeitnehmerinteressen, Versorgungssicherheit oder die regionale Versorgung, kulturpolitische Anliegen); ein solches kulturpolitisches Interesse macht der Verband geltend. Des Weiteren muss die Wettbewerbsabrede auch ein notwendiges Mittel sein, um die überwiegenden öffentlichen Interessen zu wahren. Der Bundesrat räumt denn auch ein, dass aufgrund der Preisbindung die Lagerhaltung der Händler über dem betriebswirtschaftlich sinnvollen Niveau liegen kann; das kulturpolitische Interesse liege aber schwerlich darin begründet. Insbesondere sei die Quersubventionierung nicht gängiger Titel nicht ausgewiesen; eine solche sei aufgrund der tiefen Produktionskosten von Musikalien auch nicht nötig. Das Kartell auf Handelsstufe sei nicht ausschlaggebend für die Sicherstellung eines breiten Angebotes an Musikalien; Noten würden selten durch Spontankäufe oder vorgängige Beratung beschafft, sondern im Hinblick auf ein Konzert oder aufgrund von Beschlüssen eines Chores. Die Bedeutung der Beratung sei geringer als beispielsweise im Buchhandel.

---

[730] Entscheid der Wettbewerbskommission in RPW 1997, 334 ff. «Sammelrevers für Musiknoten»; vgl. auch II/9.2.3, a). Dazu auch MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 44 f. und STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 106 ff.

Der vorliegende Fall wurde als eigentlicher Test für die Preisbindung im Verlagswesen gehandelt; die Zulassung des Bücherkartells erschien aber aufgrund viel stärkerer politischer Interessen, denen sich auch das Bundesgericht nicht verschliessen wollte, als wahrscheinlicher.[731] 531

9.2.9 Erste Judikatur

Auch Jahre nach Inkrafttreten des Kartellgesetzes nimmt sich die richterliche Praxis zum materiellen Kartellrecht noch ausgesprochen bescheiden aus. Insbesondere Differenzen zwischen Wettbewerbskommission und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über die Auslegung des Kartellverfahrensrechts haben bisher zur Aufhebung von Verfügungen geführt (Auf die Gründe einer Aufhebung im einzelnen wird in den Fussnoten zu den jeweiligen Entscheiden eingegangen). Mit BGE 124 III 495 «Engra T» ist ein erster Entscheid zum Begriff der Wettbewerbsabrede ergangen, der in II/3.3.1, N 160 besprochen wird. Mit BGE 127 II 32 «Schweizerische Meteorologische Anstalt III» hat es sich das Bundesgericht nicht nehmen lassen, im Rahmen eines Nichteintretensbeschlusses materielle Überlegungen zum Anwendungsbereich des Kartellgesetzes anzustellen; der Entscheid wird in FN II/638 wiedergegeben. In beiden Entscheiden lässt sich das Bundesgericht mehr von formalen Argumenten leiten und äussert sich kaum zu den wettbewerblichen Problemen, die diesen Entscheiden zugrunde liegen.[732] Der kürzlich ergangene, wohl folgenschwere Entscheid zum Bücherkartell findet sich in N 356. 532

9.3 Thesenbildung

Die von der Wettbewerbskommission verwendeten Kriterien decken sich bei den vom Gesetz erfassten Wettbewerbsbeschränkungen (Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse) weitgehend. Der in der bisherigen Praxis angewendete Kriterienkatalog erfährt dabei eine stufenweise Anwendung. 533

---

731 Vgl. die parlamentarischen Voten in II/3.2.4, d) und II/3.3.4, b). Dazu auch den Beschluss des Rates vom 22.9.1997 über grenzüberschreitende Buchpreisbindung in europäischen Sprachräumen, in: AblEG 1997 C305/2 und die Entschliessung des Rates vom 8.2.1999 betreffend die Preisbindung für Bücher in homogenen grenzüberschreitenden Sprachräumen, in: AblEG 1999 C42/3. Zum Entscheid des Bundesgerichts vgl. N 356.

732 Vgl. auch II/11.3.4.

9.3.1 Kompatibilität der verwendeten Kriterien

534 Die Anwendung der klassischen Auslegungselemente klärt die Frage nach dem Verhältnis zwischen Marktbeherrschung und Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs nicht.[733] Zu kurz greift hier nach Ansicht der Wettbewerbskommission jedenfalls der Ansatz, bei Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gehe es um die Beurteilung eines Verhaltens, das sich in der Vergangenheit/Gegenwart ereigne, bei Unternehmenszusammenschlüssen dagegen um die Beurteilung zukünftiger Wettbewerbsverhältnisse.[734] Damit würde der (auch) präventive Charakter des Kartellgesetzes verkannt. Das KG bezwecke, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Schädliche Auswirkungen seien somit möglichst bereits zu verhindern, nicht erst zuzulassen und danach zu verbieten.[735] Deutlich zeigt sich das am Instrument der Fusionskontrolle, das im schweizerischen Recht nur präventive (vorgängiges Verbot mit Meldepflicht), nicht aber repressive Massnahmen (Entflechtungen[736]) vorsieht; trotzdem ist die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen weitgehend von den bisherigen, in der Vergangenheit getroffenen Aktivitäten der Unternehmen abhängig.

535 Die Analyse der Praxis der Wettbewerbskommission zeigt deutlich, dass für die Beurteilung von Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen weitgehend dieselben Kriterien zur Abklärung der Erheblichkeit bzw. Marktstellung herangezogen werden. Die Unterschiede beschränken sich lediglich auf folgende Punkte:

- Die Qualität des Verhaltens[737]: ein funktionierendes Kartell verlangt nach einer Verhaltenskoordination über Wettbewerbsparameter, die bei Unterneh-

---

733 Vgl. die Ausführungen zum systematischen Element in II/2.2.1, c), N 81 und II/2.3.2, N 102.

734 So die Vertreter von Affichage in RPW 2001, 306 ff., 316 «JC Decaux/Affichage».

735 So die Argumentation der Wettbewerbskommission in RPW 2001, 306 ff., 316 «JC Decaux/Affichage»; dazu II/9.2.1, i).

736 Entflechtungen sind nach Art. 37 Abs. 4 KG nur zulässig, wenn ein untersagter Zusammenschluss vollzogen oder ein vollzogener Zusammenschluss untersagt und für den Zusammenschluss keine ausnahmsweise Zulassung beantragt oder erteilt wird und der wirksame Wettbewerb nicht anders (Vorschläge der beteiligten Unternehmen) wiederhergestellt werden kann.

737 Bei Wettbewerbsabreden unterteilt die Wettbewerbskommission die Prüfung explizit hinsichtlich qualitative und quantitative Aspekte; vgl. z.B. RPW 2000, 320 ff., 361 ff. «Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar»; dazu II/9.2.3, g).

men unter einheitlicher Leitung (Unternehmenszusammenschluss) nicht nötig ist. Bei marktbeherrschenden Unternehmen ergibt sich dagegen die Qualität des Verhaltens aus der Missbräuchlichkeit nach Art. 7 Abs. 1 und 2.

- Verbleibender Innenwettbewerb: dieser ergibt sich bei Wettbewerbsabreden aus dem verbleibenden Wettbewerb unter den beteiligten Unternehmen, bei Unternehmenszusammenschlüssen aus dem Grad der Integration auf dem relevanten Markt (Keine Änderung der Wettbewerbssituation aufgrund schon vorgängiger Zusammenarbeit[738], Joint Venture in Teilbereichen[739], vollständiger Zusammenschluss[740]); bei Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen stellt sich die Frage nach verbleibendem Innenwettbewerb nicht.
- Phänomen der kollektiven Marktbeherrschung: dieses Problem stellt sich in der bisherigen Praxis bei Unternehmenszusammenschlüssen und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen; bei Wettbewerbsabreden ist das Verhalten naturgemäss auf ein gemeinsames, kollektives Verhalten gerichtet.

Im Hinblick auf ihre rein quantitative Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs sind Entsprechungen zwischen den verschiedenen Arten von Wettbewerbsbeschränkungen auszumachen. Eine unerhebliche Abrede zwischen Unternehmen begründet keine (kollektive) Marktbeherrschung. Umgekehrt hält ein Kartell eine (einfach) marktbeherrschende Stellung, wenn es durch eine erhebliche Wettbewerbsabrede verbunden ist. Eine wettbewerbsbeseitigende Abrede entspricht in groben Zügen einer qualifizierten Marktbeherrschung (vgl. Abb. 7). 536

Die verwendeten Kriterien werden in II/9.3.3 unter Kennzeichnung nach 1: Wettbewerbsabreden, 2: Verhaltensweisen und 3: Fusionskontrolle aufgelistet. 537

9.3.2 Stufenweise Anwendung des Kriterienkatalogs

Die Analyse der bisherigen Praxis zeigt eine stufenweise Anwendung des Kriterienkatalogs auf. Zunächst prüft die Wettbewerbskommission die aktuelle Konkurrenz. Ist die aktuelle Konkurrenz nicht ausreichend gross, muss in einem zweiten Schritt die potentielle Konkurrenz und die Stellung der Marktgegenseite geprüft werden.[741] 538

738 Vgl. z.B. RPW 2001, 129 ff. «Bombardier/Adtranz»; dazu FN II/659.
739 Vgl. z.B. RPW 1999, 220 ff. «Spitallisten für Halbprivatversicherungen»; dazu II/9.2.1, g).
740 Vgl. z.B. RPW 2000, 414 ff. «Berner Oberland Medien AG/BO, BZ»; dazu II/9.2.7, j).
741 Vgl. z.B. RPW 1999, 220 ff., 231 «Spitallisten für Halbprivatversicherungen» (II/9.2.1, g)); RPW 2001, 88 ff., 92 «Kaladent AG» (II/9.2.4, i)).

a) Aktuelle Konkurrenz: de facto Erheblichkeitsschwellen

539 Zur Feststellung der aktuellen Konkurrenz prüft die Wettbewerbskommission die Höhe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen, die Marktanteilsentwicklung und Marktanteilsverteilung.[742] Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass eine Beschränkung dann unerheblich ist, wenn sie den Wettbewerb im Vergleich zur Situation vor der Abrede nicht in einem für die Marktteilnehmer nennenswerten Ausmass zu beeinflussen vermag. Insbesondere muss für die Nachfrager ein Ausweichen ohne Weiteres möglich sein.[743] Dabei werden Wettbewerbsbeschränkungen, bei denen die daran beteiligten Unternehmen Marktanteile von zusammen unter 30-50% erreichen, i.d.R. ohne Weiteres als unerheblich bzw. zulässig angesehen[744]; nur unter besonderen Umständen (z.B. oligopolistische Struktur) wird unter diesen Schwellen eine Wettbewerbsbeschränkung bzw. Marktstellung weiter, in dynamischer Sicht, geprüft.[745] Mit Publikation der Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden wird augenscheinlich eine Verschärfung dieser Praxis angestrebt. Werden in der Praxis bisher – in Anlehnung an die Gesetzessystematik[746] – allenfalls horizontale Abreden über Preise, Mengen und Gebiete als grundsätzlich erheblich angesehen, so kommen nun einige vertikale Abreden (Preisbindungen zweiter Hand, Beschränkungen des Absatzgebietes oder des Kundenkreises etc.) hinzu. Es ist fraglich, ob die in Ziff. 3 der Bekanntmachung genannten, grundsätzlich erheblichen gewerteten Arten von Abreden tatsächlich auch bei tiefen Marktanteilen unter 10% erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten vermögen, wenn nicht zusätzliche Faktoren, wie das Vorhandensein ähnlicher, paralleler Vertriebsnetze vorliegen. Eine funktionale Auslegung von Art. 5 KG legt nahe, Bagatellfälle nach

---

742 Vgl. z.B. RPW 2001, 88 ff., 92 «Kaladent AG» (II/9.2.4, i)) und RPW 2001, 95 ff., 101 «Intensiv SA, Grancia» (II/9.2.5, s)).

743 Vgl. RPW 1998, 189 ff., 196 «SVIT-Honorarrichtlinien»; dazu II/9.2.1, d).

744 Vgl. für Unternehmenszusammenschlüsse die Hinweise in FN II/645; hier greift die Wettbewerbskommission i.d.R. auf Art. 11 Abs. 1 lit. d zurück, welche eine Meldung von Märkten bei Marktanteilen unter 20% bzw. 30% nicht vorsieht. Für Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vgl. II/9.2.1 bzw. II/9.2.4. Gl. M. BORER, Verhaltensweisen, 38. Vgl. auch die Hinweise in FN II/69.

745 Vgl. RPW 1998, 247 ff., 249 «Curti & Co. AG / SSG Holding» (II/9.2.6, t)); RPW 2000, 673 ff., 675 «TeleDanmark (Sunrise/DiAx)» (II/9.2.6, xx)).

746 Vgl. II/2.2.1, b), N 76 und II/2.3.1.

Ziff. 4 der Bekanntmachung ungeachtet der Art einer Abrede nicht zu untersuchen.[747]

Kann eine alleinige marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen werden, so ist zu prüfen, ob allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vorliegt, m.a.W. ob Anreize für kollusives Verhalten vorliegen und ob ein solches Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil bzw. dauerhaft sein wird. 540

b) Potentielle Konkurrenz

Ist die aktuelle Konkurrenz für wettbewerbliches Verhalten nicht ausreichend, so ist zu prüfen, ob potentielle Konkurrenten eine disziplinierende Wirkung auf die beteiligten Unternehmen ausüben. Kriterien dafür sind die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten (Marktzutrittsschranken), die Zeitspanne bis zum Wirksamwerden der Marktzutritte (höchstens 2-3 Jahre) und das voraussichtliche Ausmass der Marktzutritte.[748] 541

Zu prüfen ist auch die Frage, ob aktuelle Konkurrenten ihre Marktstellung in unmittelbarer Zukunft verstärken könnten, womit der Handlungsspielraum eines marktbeherrschenden Unternehmens oder eines Kartells eingeschränkt würde.[749] 542

c) Stellung der Marktgegenseite

Mit Prüfung der Stellung der Marktgegenseite wird untersucht, ob diese in der Lage ist, wettbewerblichen Druck auf an einer Wettbewerbsabrede beteiligte Unternehmen oder marktmächtige Unternehmen auszuüben. So sind nach Meinung der Wettbewerbskommission in Ausschreibungsmärkten selbst Anteile von 100% unbedenklich, so lange der Wettbewerb in der Ausschreibung selbst spielt. Dies ist der Fall, wenn die Zuschlagswahrscheinlichkeit nicht entscheidend von aktuellen Marktanteilen abhängt, d.h. wenn andere Wettbewerber (aktuelle und potentielle Konkurrenz fällt während der Vergabe zusammen) eine reelle Zuschlagschance haben und genügend solche anderen Wettbewerber (mit Zuschlagschancen) vor- 543

---

747 Vgl. II/11.3.1.

748 Vgl. z.B. RPW 2000, 588 ff., 627 «Markt für Strassenbeläge» (II/9.2.3, h)); RPW 2001, 95 ff., 102 «Intensiv SA, Grancia» (II/9.2.5, s)).

749 Vgl. RPW 2001, 95 ff., 102 f. «Intensiv SA, Grancia» (II/9.2.5, s)).

handen sind.[750] Zu prüfen ist auch, ob die Marktgegenseite u.U. in der Lage ist, die gewünschte Leistung selbst zu erstellen.[751]

9.3.3 Überblick über verwendete Kriterien

544 Im Folgenden werden die in der bisherigen Praxis verwendeten Kriterien systematisch aufgelistet. Diese werden danach gekennzeichnet, in welchem Zusammenhang sie verwendet werden: Wettbewerbsabreden[1], Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen[2] und Unternehmenszusammenschlüsse[3]. Gegliedert werden die Kriterien danach, ob sie zur Begründung einer bedenklichen (rechts) oder unbedenklichen (links) Wettbewerbsbeschränkung/Marktstellung herangezogen werden. Aus Gründen der besseren Übersicht und Verständlichkeit wird jeweils eine kurze Einführung zu den Kriterien mit leading cases gegeben, welche in Verbindung mit den vorangegangenen Zwischenfazits einen besseren Einstieg in den Kriterienkatalog ermöglichen sollen. Dabei ist die zuvor festgestellte quantitative Entsprechung der Wettbewerbsbeschränkungen und die Kompatibilität der verwendeten Kriterien im Auge zu behalten:

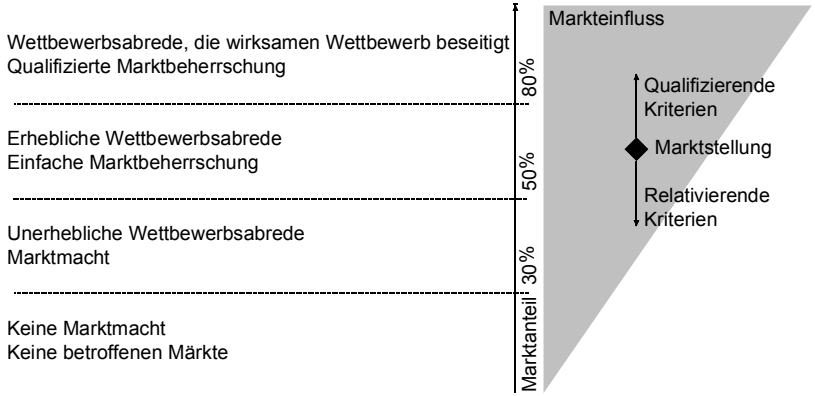


Abb. 7: Quantitative Entsprechung versch. Arten von Wettbewerbsbeschränkungen

750 Vgl. RPW 2001, 306 ff., 323 f. «JC Decaux/Affichage»; dazu II/9.2.1, i).

751 Z.B. Grosskunden bei der Immobilienverwaltung in RPW 1998, 189 ff., 195 «SVIT-Honorarrichtlinien» (II/9.2.1, d)) oder im Falle der Buchung von Reisen die Direktbuchung über das Internet in RPW 2000, 399 ff., 408 f. «TUI/Kuoni» (II/9.2.6, uu)).

–	**Erheblichkeit**	+

1. Qualitative Erheblichkeit[1,2]

Wettbewerbsabreden

Die Praxis zu Wettbewerbsabreden, die wirksamen Wettbewerb beseitigen, betrifft ausschliesslich horizontale Preisabreden oder kombinierte Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen («Kaminfegerwesen Kanton Zug», «Vertrieb von Arzneimitteln», «Markt für Strassenbeläge», «Ass. fribourgoise des écoles de circulation»). Auch die Bündelung vieler vertikaler Verträge kann erhebliche horizontale Wirkungen entfalten («Sammelrevers für Musiknoten», «Sammelrevers Verlagserzeugnisse»). Weniger befasst sich die Praxis mit «einfachen» Vertikalabreden («Volkswagen-Vertriebssystem»). Aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz kann die Spezialisierungsabrede «Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz», zumindest teilweise auch die Recyclingabrede «SWICO Recycling» gerechtfertigt werden. Die Beschränkung von Nebenparametern wird eher als unerheblich angesehen («Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen», «Spitallisten bei Halbprivatversicherungen»). Das gleiche gilt für das Ausscheiden potentieller Konkurrenten («Eureko Allianz», «JC Decaux / Affichage»).

Beschränkung von Nebenparametern: [1]

- Reparatur (ausser Handel mit Bestand- und Ersatzteilen)
- Wartung
- Nur ein Produkt der Marktpalette

Wirksamer Reputationswettbewerb bei Zurücktreten des Preises als dominanter Wettbewerbsfaktor[1,3]

Abreden nach Art. 5 Abs. 3 lit. a-c KG:[1]

- Preis(-komponenten)
- Mengen
- Gebiete

(geht meist einher mit Beeinträchtigung des Nebenleistungswettbewerb)

Abreden nach Bek. Vertikalabreden:

- Preisbindung zweiter Hand
- Beschränkung Absatzgebiet
- Beschränkung Kundenkreis
- Beschränkung Verkauf an Endverbraucher
- Beschränkung von Querlieferungen
- Wettbewerbsverbote

Allgemeine Verhaltensabstimmung[1]

Marketinginstrumente eingeschränkt[1]

Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	
Eine Vielzahl marktbeherrschender Unternehmen findet sich im Bereich der (z.T. ehemaligen) staatlichen Monopolbetriebe («Action Promopac / pompes à chaleur», «Telecom PTT / Blue Window», «Schweizerische Meteorologische Anstalt», «Watt / Migros – EEF»). Ein wesentlicher Teil der Praxis beschäftigt sich jedoch auch mit Unternehmen, die lediglich «Spielregel-Kompetenz» auf einem Markt haben («Vertrieb und Wartung von Frankiermaschinen», «Homologation und Sponsoring von Fussbällen»).	
Normales Marktverhalten, legitimate business reasons[2]	Missbräuchliches Verhalten nach Art. 7 KG[2]
Unternehmenszusammenschlüsse	
Zusammenschlüsse werden in der Schweiz selten mit Bedingungen oder Auflagen versehen, noch nie wurde ein Zusammenschluss verboten. Überraschend oft werden auch an sich wettbewerbsschädliche Zusammenschlüsse zugelassen, wenn z.B. ein scheiterndes Unternehmen am Zusammenschluss beteiligt ist («Le Temps», «Batrec AG / Recymet») oder ein Strukturwandel vonstatten geht (Pressefusionen). Bei internationalen Unternehmenszusammenschlüssen setzt die EU den Schutzmassstab fest; die dort veranlassten Auflagen stärken meist indirekt auch die Wettbewerbssituation in der Schweiz.	
Fehlende Kausalität (failing company defence)[3] Markterfordernisse, Mindestgrössen[3] Joint Venture über «nur» ein Produkt, z.B. für den Neueintritt in einen Markt[3] Massnahmen der Europäischen Union[3]	Vollständiger Zusammenschluss (Vereinigung des Verhaltens im gesamten relevanten Markt)[3]
Ausnahmsweise Zulassung	
Einziger Fall und damit leading case ist der «Sammelrevers für Musiknoten II». Die ausnahmsweise Zulassung wird abgelehnt, da nicht ersichtlich ist, wie die Wettbewerbsabrede das öffentliche Interesse an ausreichender Versorgung an Musiknoten verwirklichen soll.	
Notwendig zur Verwirklichung öffentlicher Interessen: • Arbeitnehmerinteressen • Versorgungssicherheit • Regionale Versorgung • Kulturpolitische Interessen	

2. Quantitative Erheblichkeit

Marktanalyse

Marktstellung der Beteiligten (strukturelle Analyse)

Für die Beurteilung der Marktsituation der Unternehmen werden zunächst die Marktanteile herangezogen. Bis 50% kumulierter Marktanteil können Wettbewerbsabreden i.d.R. noch als unerheblich qualifiziert werden. Bis zu dieser Grenze wird regelmässig auch keine (einfache) Marktbeherrschung angenommen. Unter 30% Marktanteil nimmt die Wettbewerbskommission eine vertiefte Prüfung erst gar nicht vor. Die Schwelle zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs liegt sowohl bei den Wettbewerbsabreden als auch bei Unternehmenszusammenschlüssen bei 80-90% Marktanteil. Das Ausscheiden nur eines potentiellen Konkurrenten oder nur geringe kumulative Effekte führen regelmässig zur Unerheblichkeit der Wettbewerbsbeschränkungen. Daneben werden die Markteigenschaften in die Untersuchung einbezogen. Handelt es sich um einen low-tech-Markt, ist der Markt von hoher Dynamik (Marktanteilsschwankungen, Innovationstempo) geprägt oder sind die an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten über Jahre mit sinkenden Marktanteilen und F&E-Rückständen konfrontiert, so spricht dies eher für die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung. Eine abschliessende Beurteilung kann aber erst nach Analyse der verbleibenden Wettbewerbsparameter, der Marktschranken und der Marktgegenseite erfolgen.

Keine kumulativen Effekte (komplementärer Zusammenschluss)[1,3]	Rechtliches/natürliches Monopol[1,2,3]
Geringe kumulative Effekte (<5%)[1,3]	Marktanteil > 50%[1,2,3]
Kumulierter Marktanteil < 30%[1,2,3]	«Regelkompetenz» für den Markt, z.B. durch Zertifizierung, Homologation[2]
Ausscheiden potentieller Konkurrenten[1,3]	Zugang zu Essential Facilities[2]
Über Jahre sinkende Marktanteile[1,2]	Starke kumulative Effekte[1]
Gleiche Marktanteile mit Konkurrenten[2,3]	Strategische Ressourcen[1]
Systemmarkt[2]	Kostensenkungspotentiale nicht genutzt[1]
Dynamisches Marktgeschehen[2,3]	Zuschüsse der öffentlichen Hand an einzelne Marktteilnehmer[2]
Kurzer Produktelebenszyklus, Hohes Innovationstempo[3]	Besondere Marktverhältnisse (z.B. Liberalisierung, Oligopolstruktur)[2]
Low-tech-Markt[3]	High-Tech-Markt[3]

Kollektive Marktbeherrschung[2,3]	
Das System des Kartellgesetzes erfasst explizit auch die Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung (Art. 4 Abs. 2 KG). Eine solche wird verneint im Zusammenschluss «Revisuisse Price Waterhouse», weil der Markt nicht transparent genug sei. Namentlich seien die Produkte für kollusives Verhalten zu heterogen. Als wahrscheinlich angesehen wird die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung in «UBS / SBV», da in den Märkten jeweils zwei gleich starke Anbieter mit stabilen Marktanteilen zu finden sind, die Markteintrittsschranken hoch sind, die Nachfrageelastizität aufgrund hoher switching costs schwach ist, der Markt gesättigt und transparent ist, und die Banken aufgrund ähnlicher Kostenstruktur in den Märkten eine gleichgerichtete Interessenlage aufweisen. Im Fall «Bell AG / SEG-Poulets AG» entsteht nach Ansicht der Wettbewerbskommission ein symmetrisches Duopol zweier fast vollständig vertikal integrierter Anbieter. Die Marktzutrittsschranken sind aufgrund hoher Anfangsinvestitionen und langfristiger Bezugsverträge hoch, die Märkte sind zudem aufgrund des agrarpolitischen Grenzschutzes abgeschottet. Die Marktgegenseite sei atomistisch strukturiert und daher sehr schwach. Auch im Zusammenschluss «BAT / Rothmans» befasst sich die Wettbewerbskommission kurz mit der Gefahr der Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, doch wird eine solche aufgrund der asymmetrischen Struktur der Konzerne und des dynamischen Marktgeschehens (starkes Wachstum eines Konkurrenten) ausgeschlossen. Die von der Wettbewerbskommission angewandten Kriterien decken sich mit denjenigen, welche die Europäische Kommission bei Beurteilung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung anwendet.	
Starke Marktanteilsverschiebungen[3] Asymmetrische Konzernstruktur[3] Heterogene Produkte[3] Fehlende Markttransparenz[3] Gegensätzliche Interessenlage[3]	Erheblichkeit der Marktanteile[3] Symmetrie des Duopols/Oligopols[3] Verflechtungen[3] Marktzutrittsschranken[3] Substitutionskonkurrenz[3] Ausländische Wettbewerber[3] Marktstellung Marktgegenseite[3] Marktphase[3] Gütereigenschaften (homogene Produkte)[3]

Verbleibender Wettbewerb unter den Beteiligten (Innenwettbewerb)[1]	
Die Bestimmung des Innenwettbewerbs spielt eine herausragende Rolle bei der Feststellung des Restwettbewerbs unter den an einer Wettbewerbsabrede Beteiligten. Analog kann er Anwendung finden, wenn durch einen Unternehmenszusammenschluss nur einzelne Wettbewerbsparameter beschränkt werden.	
Erheblich variierende Preise[1] Nur ein Produkt der gesamten Palette[1]	90% der Produkte im Markt betroffen[1] Einhaltung von Tariflisten[1] Preisband (± 10%), Rahmentarife[1] Sanktionierung von Umgehungs-/ Arbitragegeschäften[1] Marketinginstrumente eingeschränkt[1] Verflechtungen, z.B. Beteiligungen[1]
Verbleibender Wettbewerb unter den Nichtbeteiligten (Aussenwettbewerb)	
Der Aussenwettbewerb dient der Bestimmung der Stärke der Kartellaussenseiter oder nicht an einem Unternehmenszusammenschluss beteiligten Firmen (competitive fringe firms).	
Alternative Anbieter (je > 10-20%)[1,2,3] Zusätzliche Nachfrage kann kompensiert werden[1,3] Vorsprung der Aussenseiter in F&E[3] Unabhängige Vertriebsstruktur ermöglicht Teilnahme von Aussenseitern[3] Wettbewerbsbeschränkung verstärkt Abwanderung zu Alternativprodukten[3] Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht Markteintritt[1,3]	Keine/wenige Aussenseiter (10%)[1,3] Autonome Beteiligung von Aussenseitern an der Wettbewerbsbeschränkung[1] Tätigkeit von Beteiligten auf vor- und nachgelagerten Märkten[2,3] Zementierung bestehender Marktmacht durch vertikale Integration[3] Übertragung von Marktmacht auf andere Märkte[3] Überkapazitäten[1] Preisdifferenzen zu Aussenseitern über längere Zeiträume[1,2] Hohe Transaktionskosten[1] Vor-Ort-Produktion nötig[1] Hohe Transportkosten[1,2] Anbieter sind aus Imagegründen nicht gleichwertige Alternativen[2,3]

Potentieller Wettbewerb	
Die Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung werden gemildert, wenn den Beteiligten – insbesondere bei einer drohenden Beseitigung wirksamen Wettbewerbs – potentielle Konkurrenten gegenüberstehen, welche diese zu effizientem Verhalten zwingt. Die Disziplinierungswirkung bzw. Wirksamkeit der potentiellen Konkurrenz hängt insbesondere von der Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten, der Zeitspanne bis zum Wirksamwerden der Marktzutritte und dem voraussichtlichen Ausmass der Marktzutritte ab. Die Wettbewerbskommission prüft unter dem Titel der potentiellen Konkurrenz auch, ob aktuelle Konkurrenten ihre Marktstellung in mittelbarer Zukunft verstärken können, womit der Handlungsspielraum der an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten ebenfalls eingeschränkt würde («Markt für Strassenbeläge», «Intensiv SA, Grancia»)	
Zutrittswahrscheinlichkeit	
Marktzutritte sind geplant/erfolgt[2,3] Geringer Anteil von Transportkosten[1,2] Harmonisierte Vorschriften[1] Gewinnaussichten[2] Dynamisches Marktgeschehen[2,3] hit-and-run-entrys möglich[2] Ablaufender Patentschutz, Auslizenzierung von Produkten[3] Low-Tech-Markt[3] Disziplinierende Wirkung/Tätigkeit in benachbarten Märkten[3]	Exklusiv-, Alleinvertriebsvereinbarung[2] Hohe Anfangsinvestitionen[2] Kosten des Marktaustritts (sunk costs)[2] Skaleneffekte, hohe Fixkosten (natürliches Monopol)[1] Vertriebsnetz muss aufgebaut werden[1] Überkapazitäten, Kapazitätsstrategien[2] Mindestanforderungen für Lagerhaltung, geographische Ausdehnung[1] Beschränkung Marktteilnahme durch gesetzliche Vorschriften (Diplome)[1,3] Zuschüsse der öffentlichen Hand an einzelne Marktteilnehmer[2]
Zutrittsdauer	
Zutritt innerhalb 2-3 Jahren möglich[1,3]	
Zutrittsausmass	
Gross[1,3]	Klein[1,3]
Verstärkung der Marktstellung aktueller Konkurrenten	
Hohe Angebotsumstellungsflexibilität[3] Finanzielle Ressourcen[3] Überkapazitäten[3]	

Marktgegenseite	
Insbesondere in Ausschreibungsmärkten verfügt die Marktgegenseite oft über Verhandlungsmacht und schränkt so den Handlungsspielraum auch starker Anbieter ein. Entscheidend ist, dass der Wettbewerb bei der Vergabe spielt. Dies ist dann der Fall, wenn genügend Wettbewerber mit reellen Zuschlagschancen im Markt tätig sind («JC Decaux / Affichage»). Zu prüfen ist auch, ob die Marktgegenseite die in Frage stehende Leistung selbst erbringen kann («SVIT-Honorarrichtlinien», «TUI / Kuoni»). Vorsicht ist dann angebracht, wenn die Marktgegenseite keine Anreize zur Ausübung von Wettbewerbsdruck hat, so z.B. wenn die Marktgegenseite an den wettbewerbsbeschränkenden Anbietern beteiligt ist und Preise ohne Probleme an die Endabnehmer überwälzen kann («Markt für Strassenbeläge») oder wenn Dritte (Versicherungen) involviert sind («Privattarif der Ärztegesellschaft des Kantons Bern»). Die Marktgegenseite ist dagegen eher schwach, wenn sie atomistisch strukturiert ist oder auf die Produkte angewiesen ist («Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren»).	
Ausschreibungsmarkt, wenn Wettbewerb bei Vergabe spielt[1,3] Grossabnehmer/Einkaufkooperation[1,3] Must-in-stock-Produkte (Zulieferer)[1] One-stop-shop-Markt[1] Leistung kann selbst erbracht werden[1]	Ist auf Produkt/Leistung angewiesen[1,3] Atomistische Struktur[1,3] Fehlende Kenntnisse (know how)[1,3] Verflechtungen[1,3] Diskriminierung Dritter[3] switching costs[3]

10 Rechtsvergleichung als Auslegungselement

10.1 Vorbemerkungen

545 Die *Rechtsvergleichung* erfreut sich in der Schweiz bei Gesetzgeber und Rechtsanwender grosser Beliebtheit und ist *allgemein anerkannt*.[752] Grössere Gesetzesentwürfe werden nur selten ohne gründliche Prüfung des ausländischen Rechts aufgestellt.[753] Angesichts der fortschreitenden europäischen Integration prüft der Bundesrat denn auch – in Erfüllung eines Postulates des Nationalrates vom 4. März 1987[754] – in seinen Botschaften an die eidgenössischen Räte und in seinen Anträgen für den Erlass von Verordnungen, ob seine vorgeschlagenen schweizerischen Rechtsvorschriften mit dem europäischen Recht in Einklang stehen.[755] Seither erfolgte eine systematische Anpassung schweizerischen Rechts an dasjenige der EU, insbesondere im Bereich technischer Vorschriften.[756] So lehnt sich auch die schweizerische Wettbewerbsordnung, insbesondere im internationalen Bereich, an das europäische Recht an.[757]

---

752 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 355 ff.; HÖHN, Gesetzesauslegung, 254; BYDLINSKI, Rechtsbegriff, 386 f.; KRAMER, Methodenlehre, 190 ff.; DESCHENAUX, Einleitungstitel, 116 ff.; HÄBERLE, Grundrechtsinterpretation, 916 ff. bezeichnet die (Grund-)Rechtsvergleichung denn auch als unverzichtbare, «fünfte» Auslegungsmethode.

753 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 367.

754 Postulat zu 87.005, Die Schweiz und Die europäische Integration (NR, 4. März 1987, Wirtschaftskommission).

755 Vgl. Integrationsbericht 88, 345 und 456 f. Der «europakonformen» Ausgestaltung des schweizerischen Rechts wird denn auch in der Lehre grosses Gewicht beigemessen; vgl. HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 192 (deutlicher noch in der 4. A., N 154g).

756 Vgl. Botschaft Bilaterale, 6212; THÜRER, Europaverträglichkeit, 93 postuliert eine Argumentationslast bei Abweichen von europäisch sich durchsetzenden Standards in zentralen Bereichen des Binnenmarktes; kritisch zum «konzept- und konturlosen automatischen Nachvollzug ausländischer Regelungen» BREINING-KAUFMANN, Europaverträglichkeit, 460 f.

757 Vgl. Botschaft KG95, 531; MEIER-SCHATZ, Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, 21; BORER, Schnittstellen, 220; SEITZ, Parallelverfahren, 128; NORDMANN, Fusionskontrolle, 229; DROLSHAMMER/DUCREY, Kontrolle, 17; BORER, Fusionskontrolle, 155 ff. Im (Güter-)Verkehr mit den EU- und EFTA-Staaten ist die Schweiz aufgrund von Art. 23 FHA und Art. 15 EFTA-A auf die Einhaltung einer weitgehend Art. 81 und 82 EGV entsprechenden Wettbewerbsordnung verpflichtet; vgl. Botschaft FHA, 700 ff. Im Bereich des Luftverkehrs zwischen der Schweiz und den EU-Staaten wurde die Wettbewerbsordnung der EU aufgrund von Art. 8 und 9 LuftVA gänzlich übernommen (partielle Vollintegration); vgl. Botschaft Bilaterale, 6255.

Doch können selbst in weitgehend harmonisierten Bereichen aufgrund einer unterschiedlichen Anwendung der Normen Handelshemmnisse justizieller Art[758] für die Wirtschaft entstehen.[759] Um dies zu vermeiden, hat der Rechtsanwender dort, wo dies trotz bestehender Unterschiede geboten erscheint, auch die ausländische Gerichtspraxis und Doktrin zu berücksichtigen und bewährte Konzepte allenfalls zu übernehmen.[760] Doch auch wo unterschiedliche Konzepte bestehen, kann das ausländische Recht zur Rechtsfindung beitragen.[761] Dies ist insbesondere dort der Fall, wo das ausländische Recht eine langjährige Tradition und Praxis in dem entsprechenden Bereich aufweist[762]. Es kann davon ausgegangen werden, dass das europäische Recht eine solche Tradition im Bereich des Wettbewerbsrechts innehat.[763] Eine *Orientierung an Recht und Judikatur der EU* ist darum grundsätzlich angezeigt. 546

Daneben kommen auch die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten und das Wettbewerbsrecht der USA für die Rechtsvergleichung in Betracht. Vorbildlich erscheint insbesondere der Einbezug ökonomischer Erwägungen durch 547

---

758 «Justizielle Handelshemmnisse» entstehen aufgrund einer uneinheitlichen Anwendung eigentlich harmonisierter Normen: Illustrativ dazu die unterschiedliche Auslegung von Art. 7 RL des Rates 89/104/EWG (Marken-RL) zur Frage der internationalen Erschöpfung im Gutachten des EFTA-Gerichtshof vom 3.12.1997, Rs E-2/97 «Maglite» (abgedruckt in GRUR Int. 1998, 309 ff.) und im Entscheid des EuGH vom 16.7.1998, Rs C-355/96 «Silhouette». Weiterführend dazu EGLI/KOKOTT, Sebago Inc., 386 ff.

759 Vgl. Botschaft THG, 530; BRINKER, Auslegung, 549; KRAMER, Konvergenz, 80 ff.

760 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 389; Botschaft KG95, 633; BRINKER, Auslegung, 550 f., 558; ZWEIGERT, Rechtsvergleichung, 12. In diese Richtung geht auch die Argumentation im Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in RPW 1998, 460 ff., 472 «BKW – AEK / Comtop III». Vgl. auch die Bereitschaft der Wettbewerbskommission zur Anwendbarkeit der in der VKU nicht ausdrücklich vorgesehenen Bankenklausel (Art. 3 Abs. 5 lit. a FKVO) und luxemburgischen Klausel (Art. 3 Abs. 5 lit. c FKVO) in RPW 1999, 476 f., 477 «Credit Suisse Group/Belcom»; weiter die Auslegung von Art. 4 Abs. 3 KG unter Berücksichtigung der Auslegung von Art. 5 Abs. 2 FKVO, wonach Zusammenschlüssen zwischen denselben Unternehmen innert zwei Jahren als ein Zusammenschluss angesehen werden, RPW 2000, 646 ff., 647 f. «Berner Tagblatt Medien/ Schaer Thun II».

761 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 356 ff.; ZWEIGERT, Rechtsvergleichung, 13.

762 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 381.

763 Vgl. diesbezüglich die Beurteilung der europäischen Wettbewerbsordnung durch den Bundesrat in Botschaft KG95, 528 ff, insbesondere 529.

US-amerikanische Gerichte, insbesondere durch den Supreme Court.[764] Beachtlich ist hier aber die unterschiedliche Konzeption des Wettbewerbsrechts, namentlich was Aufbau, Durchsetzung und teilweise Inhalt der Normen betrifft.[765]

10.2 Rechtsvergleichende Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

548 Durch die Annäherung des schweizerischen Kartellrechts an das europäische wird der Rechtsvergleich mit dem Gemeinschaftsrecht der EU vereinfacht. Gerade aber die Verwandtschaft der schweizerischen und europäischen Normen, nicht zuletzt aber auch die Verzahnung der schweizerischen und europäischen Wirtschaft machen die rechtsvergleichende Konkretisierung von Normen unumgänglich[766]; die Wettbewerbsbehörden wenden daher auch Normen des europäischen Rechts analog an, insbesondere die Fusionskontrollverordnung[767] und Gruppenfreistellungsverordnungen[768], und ziehen die Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörden zur Entscheidfindung bei; *die Anwendung europäischen Rechts liegt allerdings im alleinigen Ermessen der zuständigen Behörde* – Abweichungen sind möglich[769].

---

764 Einen Abriss über die diesbezügliche Entwicklung gibt GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, III ff. Auf die US-amerikanische Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht wird bei den ökonomischen Erwägungen der Arbeit eingegangen; vgl. II/11.2.3.

765 So sind die Wettbewerbsvorschriften der USA verschiedenen Gesetzen zu entnehmen; genannt seien: Sherman Act (1890), Wilson Tariff Act (1894), Federal Trade Commission Act (1914), Clayton Act (1914), Webb-Pomerence Act (1918), Robinson-Patman Antidiscrimination Act (1936), McCarron-Feruson Act (1945), Newspaper Preservation Act (1970), Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (1976). Wie auch in den meisten modernen Wettbewerbsordnungen haben diese Gesetze insbesondere Kartellbildung, missbräuchliche Verhaltensweisen und Fusionen zum Gegenstand. Die Durchsetzung dieser Normen obliegt der «Antitrust Division of the U.S. Department of Justice», der «Federal Trade Commission», den «Attorney General» der 50 Gliedstaaten und Privaten; vgl. zum Aufbau RAYBOULD/FIRTH, Monopolies, 11 ff. und rechtsvergleichend zur EU SALESNY, Wettbewerbskonzepte, passim; zur Durchsetzung STEIGER, Enforcing, 15 ff.

766 Vgl. auch II/6.3.

767 Vgl. die Hinweise in FN II/760.

768 So ist die Europäische GVO (EG) Nr. 1475/95 vom 28.6.1995 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EGV auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge referenzweise in RPW 1997, 55 quasi in das Schweizer Kartellrecht integriert worden; dazu MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 60 m.w.H.; KINDLER, Händlerverträge, 98 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 186 ff.

769 Vgl. die Ausführungen der Wettbewerbskommission zur räumlichen Marktabgrenzung in RPW 1998, 278 ff., 289 «UBS/SBV»: «Wenn auch das Schweizer Kartellgesetz zweifellos durch das europäische Wettbewerbsrecht beeinflusst ist, bedeutet dies doch nicht, dass die

549 Im Verhältnis zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten sind *Parallelverfahren* – Entscheidungen, die von der europäischen und den nationalen Wettbewerbsbehörden aufgrund grundsätzlich gleicher Sachverhalte getroffen werden – durch Art. 21 FKVO und Ziff. 10 der «Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Beurteilung von Fällen im Anwendungsbereich der Artikel 85 und 86 [heute: 81 und 82] EGV[770]» praktisch ausgeschlossen.[771] Dagegen sind sie im Verhältnis zur Schweiz u.a. aufgrund der engen Verflechtung beider Volkswirtschaften und der beidseitigen Anwendung nationaler Normen auf extraterritoriale Sachverhalte relativ häufig anzutreffen (Auswirkungsprinzip).[772] Solche Parallelverfahren – die unbestrittenermassen die Rechtssicherheit bei divergierenden Entscheiden beeinträchtigen und eine längere Verfahrensdauer und höhere Kosten für die Unternehmen zur Folge haben[773] – bieten sich nun aber für einen Rechtsvergleich besonders an. Der Fokus wird hier darum auf die Analyse dieser Parallelfälle gelegt; auf eine ausführliche *Diskussion des europäischen Wettbewerbsrechts im Allgemeinen und der eigentlichen «leading cases*[774]*» wird bewusst verzichtet*.

550 Auf die amerikanische Rechtsprechung wird punktuell in II/11.2.3 eingegangen; deren Einbezug ist aufgrund der Systemunterschiede unter wettbewerbstheoretischen Gesichtspunkten besser zu bewerkstelligen.

10.2.1 Grundzüge der Europäischen Wettbewerbsordnung

551 Die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft umfasst ein System, das den Wettbewerb innerhalb des europäischen Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt

Wettbewerbskommission nicht, wo sachlich gerechtfertigt, von der Praxis der EU-Behörden abweichen kann und soll.»

770 AblEG 1993 C39/6.

771 Vgl. LÖFFLER, Kommentar zu Art. 21 FKVO, N 4 f.; LÖFFLER, Kommentar, 488 ff.; SEITZ, Parallelverfahren, 130 f.; HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Marktmachtkontrolle, 127, FN 49 m.w.H. Art. 3 rev. VO Nr. 17 sieht den Ausschluss der Anwendung des Wettbewerbsrechts der Mitgliedstaaten verbindlich vor; dazu BÖGE/SCHAUB, Konvergenz, 923.

772 Vgl. Art. 2 Abs. 2 KG und Entscheid des EuGH vom 25.3.1999, Rs T-102/96 «Gencor/Kommission», N 76 ff.; neuestens IV/M.2220 «General Electric/Honeywell».

773 Vgl. SEITZ, Parallelverfahren, 129.

774 Vgl. dazu VON STOEPHASIUS, Fallgruppen zu Art. 81 EGV, N 1 ff.; DRAUZ/SCHROEDER, Praxis, 68 ff.; HIRSBRUNNER, Fusionskontrolle, 201 f.; COOK/KERSE, Merger Control, 154 ff.

(Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV).[775] Dieser von Art. 3 EGV geforderte unverfälschte Wettbewerb setzt das *Vorhandensein eines «wirksamen Wettbewerbs»* voraus; nur so können die Ziele des EGV, insbesondere die Sicherung des gemeinsamen Binnenmarktes, erreicht werden.[776] Grundlage für die Wahrung wirksamen Wettbewerbs bilden Wettbewerbsregeln, die in ihrem Kern in Art. 81 und Art. 82 EGV verankert sind.

552 Nach Art. 81 Abs. 1 EGV sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten alle *Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken*; einzelne oder Gruppen von Verhaltensweisen können von diesem Verbot nach Art. 81 Abs. 3 freigestellt werden, wenn sie, unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn, zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.[777] Mit dem Gemeinsamen Markt auch unvereinbar und verboten ist nach Art. 82 EGV die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Zusammenschlüsse[778], die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemein-

---

[775] Dieses Bekenntnis zu einem Wettbewerbssystem lässt sich auch aus der schweizerischen Bundesverfassung, wenn auch weniger deutlich, aus Art. 27, 94 und 96 BV herauslesen; dazu II/5.2.1, b).

[776] Vgl. GRILL, Vorbemerkungen zu Art. 81-86 EGV, N 1 ff., N 3.

[777] Dazu SCHRÖTER, Kommentar zu Art. 85 Abs. 3 EGV, N 241 ff.; BELLAMY/CHILD, Competition, 137 ff.; WEISS, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 150 ff.

[778] Zur Abgrenzung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen, die nach Art. 81 EGV zu beurteilen sind und konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen, die materiell der FKVO unterstehen, ausführlich SCHROEDER, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 418 ff.; COOK/KERSE, Merger Control, 46 ff.; GERWING, Gemeinschaftsunternehmen, 17 ff.; KIRCHNER, Rahmenbedingun-

samen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde, sind nach Art. 2 Abs. 3 FKVO für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären. Ergänzt werden diese Kernbestimmungen durch Verordnungen, Richtlinien und Bekanntmachungen sowie Staatsverträge, insbesondere

- die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962. Erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 des Vertrages (VO Nr.17)[779];
- die Verordnung Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (FKVO);
- die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft;
- die Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis-Bek.);
- diverse allgemeine Gruppenfreistellungsverordnungen, insbesondere über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, Technologietransfer, Spezialisierungsvereinbarungen, Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung sowie sektorspezifische Freistellungen[780];
- die Bekanntmachung der Kommission über Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (Horizontal-Leitlinien)[781];
- die Mitteilung der Kommission über Leitlinien für vertikale Beschränkungen (Vertikal-Leitlinien)[782];
- Wettbewerbsregeln in Freihandelsabkommen der Gemeinschaft[783]; Kooperationsabkommen über die Anwendung des Wettbewerbsrechts[784]; multilaterale Kooperationsabkommen[785].

---

gen, 453 f.; Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 85 des EWG-Vertrages, in: AblEG 1993 C43/03.

779 Die VO Nr. 17 ist zur Zeit in Revision; Kernpunkt ist die Abschaffung des Freistellungsmonopols der Kommission, also die Abschaffung des Anmeldungs- und Genehmigungssystems; vgl. dazu das Weissbuch Verfahren, 9 und DESELAERS/OBST, Rechtssicherheit, 41 ff.

780 Vgl. etwa die Übersicht bei ZÄCH, Wirtschaftsrecht, 260 ff. (VO über Alleinvertriebs- und Alleinbezugsvereinbarungen ersetzt durch VO (EG) Nr. 2790/1999).

781 Vgl. II/10.3.1, b).

782 Vgl. II/10.3.1, b).

783 Abkommen mit Bulgarien, Tschechien, Ungarn, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Israel, Moldavien, Zypern, Kasachstan, Russland, Schweiz, Ukraine und Türkei.

784 Vgl. das Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung von Kanada über die Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, in: AblEG 1999 L175/50-60 sowie

553 Die *Unterschiede zum schweizerischen (materiellen) Wettbewerbsrecht* sind gering; hervorgehoben seien aber folgende Aspekte:

- Tatbestandsmässig im Sinne der Art. 81 und 82 EGV sind nur solche Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können.[786] Die Zwischenstaatlichkeitsklausel bewirkt als Sachnorm eine Begrenzung des Anwendungsbereichs der Normen und damit auch als Kollisionsnorm eine Abgrenzung des gemeinschaftsrechtlichen vom nationalen Kartellrecht; die weite Auslegung der Klausel durch die Gemeinschaftsorgane führt dabei zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts und zu einer Bedeutungsabnahme des nationalen Kartellrechts.[787] Naturgemäss fehlt eine solche Klausel im schweizerischen Recht und lässt sich nur in den in diesen Bereich nahezu bedeutungslosen Freihandelsabkommen finden.[788]
- In ihrer de minimis-Bekanntmachung veröffentlicht die Europäische Kommission Spürbarkeitskriterien, wonach horizontale und vertikale Vereinbarungen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 81 Abs. 1 EGV fallen, wenn die Marktanteile der beteiligten Unternehmen in keinem der betroffenen Märkte 10% bzw. 15% (bei gemischt horizontal/vertikalen Vereinbarungen 10% und bei Abreden mit Netzeffekt 5%) überschreiten.[789] Diese Schwellen gelten nicht für die sogenannten Kernbeschränkungen, also horizontale Absprachen über Preise, Mengen und Gebiete sowie gewisse Arten von Vertikalabreden. Das schweizerische Recht kennt hingegen keine allgemeinen Erheblichkeitsschwellen; doch werden die Meldevorschrift von Art. 11 Abs. 1 lit. d und die Bek. Vertikalabreden in der Praxis als Erheblichkeitsschwelle verwendet.[790]

---

das Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung ihrer Wettbewerbsregeln, in: AblEG 1995 L95/47-50 und das Abkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der «Positive Comity»-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln, in: AblEG 1998 L173/26-31.

785 Multilaterale Zusammenarbeit im Rahmen von EWR, OECD, UNCTAD und GATT/WTO; vgl. dazu auch die Ausführungen in II/6.2.

786 Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist in ihrem Wortlaut und ihrer Funktion in beiden Vorschriften identisch und demnach einheitlich auszulegen; vgl. dazu JUNG, Kommentar zu Art. 82 EGV, N 258 ff. m.w.H.

787 Vgl. STOCKENHUBER, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 205 f.; ZÄCH, Wirtschaftsrecht, 236 ff.; HIRSCH/BURKERT, Kommentar, N 230 ff.

788 Dazu ausführlich II/6.2.2.

789 Vgl. noch zur alten Bagatellbekanntmachung GRILL, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 17 ff.; SCHRÖTER, Kommentar zu Art. 85 Abs. 1 EGV, N 178 ff., 184 ff.; STOCKENHUBER, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 215 ff.; WEISS, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 90 ff.

790 Vgl. dazu II/9.3.2, a), N 539.

- Art. 81 Abs. 1 EGV verbietet die von ihm erfassten Verhaltensweisen, sieht aber in seinem Abs. 3 weitgehende Freistellungen[791] von diesem Verbot vor, u.a. unter der Voraussetzung, dass der Wettbewerb nicht ausgeschaltet werden kann. Nur vom Ansatz her verschieden knüpft Art. 5 Abs. 1 KG an der Auswirkung von Verhaltensweisen an und verbietet diese nur, wenn der Wettbewerb beseitigt ist oder erheblich beeinträchtigt ist und keine Rechtfertigungsgründe wirtschaftlicher Effizienz vorliegen[792]; für einzelne Arten von Wettbewerbsabreden sieht das Gesetz eine Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vor.[793] Die Grenzen zwischen einer sog. Verbotsgesetzgebung und einer sog. Missbrauchsgesetzgebung sind fliessend, mehr ein plakatives Konstrukt (SCHLUEP).[794]
- Im Entwurf noch vorgesehen, von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben aber gestrichen wurde die aus dem Europäischen Recht übernommene Beteiligung der Verbraucher zur Rechtfertigung bzw. Freistellung einer Wettbewerbsabrede. Als Indiz für das Vorhandensein wirksamen Wettbewerbs kann die Beteiligung der Verbraucher an Effizienzgewinnen aber dennoch in die Beurteilung einer Wettbewerbsabrede einfliessen.[795]
- Im Rahmen der Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen sind nach Art. 2 Abs. 3 FKVO Zusammenschlüsse dann für unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt zu erklären, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung be-

---

791 Die Grenzen des Tatbestands von Art. 81 Abs. 1 EGV zwischen denjenigen Verhaltensweisen, die nicht mehr unter das Kartellverbot fallen und denjenigen Verhaltensweisen, für die zwar Art. 81 Abs. 1 EGV noch anwendbar ist, die aber nach Art. 81 Abs. 3 EGV freigestellt werden können, sind in Lehre und Praxis noch nicht vollständig ausgeleuchtet; vgl. dazu WEISS, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 110 ff.; SCHRÖTER, Kommentar zu Art. 85 Abs. 1 EGV, N 77 f.

792 Auf die Frage des Zeitpunkts der Nichtigkeit soll hier nur kurz eingegangen werden. Art. 81 Abs. 2 EGV sieht für Verhaltensweisen nach Art. 81 Abs. 1 EGV die Nichtigkeit vor. Diese ist allerdings nur dann ohne Weiteres wirksam, wenn eine Freistellung gemäss Art. 81 Abs. 3 EGV nicht in Betracht kommt. Wo eine Freistellung noch in Betracht kommt, spricht die Lehre von schwebender Unwirksamkeit des Verhaltens, die je nachdem, ob die Freistellung erteilt wird, in Gültigkeit oder Nichtigkeit übergehen kann; vgl. dazu SCHRÖTER, Einführung zu Art. 85 EGV, N 27 ff.; GRILL, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 33 f.; HIRSCH/BURKERT, Kommentar, N 1727 ff. Im schweizerischen Recht ist die Frage umstritten; für Nichtigkeit ex nunc, also zum Zeitpunkt der Feststellung der Unzulässigkeit oder eine flexible Anwendung der Nichtigkeit treten BALDI, Überblick, 15, WALTER, Vorbemerkungen zu Art. 12-17 KG, N 38 ff. und BRECHBÜHL/DJALALI, Folge, 106 ff. ein; Nichtigkeit ex tunc, also von Anfang an fordern MEIER-SCHATZ, Kartellgesetz, 38 f.; ZÄCH, Einzelfragen, 15 ff.; STÖCKLI, Ansprüche, 74 ff.; BORER, Kommentar, 272; STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 112 f.

793 Diese wird in der Praxis eher einschränkend ausgelegt; vgl. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 98 ff.

794 Dazu die Hinweise in FN II/124.

795 Dazu ausführlich II/3.2.4, c), N 135 und II/3.3.4, a), N 166 jeweils m.w.H.

gründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde. Dagegen sieht das schweizerische Kartellgesetz in Art. 10 Abs. 2 KG vor, einen Zusammenschluss dann zu untersagen oder mit Bedingungen und Auflagen zuzulassen, wenn durch ihn eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb in einem Markt beseitigt werden kann, und keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt wird, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.[796]

- Verbot und Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen (Art. 81 Abs. 3 EGV) und die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 FKVO) erfolgen in der Gemeinschaft nach weitgehend wettbewerblichen Kriterien; politische Einflüsse auf die Entscheide lassen sich dennoch feststellen.[797] Hingegen trennen das schweizerische und deutsche Kartellrecht wettbewerbliche von politischen Entscheidungen durch Teilung der Zuständigkeiten (Ministererlaubnis nach Art. 8 und 11 KG bzw. Art. 8 und 42 GWB).[798]

10.2.2 Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» durch die Praxis der Europäischen Kommission

554 Parallelfälle finden sich insbesondere im Bereich internationaler Zusammenschlüsse und Kartelle. Dabei zeigt sich besonders im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse, dass die Kriterien zur Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» weitgehend gleich, das angestrebte Schutzniveau jedoch unterschiedlich ist, was sich durch die Unterschiede im materiellen Recht begründen lässt. Auch im Bereich der Wettbewerbsabreden scheint die Schwelle der europäischen «Spürbarkeit» tiefer als die schweizerische «Erheblichkeit» zu liegen.

---

[796] Zur Auslegung dieser Bestimmung vgl. die Ausführungen in II/2.2.1, d), N 84 m.w.H.

[797] Politische Einflüsse ergeben sich durch Einflussnahme der Behörden bei Verfolgung spezifischer, nicht wettbewerblicher Interessen («regulatory capture», «revolving door», «empire-building by bureaucrats»), durch Lobbying der Industrieverbände («industry capture») oder Einzelstaaten bei Interesse an nationalen Champions («national capture»); dazu ausführlich SALESNY, Wettbewerbskonzepte, 354 ff.; IMMENGA, Industrial Policy, 343 ff., 350 ff.

[798] Vgl. dazu auch II/11.3.3.

a) Merck / Rhône-Poulenc – Merial

Fundstelle:	IV/M.885
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (2. Juli 1997)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[799]



555 Die Unternehmen Merck & CO. Inc. und Rhône-Poulenc S.A. gründen das Gemeinschaftsunternehmen Merial, welches im Bereich Veterinärmedizin und Geflügelzucht tätig sein wird. Überlappungen im Bereich Veterinärmedizin gibt es im Bereich Parasiticide (Ectocide, Endocide und Endectocide) und Anti-Coccidiale; Letztere werden von vielen Konkurrenten produziert und die Marktanteile bewegen sich in den meisten Mitgliedstaaten unter 20%. Die Anteile im Bereich Parasiticide für Haustiere erreichen bis 35-45%; der Markt wird von starken Konkurrenten bearbeitet. Im Bereich Parasiticide für Tierzucht überlappen sich die Aktivitäten der Parteien in den Teilmärkten nicht. Im Gesamtmarkt erreichen die Parteien aber Anteile bis 70% (Schweden); aufgrund der geringen Überlappungen ändert sich die Wettbewerbssituation durch das Joint Venture jedoch nicht. Die Position der Parteien erodierte in den letzten Jahren stark. Eine beherrschende Stellung entsteht durch den Zusammenschluss daher nicht.

556 Im Bereich Geflügelzucht erreichen die Parteien Anteile zwischen 15-25% (Geflügelfleischproduktion), <65% (Legehennen). Im Bereich Truthähne ist nur die Merck Gruppe aktiv. Auch im Bereich Legehennen ist aufgrund sehr geringer kumulativer Effekte (<5%) nicht von einer beherrschenden Stellung auszugehen.

b) Krupp-Hoesch / Thyssen

Fundstelle:	IV/M.925 (IV/ECSC.1243[800])
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO / 66 EGKS-V (11. August 1997)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[801]

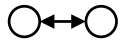


[799] Parallelverfahren in RPW 1997, 350 ff. «Merial» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, f).
[800] Für kaltgewalzte Flacherzeugnisse mit einer Breite von über 500 mm.
[801] Parallelverfahren in RPW 1997, 344 ff. «Thyssen Stahl AG/Krupp Hoesch Stahl AG» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, e).

557 Die Unternehmen Thyssen Stahl AG und Krupp Hoesch Stahl AG bringen ihre Aktivitäten im Bereich Qualitätsstahl-Flachprodukte in das Gemeinschaftsunternehmen Thyssen Krupp Stahl ein. Durch den Zusammenschluss werden die Parteien der grösste Hersteller von unbeschichtetem Kaltfeinblech mit einem Marktanteil von 10-20%, was aufgrund vieler Mitbewerber mit ähnlichen Anteilen nicht zu einer beherrschenden Stellung führt. Auch im Bereich oberflächenveredelte Kaltfeinbleche erreichen die Parteien mit Anteilen bis 35% keine Marktbeherrschung. Im Handel mit kaltgewalzten Flachstahlerzeugnissen halten die Parteien bis 40% Anteil; insgesamt, bei Einbezug der Direktverkäufe, jedoch europaweit nur 10% (Deutschland bis 25%); zahlreiche starke Mitbewerber mit grossen Kapazitäten verhindern eine marktbeherrschende Stellung auch hier. Ebenso ist der Markt bei geschweissten Platinen zu beurteilen, wo die Parteien als Pionierunternehmen noch 35-45% Marktanteil halten; diese relativ starke Position wird jedoch von Konkurrenten zunehmend erodiert. Der Zusammenschluss führt somit nicht zu einer beherrschenden Stellung in den Märkten.

c) Crédit Suisse / Winterthur

Fundstelle:	IV/M.985
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (15.10.1997)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[802]

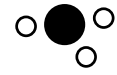


558 Die Unternehmen Crédit Suisse Group und Winterthur Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft fusionieren. Die CS Group ist eine global tätige Holdinggesellschaft, deren Tochtergesellschaften in den Bereichen Bank-, Finanz- und Vermögensdienstleistungen tätig sind; die Winterthur ist vorwiegend im Versicherungsgeschäft und in der Vorsorge tätig. Die Aktivitäten der Unternehmen überschneiden sich praktisch nicht; der Zusammenschluss hat weitgehend komplementären Charakter. In keinem Mitgliedstaat erreichen die Unternehmen Marktanteile von 15%; sie sind wirksamem Wettbewerb durch andere führende europäische Banken ausgesetzt: Investmentbanking 3-12% Anteil, Versicherungen 5% (Deutschland) bis über 10% (Belgien, Spanien, Italien), auf dem weltweiten Rückversicherungsmarkt 2%. Die konglomeraten Auswirkungen des Zusammenschlusses bestehen in

einem besseren Zugang zu den Refinanzierungsmärkten und gemeinsamer Nutzung der Vertriebskanäle va. in der Schweiz, doch wird den Parteien dadurch kein dauerhafter Vorsprung vor anderen europäischen Unternehmen verschafft. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

d) Siemens / Elektrowatt

Fundstelle:	IV/M.913
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 2 FKVO (18. November 1997)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[803]



559 Siemens AG erwirbt die Kontrolle über die Elektrowatt AG. Siemens ist auf zahlreichen Geschäftsfeldern wie Energie, Anlagentechnik, Automatisierungstechnik, Kommunikation, Verkehrstechnik etc. tätig; Elektrowatt arbeitet in den Bereichen Elektrizitätserzeugung und –versorgung, Gebäudetechnik, Fernsprechanlagen etc. Überschneidungen ergeben sich in den Bereichen Gebäudeleittechnik, Gebäudesicherheitstechnik, Netzleittechnik, Energiezähler und Payphones.

560 Im europaweit abzugrenzenden Markt für Gebäudeleitsysteme haben die Parteien einen kumulierten Marktanteil von 30-40%. Die weltweit führenden Anbieter sind Honeywell und Johnson mit einem Marktanteil in Europa von 10-20% bzw. 5-15%. Aufgrund dieser und weiterer starker aktueller Mitbewerber und potentieller Konkurrenten in den benachbarten Märkten für Heizung, Lüftung und Klima ist der Zusammenschluss hier unbedenklich. Gleich ist der Markt für Instandhaltung dieser Geräte zu beurteilen.

561 In den meisten nationalen Märkten für Gebäudesicherheitstechnik (Brandmelder etc.) kommt es zu keinen Anteilsadditionen, da die Unternehmen in jeweils verschiedenen geographischen Märkten tätig sind. Starke weitere Wettbewerber sind in den Märkten tätig. Obwohl der Markt in Dänemark hoch konzentriert ist und die Parteien einen Anteil von 40-60% haben, kann sowohl eine allein marktbeherrschende Stellung als auch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung ausgeschlos-

---

[802] Parallelverfahren in RPW 1997, 524 ff. «Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, k).

sen werden (Heterogenität der Produkte, geringe Markttransparenz, kleine Marktzutrittsschranken). Im Bereich Intrusionsschutz erreichen die Parteien ausser in Deutschland (5-25%, nach Bosch mit 30-40%) keine Anteile über 10%.

562 Bei Elektrizitätszählern erreichen die Parteien Anteile von 30-45%; in einzelnen Mitgliedstaaten halten die Unternehmen aber Anteile bis zu 65-85% (Irland) und 85-100% (Griechenland), wo es allerdings nicht zu Überschneidungen kommt. Der wichtigste Konkurrent Schlumberger hält in Europa Anteile von 30-40%, gefolgt von Iskra Emeco, Enermet und ABB. Die Abnehmer sind vor allem Versorgungsunternehmen, die über hinreichende Verhandlungsmacht verfügen und durch die Liberalisierung selbst Wettbewerbsdruck unterliegen; die Preise sind denn auch stark gefallen und der Wettbewerb wird intensiv geführt. Trotz der hohen Anteile wird der Zusammenschluss daher keine beherrschende Stellung begründen. Gleich ist der Markt für Wärmezähler, Rundsteuersender/-empfänger, Energiemanagementsysteme und Netzleittechnik zu beurteilen, wo die Marktanteile der Parteien europaweit allerdings wesentlich geringer sind.

563 Im Markt für öffentliche Payphones halten die Parteien europaweit Anteile von 35-45%, wobei kumulative Effekte nur in Deutschland zu verzeichnen sind. Nach dem Zusammenschluss wird es in Deutschland nur noch einen Anbieter geben, der für Deutschland entwickelte Payphones herstellt, so dass eine marktbeherrschende Stellung entsteht, die aufgrund bereits bestellter Liefermengen auch in Zukunft gesichert scheint (Abschottungseffekt). Aufgrund von Desinvestitionen kann der Zusammenschluss trotzdem genehmigt werden.

e) Watt AG (II)

Fundstelle:	IV/M.958
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (4. Dezember 1997)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[804]



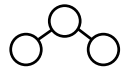
[803] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 1997, 540 ff. «Siemens/Elektrowatt»; vgl. II/9.2.6, m). Der Markt für Payphones wurde trotz Marktanteilen von 85-95% nicht näher geprüft.

[804] Parallelverfahren in RPW 1997, 558 ff. «Watt AG» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, n).

Die Unternehmen Bayernwerk AG, Energie Baden-Württemberg AG und Nordostschweizerische Kraftwerke AG erwerben die gemeinsame Kontrolle über die Watt AG; die Unternehmen sind im Bereich der Energieerzeugung und Energieversorgung, insbesondere Elektrizität, tätig. Die deutschen Unternehmen sind in ihren Versorgungsgebieten aufgrund der geographischen Trennung der Märkte marktbeherrschend. Eine Verstärkung dieser Stellung findet auch dort nicht statt, wo die Versorgungsunternehmen der EBW und Watt aneinander grenzen, da EBW über seine Tochter BW auf Ausschliesslichkeitsrechte verzichtet. Auch im Austausch über europäische Netze ergibt sich keine marktbeherrschende Stellung, da nur die Watt AG in diesem Markt über die Elektrizitätsgesellschaft Laufenburg aktiv ist. 564

f) VW

Fundstelle:	IV/35.733[805]
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 85 Abs. 1 EGV (28. Januar 1998)
Typ:	Unzulässige Vertriebspraktiken, Verhinderung von Parallelimporten[806]



Die Volkswagen AG und die Audi AG treffen mit ihrem Importeur für Italien, der Autogerma SpA, und ihren Händlern in Italien Vereinbarungen, neue Kraftfahrzeuge, insbesondere Personenkraftwagen, nicht an Endverbraucher, die in anderen Mitgliedstaaten als Italien wohnhaft sind, zu verkaufen. Die Volkswagen AG ist Muttergesellschaft der Audi AG und der Autogerma SpA. Bei einem europaweiten Marktanteil von 10,5% (1995) beträgt der entsprechende Marktanteil für Italien 8,3% und für Deutschland 16,9%. 1994 werden aus Italien 12% aller verkauften Fahrzeuge reexportiert, 22000 von 250000 nach Deutschland; die Anreize zu den Reimporten ergeben sich aus den Preisunterschieden, die 1995 bei den einzelnen Modellen zwischen 20 und 35% liegen. Der Anteil der nach Deutschland reimportierten Fahrzeuge sinkt von ihrem Höhepunkt 1993 auf ein spürbar niedrigeres Niveau ab. Durch die Vereinbarungen (Ermahnungen; Kontrolle; Auditing; Verwarnungen; Rabattblockierung; Bonuspolitik für Händler; Kündigung des Händ- 565

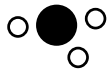
[805] Vgl. auch das Verfahren wegen Aufrechterhaltung der Einzelhandelspreise auf dem deutschen Markt, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 30.5.2001.

[806] Parallelverfahren in RPW 2000, 196 ff. «Volkswagen-Vertriebssystem» eingestellt, da keine erheblichen Beschränkungen des Wettbewerbs zum Zeitpunkt der Untersuchung mehr feststellbar sind; vgl. II/9.2.2, e).

lervertrages; restriktive Belieferung des italienischen Marktes; Verpflichtungserklärungen von Kunden, das Auto nicht sofort weiterzuverkaufen) von VW wird der Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar eingeschränkt. Als vertikale Wettbewerbsbeschränkungen zwischen VW und den Vertragshändlern bezwecken und bewirken diese Vereinbarungen eine Aufteilung der Märkte nach Kunden und eine Restriktion der Mengen. Da die Massnahmen nicht nur ausserhalb des Vertriebsnetzes stehende Wiederverkäufer, sondern alle Abnehmer betreffen, können die Vereinbarungen nicht nach VO (EWG) Nr. 123/85 – heute VO (EG) Nr. 1475/95 – freigestellt werden; eine Einzelfreistellung ist schon aufgrund der nichterfolgten Anmeldung unmöglich. Die ausgefällte Busse beträgt 102 Millionen ECU.

g) Hoffmann-La Roche / Böhringer Mannheim

Fundstelle:	IV/M.950
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 2 FKVO (4. Februar 1998)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[807]



566 Die Hoffmann-La Roche Group übernimmt die Kontrolle über die Corange Ltd, deren Tochterfirmen Böhringer Mannheim und DePuy Inc. im Bereich Diagnostik, Pharma und Biochemie bzw. orthopädische Produkte tätig sind. In den Pharmamärkten ergeben sich grösstenteils keine Überschneidungen, die zu Anteilen von über 25% im Markt führen. Doch auch für Pharmaprodukte der Klassifikation A11D, wo Roche/BM in Italien Anteile von <70% halten, bestehen aufgrund starker Wettbewerber, einem dynamischen Marktgeschehen und sehr niedrigen Marktzutrittsschranken keine wettbewerblichen Bedenken.

567 Der Bereich in-vitro-Diagnostik, in dem Roche/BM aktiv sind, lässt sich unterteilen in Produkte (Instrumente, Reagenzien) für klassische klinische Chemie, Immunchemie, Haematologie/Histologie, Mikrobiologie und infektiöse Immunologie. Im Bereich klassische klinische Chemie erreichen die Parteien Anteile von <50%, in den einzelnen nationalen Märkten bis <70%. Die Lücke zum nächstgrössten Anbieter beträgt teilweise >60% und die schon starke Position von BM wird durch

[807] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 1998, 62 ff. «Roche/Corange»; vgl. II/9.2.6, p). Die hohe Marktdynamik im Bereich Diagnostika spreche gegen die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung.

den Zusammenschluss mit Roche noch verstärkt. Die starke Position der Parteien bei den installierten Instrumenten verstärken die Position bei verkauften Reagenzien durch langfristige Bindungen an das Instrument und weitere Bündelungseffekte mit anderen Diagnostika. Die Marktgegenseite ist stark segmentiert (kleinere Einkaufskooperationen), die Marktzutrittsschranken sind hoch (Investitionen, Servicenetz). In den einzelnen nationalen Märkten muss von einer Verstärkung bzw. Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.

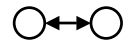
Im Bereich Immunchemie erreichen die Parteien Anteile von <20%, in den nationalen Märkten bis zu <40%. Die Position ist weit weniger konsolidiert als im Bereich klassische klinische Chemie; starke Konkurrenten können die Position von Roche/BM angreifen. 568

Im sehr dynamischen Bereich DNA-Sonden hält Roche eine sehr starke Position mit <70% Marktanteil. Roche liefert fortgeschrittene Instrumente und hält Schlüsselpatente in diesem Bereich, während BM erst an einem Markteintritt arbeitete. Andere Konkurrenten halten Marktanteile von lediglich <5%, ausgenommen Chiron, das in gewissen Segmenten bis zu 25% Anteil hält (14% insgesamt). Im Instrumentenmarkt hält Chiron jedoch eine schwache Position und ist zudem nur in Teilmärkten tätig. Obwohl ein Wachstumsmarkt vorliegt, scheint die Marktführerschaft von Roche in diesem Bereich stabil zu sein; sie wird sich durch das Ausnützen der Schlüsselpatente noch verstärken. 569

Aufgrund von Zugeständnissen der Parteien, Desinvestitionen im Bereich klassische Chemie und Vergabe von Lizenzen auf Schlüsseltechnologien im Bereich DNA-Sonden kann der Zusammenschluss genehmigt werden. 570

h) SBG / SBV

Fundstelle:	IV/M.1108
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (4. März 1998)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[808]



[808] Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in RPW 1998, 278 ff. «UBS/SBV»; vgl. II/9.2.7, d). In den regionalen Märkten für Firmenkredite besteht nach Ansicht der Wettbewerbskommission die Gefahr der Entstehung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung.

571 Die Unternehmen Schweizerische Bankgesellschaft (SBG) und Schweizerischer Bankverein (SBV) fusionieren. Die Unternehmen sind in den Bereichen Bankwesen und Finanzmärkte tätig; betroffen sind die Bereiche M&A-Beratung, Aktienemission und Aktienhandel. Die Parteien erreichen nur in wenigen Mitgliedstaaten Anteile von über 15% (Portugal: ca. 30% [M&A], 30% [Aktienemission] bzw. 10-20% [Aktienhandel]; England: 20% [nur Aktienhandel]) und sind in allen Märkten dem Wettbewerb zahlreicher starker Konkurrenten ausgesetzt; der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

i) Compaq / Digital

Fundstelle:	IV/M.1120
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (23. März 1998)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[809]



572 Die Compaq Computer Corporation übernimmt die Kontrolle über die Digital Equipment Corporation; die Unternehmen sind im Bereich Entwicklung, Herstellung und Vertrieb von Computer- bzw. Datenverarbeitungshardware tätig. Betroffen sind die europaweiten Märkte für PCs, Workstations, low-end-Servers und Diskettenlagerungssysteme. Die Marktanteile liegen durchschnittlich unter 20%, in wenigen Ländern erreichen sie bis 40%. Im Markt sind viele Wettbewerber tätig, die Innovationsrate und die Marktanteilsverschiebungen sind hoch. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

[809] Parallelverfahren in RPW 1998, 274 f. «Compaq Computer Corporation/Digital Equipment Corporation» gleich beurteilt; vgl. 9.2.6, v).

j) Price Waterhouse / Coopers & Lybrand

Fundstelle:	IV/M.1016
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 2 FKVO (20. Mai 1998)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[810]

573 Die Unternehmen Price Waterhouse und Coopers & Lybrand fusionieren; es handelt sich hierbei um zwei der sechs weltweit operierenden Wirtschaftsprüfungsgesellschaften (Abschlussprüfung, Buchführung, Steuerberatung und –erklärung, Managementberatung, Betriebs- und Personalplanung, Corporate Finance und Insolvenzberatung). Die Kommission unterscheidet folgende, weitgehend national abzugrenzenden Märkte: Abschlussprüfung und Buchführung für Grossunternehmen (ohne branchenspezifische Unterscheidung) und kleinere und mittlere Unternehmungen, Management- und Insolvenzberatung sowie Corporate Finance.

574 Da die «Grossen Sechs» im Bereich Abschlussprüfung für kleinere und mittlere Unternehmen stark von kleineren Wirtschaftsprüfern konkurrenziert werden, ergeben sich vor allem Bedenken im schon stark konzentrierten Markt für die Revision von Grossunternehmen. Eine alleinige Marktbeherrschung schliesst die Kommission aus, da in keinem Markt Anteile über 40% erreicht werden (D: 38,6%, EU: 31,7%); auch über einen – in Ausschreibungsmärkten wichtigen – längeren Beobachtungshorizont sind die Parteien bzgl. Gewinn und Verlust an Mandaten nicht dominierend. Aufgrund eines langsamen Marktwachstums (zahlenmässiges Wachstum des Kundenstamms nicht wahrscheinlich), niedriger Preiselastizität (der Preis bildet keinen dominanten Wettbewerbsfaktor), homogener Produkte (genormte Überprüfungen), hoher Markttransparenz und niedriger Innovationsrate, sowie sich über die Mitgliedschaft in Selbstregulierungsorganisationen (dementsprechender Einfluss auf die Normsetzung) ergebender Verflechtungen sind Anzeichen für die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung vorhanden. Allerdings kann kein schlüssiger Nachweis für die Existenz eines stabilen Oligopols erbracht werden; die noch hohe Zahl an Anbietern und der sich durch Ausschrei-

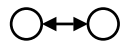
[810] Parallelverfahren in RPW 1998, 214 ff. «Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand» im Ergebnis gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, s). Die Wettbewerbskommission betrachtet die Revision von Banken und Versicherungen getrennt von anderen Märkten. Ausserdem seien keine Anreize für oligopolistisches Verhalten im Markt erkennbar; namentlich fehle die dafür notwendige Markttransparenz und Produktehomogenität.

bungen ergebende Wettbewerb sprechen gegen eine solche Annahme.[811] Die Entstehung eines Duopols scheint der Kommission als unwahrscheinlich, da in den einzelnen Mitgliedstaaten jeweils mit anderen Unternehmen eine Abstimmung erfolgen müsste, diese Unternehmen also in einigen Staaten Vorteile, in anderen Staaten Nachteile aufgrund des gleichgerichteten Verhaltens in Kauf nehmen müssten.

575 In den Bereichen Steuer- und Managementberatung und Corporate Finance liegen die Anteile weitgehend unter 15%; im Bereich Insolvenzberatung bei 25,8%. Die Gefahr einer marktbeherrschenden Stellung kann hier aufgrund zahlreicher Konkurrenten ausgeschlossen werden.

k) Thyssen / Krupp

Fundstelle:	IV/EGKS.1278
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 66 § 2 EGKS-V (2. Juni 1998)
Typ:	Genehmigter Unternehmenszusammenschluss[812]



576 Die Unternehmen Thyssen AG und Friedrich Krupp AG Hoesch Krupp fusionieren vollständig zur Thyssen Krupp AG; die Unternehmen befassen sich vorwiegend mit der Erzeugung und Weiterverarbeitung von Stahl, Eisen und anderen Werkstoffen. Überschneidungen bei den wenigen noch nicht in Gemeinschaftsunternehmen[813] eingebrachten Produkten sind bei Edelstahlprodukten, Grubenausbauprofilen und im Handel zu verzeichnen; dabei geht die Kommission davon aus, dass Marktanteile von bis zu 25% unbedenklich sind. Bei Edelstahl-Langprodukten erreichen die Parteien einen Anteil von <10%, im Bereich Stabstahl jedoch 30-40%. Aufgrund starker Mitbewerber und dank hoher Umstellungsflexibilität potentieller Anbieter ist der Zusammenschluss hier unbedenklich. Bei Grubenausbauprofilen erreichen die Parteien in Europa einen Marktanteil von unter 25%; bei Zugrundelegung eines deutschen Marktes jedoch 50-60%. Der Markt ist aufgrund

---

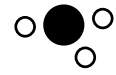
811 Im Falle einer Doppelfusion, also zugleich einer Fusion von KPMG und Ernst & Young, die am 23.12.1997 tatsächlich angemeldet wurde, wäre die Begründung eines Oligopols weit mehr wahrscheinlich. Der beabsichtigte Zusammenschluss wurde hingegen am 13.2.1998 zurückgezogen.

812 Parallelverfahren in RPW 1998, 415 ff. «Fried. Krupp AG Hoesch Krupp/Thyssen AG» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, x).

des Niedergangs der Steinkohlebergwerke rückläufig. Es sind zwei weitere Wettbewerber in Deutschland vorhanden und die Einflussmöglichkeiten der Nachfrager sind gross. Potentielle Anbieter sind in anderen Mitgliedstaaten vorhanden (Spanien). Im Bereich Handel werden keine Anteile über 25% erreicht. Der Zusammenschluss ist daher auch in diesen Bereichen unbedenklich. In Bereichen ohne kumulative Effekte, wo die Parteien aber eine starke Position halten (warmgewalzte Spundwände) führt der Zusammenschluss zu keiner vertikalen Integration oder einer Verstärkung der Marktstellungen.

l) Exxon / Shell

Fundstelle:	IV/M.1137
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (8. Juli 1998)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[814]



Die Exxon Chemical Company und die Shell Petroleum Company Limited and Shell Oil Company gründen ein Gemeinschaftsunternehmen, das die Aktivitäten der Parteien im Bereich Schmierstoff- und Kraftstoffzusätze vereint. Im Bereich Kraftstoffzusätze sind die kumulativen Effekte gering und geben nicht zu wettbewerblichen Bedenken Anlass. Im Bereich Schmiermittelzusätze stehen sog. DI packages (Detergent Inhibitor packages zur Bindung von Verunreinigungen, Verhinderung von Oxidationen etc.) und VI improvers (Viscosity Index improvers zur Stabilisierung der Viskosität bei unterschiedlichen Temperaturen) zur Diskussion; die Stoffe können durch Verwendung besserer Basisflüssigkeitsschmiermittel teilweise substituiert werden. Im europaweiten Markt für VI improvers werden die Parteien einen Anteil von >50% halten, gefolgt von drei Konkurrenten mit <20%. Aufgrund auch hoher Marktzutrittsschranken geht die Kommission von der Begründung einer beherrschenden Stellung aus. Im Bereich DI packages erreichen die Parteien einen Anteil von 20-30%; Marktführer ist Lubrzol mit >30%, gefolgt von weiteren Konkurrenten mit >15%, >10% und >5%. Die kumulativen Effekte sind 577

---

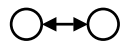
813 Vgl. IV/M.1243 «Krupp Hoesch/Thyssen»; II/10.2.2, b).

814 Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 1998, 600 ff. «Exxon/Shell»; vgl. II/9.2.6, z). Die Wettbewerbskommission geht aufgrund der Tatsache, dass der grösste Teil der Additive innerhalb der Exxon-Gruppe selbst abgesetzt werden, nur vom Ausscheiden eines potentiellen Konkurrenten aus dem Markt aus.

gering und auch bei weiterer Segmentierung des Marktes nach Anwendungen führt der Zusammenschluss nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung. Aufgrund Desinvestitionen von Exxon im VI improver-Markt kann der Zusammenschluss genehmigt werden.

m) Daimler Benz / Chrysler

Fundstelle:	IV/M.1204
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (22. Juli 1998)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[815]



578 Die Daimler-Benz AG und die Chrysler Corporation fusionieren zur DaimlerChrysler AG; die Unternehmen sind u.a. in der Produktion von Fahrzeugen tätig. In den europäischen Personenfahrzeugmärkten beträgt der kumulierte Marktanteil von DaimlerChrysler 4,1%; die Unternehmen liegen damit an achter Stelle hinter Volkswagen (16,5%), Ford/Mazda (12,4%), General Motors (12,1%), PSA Gruppe (11,7%), Renault (10,3%), Fiat (9,7%) und BMW/Rover (5,7%). Selbst bei Zugrundelegung nationaler Märkte übersteigt der Marktanteil in keinem Fall 8,5%. Bei weiterer produktespezifischer Segmentierung des Fahrzeugmarktes übersteigt der Anteil der Unternehmen im Falle von Mehrzweckfahrzeugen, Sportcoupés und Geschäftslimousinen teilweise 25%. Im Falle von Mehrzweckfahrzeugen erreicht Chrysler in Finnland 44,8%, Schweden 31,6%, Spanien 25,8% und Norwegen 46,2%. Die kumulativen Effekte sind hier jedoch gering und der Markt ist von starker Konkurrenz und vielen Neueintritten geprägt; auch ist die Bedeutung dieses Marktes verglichen mit dem Gesamtmarkt gering. Bei Sportcoupés beträgt der gemeinsame Anteil zwischen 29% (Irland) und 40,5% (Griechenland); bei Geschäftslimousinen 25,5% (Griechenland) und 32,1% (Deutschland). Die kumulativen Effekte sind hier ebenfalls gering und der Markt sehr kompetitiv (v.a. durch BMW). Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

[815] Parallelverfahren in RPW 1998, 418 ff. «Daimler-Benz/Chrysler» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, y).

n) Bertelsmann / Wissenschaftsverlag Springer

Fundstelle:	IV/M.1377
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (15. Februar 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[816]



Die Bertelsmann AG erlangt die alleinige Kontrolle über die deutsche Springer Verlag GmbH & Co. KG, die Komplementär-GmbH Springer Verwaltungsgesellschaft mbH, die österreichische Springer Verlag KG sowie deren Komplementärin Ferdinand Springer GmbH; Bertelsmann ist im Medienbereich allgemein, Springer als Herausgeber und Verleger von Fachbüchern und –zeitschriften tätig. Im weltweiten Markt für wissenschaftliche Publikationen, in denen Bertelsmann kaum tätig ist, bleibt der Marktanteil nach dem Zusammenschluss unter 15% (bei Zugrundelegung nationaler Märkte unter 25%); es sind bedeutende Wettbewerber mit teilweise bedeutend höheren Umsätzen im Markt tätig. Auf den nationalen Märkten für berufsbezogene Publikationen kommt es nur im Bereich Medizin zu Anteilen über 10% (Spanien 20-25%, ohne kumulative Effekte; Deutschland 31,2%); in den Märkten sind andere starke Wettbewerber aktiv und die Pharmaunternehmen, welche die Fachzeitschriften zu 85-95% über Anzeigen finanzieren, bilden eine starke Marktgegenseite. Im Markt für Offsetdruck in Deutschland beträgt der Marktanteil <5%. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich. 579

o) Deutsche Post / Danzas

Fundstelle:	IV/M.1410
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (17. Februar 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[817]



Die Deutsche Post AG übernimmt die Kontrolle über die Gesamtheit der Danzas Holding AG. Die Deutsche Post erbringt den nationalen Postdienst in Deutschland und ist auch in den Bereichen Expresslieferungen und Fracht tätig; Danzas ist ein weltweit tätiges Speditionsunternehmen. Der Zusammenschluss ist weitgehend komplementärer Natur; es ergeben sich nur wenige Überschneidungen im Bereich 580

[816] Vgl. auch die Bertelsmann-Zusammenschlüsse in FN II/671.

Fracht (national, international und Expressfracht) und die Marktanteile führen insgesamt nicht zu beherrschenden Marktstellungen.

p) Daimler Chrysler / ADtranz – ABB Daimler Benz Transportation

Fundstelle:	IV/M.1446
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (15. März 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[818]



581 Die DaimlerChrysler AG übernimmt die alleinige Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen ABB Daimler Benz Transportation ADtranz. DaimlerChrysler hat seinen Schwerpunkt in den Bereichen Automobil, Luftfahrt und Dienstleistungen; ADtranz entwickelt, produziert und vertreibt Schienenfahrzeuge aller Art. Vertikale Effekte sind im Bereich Dieselmotoren für schwere Schienenfahrzeuge vorhanden, wobei dieser Bereich aufgrund der Elektrifizierung der Schienennetze rückläufig ist. Insgesamt hat der Kontrollwechsel kaum Auswirkungen auf den Wettbewerb, da DaimlerChrysler selbst auf den betroffenen Märkten nicht tätig ist und bereits das Gemeinschaftsunternehmen über ausreichend finanzielle Ressourcen der Muttergesellschaften verfügt hat. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

q) BAT / Rothmans

Fundstelle:	IV/M.1415
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (17. März 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[819]



582 Die British American Tobacco plc (BAT) übernimmt von der Compagnie Richemont Financière AG und der Rembrandt Group Limited die Rothmans International B.V. (Rothmans); die Unternehmen sind im Tabakgeschäft, hauptsächlich in der Zigarettenproduktion tätig. In Europa ist Philip Morris Marktführer mit 34,5%

---

817 Parallelverfahren in RPW 1999, 125 ff. «Deutsche Post AG/Danzas Holding AG» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, cc).

818 Parallelverfahren in RPW 1999, 175 f. «DaimlerChrysler AG/ADtranz» gleich beurteilt; vgl. FN II/659.

819 Parallelverfahren in RPW 1999, 255 f. «BAT/Rothmans» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, ee).

Anteil an verkauften Zigaretten, BAT und Rothmans halten 5,7% bzw. 7,9% Anteil. In den – trotz europäischer Tendenzen – national abzugrenzenden Märkten halten BAT/Rothmans Anteile unter 20%; nur in den Niederlanden (47%), Luxemburg (29,1%) und Belgien (38,7%) liegen die Anteile darüber. In allen Märkten konnte Philip Morris auf Kosten der anderen Konzerne Anteile hinzu gewinnen (Verdoppelung seit 1986). Die Präsenz starker Mitbewerber in den Märkten mit Anteilen von mindestens 10% schliesst eine alleinige marktbeherrschende Stellung von BAT/Rothmans aus. Auch kann eine kollektive Marktbeherrschung mit Philip Morris ausgeschlossen werden, da die Marktanteile nicht symmetrisch sind und eine starke Dynamik aufweisen; zudem sind weitere starke Mitbewerber im Markt tätig.

r) Renault / Nissan

Fundstelle:	IV/M.1519
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (12. Mai 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[820]

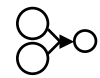


Die Renault SA übernimmt die Kontrolle durch Aktienkauf über Nissan Motor Co. Ltd (36,8% der Aktien), Nissan Diesel Motor Co. Ltd (22,5%) und Nissan European Financing Subsidiaries (100%); die Unternehmen sind im Bereich Fahrzeugbau und Fahrzeugfinanzierung tätig. In den Märkten für Personenfahrzeuge erreichen die Parteien europaweit einen Anteil von 10-20%, nur in Frankreich ist der Anteil deutlich über 15% (25-35%, im Bereich Mehrzweckfahrzeuge 35-45%). Aufgrund der geringen kumulativen Effekte (<5%) und starker Konkurrenz in allen Fahrzeugsegmenten begründet der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung. Im Bereich mittlere Lastwagen erreichen die Parteien in Spanien einen Anteil von 30-40% mit stärkeren kumulativen Effekten (Renault 15-25%, Nissan 10-20%). Auch hier sind die Parteien starker Konkurrenz durch Iveco (20-30%), MAN und Mercedes (je 10-20%) ausgesetzt. 583

[820] Parallelverfahren in RPW 1999, 258 «Renault/Nissan» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, gg). Der Markt für mittlere Lastwagen war von den schweizerischen Wettbewerbsbehörden nicht zu prüfen.

s) Alstom / ABB

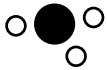
Fundstelle:	IV/M.1484[821]
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (2. Juni 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[822]



584 Die ABB Handels- und Verwaltungs AG und Alstom gründen das Gemeinschaftsunternehmen ABB Alstom Power, das den grössten Teil der Tätigkeit der Parteien im Bereich Energieerzeugung umfassen wird. In den weltweit abzugrenzenden Märkten für Gasturbinen (</>10 MW), Dampfturbinen (</>70 MW), Wasserkraftgeneratoren, nachgelagerte Dampfgeneratoren, fossile Brenner, Gasreinigungsanlagen sind zahlreiche andere Konkurrenten tätig, die an Ausschreibungen jeweils teilnehmen; die Transportkosten und Zölle sind gering (2,5-8% bzw. 2,5-5,5%). Die Marktanteile liegen bei Gasturbinen 30-40%, bei Dampfturbinen 40-50% (der Trend geht aber zu Gasturbinen, der Markt ist in der Reifephase), bei Wasserkraftgeneratoren 50-60% (wobei die kumulativen Effekte sehr gering und die Marktgegenseite, v.a. Grosskunden, Druck ausüben kann), bei fossilen Brennern 30-40% (JV wird zweitgrösster Lieferant, viele andere Hersteller) und bei <30% in den anderen Märkten. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

t) Hoechst / Rhône-Poulec

Fundstelle:	IV/M.1378
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (9. August 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[823]



585 Die Hoechst AG und die Rhône-Poulenc S.A. fusionieren zum Unternehmen Aventis; die Unternehmen sind in den Bereichen Pharma, Pflanzenproduktion und Pflanzenschutz, Veterinärmedizin und Chemie tätig. Starke Marktanteilsadditionen

---

821 Vgl. auch den nach Art. 6 Abs. 1 lit. b unbedenklichen Zusammenschluss IV/M.1909 «Alstom / ABB – Alstom Power» vom 5.5.2000; der Erwerb der alleinigen Kontrolle über das JV durch Alstom ändert nichts an der Wettbewerbssituation.

822 Parallelverfahren in RPW 1999, 258 f. «ABB Handels- und Verwaltungs AG/Alstom SA» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, hh).

823 Parallelverfahren ohne Bedingungen und Auflagen in RPW 1999, 484 ff. «Hoechst/Rhône-Poulenc»; vgl. II/9.2.6, ii). Im Bereich Pharma seien keine Marktanteilsadditionen zu verzeichnen; im Bereich Pflanzenschutzmittel seien keine betroffenen Märkte vorhanden.

bestehen im Bereich Pharma, Pflanzenschutz und nicht-landwirtschaftliche Pestizide. Der Zusammenschluss hat in den einzelnen Pharmamärkten weitgehend komplementären Charakter. Nur in 5 Märkten beträgt der Anteil 25-35% mit einer Kumulation von über 5%; in 7 Märkten beträgt der Anteil 35% und mehr. Starke Wettbewerber sind in diesen dynamischen Märkten tätig und die Entstehung einer alleinigen und kollektiven marktbeherrschenden Stellung kann darum fast überall ausgeschlossen werden. die Kommission befürchtet allerdings die Entstehung einer beherrschenden Stellung im Markt für Medikamente der Klasse J1F ATC 3 in Frankreich: der Marktanteil beträgt hier 50-60%. Ein Produkt zweiter Generation wird in diesem Markt die Position der Parteien noch verstärken. Bei Cobolaminen (aktive Substanzen) halten die Parteien einen marktbeherrschenden Anteil von 75-85%; europäische Konkurrenten sind hier keine vorhanden und Ersatzprodukte asiatischer Anbieter bergen qualitative Nachteile. Mit Revasc und Refludan haben die Parteien jeweils sehr fortgeschrittene Produkte gegen Thrombose (mit auch gleichem Anwendungsbereich) in ihrer Produktepipeline; Konkurrenten werden frühestens 2005 auf dem Markt vertreten sein, so dass die Kommission hier ebenfalls von der Entstehung einer beherrschenden Position ausgeht.

586 Im Bereich Pflanzenschutz existieren 29 Märkte, in denen die Parteien Anteile von über 25% mit starken kumulativen Effekten ausweisen. In gewissen Märkten für Getreidepflanzenschutzmittel erreichen die Parteien bis zu 85-95%. In allen anderen Märkten – ausser Isoproturon, wo die Parteien die einzigen Qualitätsanbieter sind – geht die Kommission trotz teilweise starken Stellungen der Parteien nicht von einer Marktbeherrschung aus, da der Markt dynamisch (Marktanteile, Innovationsrate, Neueintritte) ist und starke Wettbewerber aufweist. Im Bereich Insektizide haben die Parteien einen Anteil von 45-55% in Frankreich, was nach Ansicht der Kommission Anlass zu Bedenken gibt.

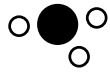
587 Ebenfalls zu Bedenken Anlass geben nach Ansicht der Kommission die hohen Marktanteile von 40-50%, 40-50% und 50-60% in den Chemiebreichen Silikonelastomere, Silikondichtungsmittel bzw. Polymerpulver. Gleich beurteilt die Kommission Anteile von über 35-45% im Bereich Veterinärmedizin in Teilmärkten für Endocide und Impfmittel.

588 Der Zusammenschluss wird aufgrund von Zugeständnissen der Parteien in den fraglichen Bereichen, namentlich dem Verkauf von Beteiligungen im Chemiebereich, Rückgabe und Vergabe von Lizenzen im Pharma- und Pflanzenschutzbe-

reich sowie Desinvestitionen im Bereich Insektizide und Veterinärmedizin genehmigt.

u) Exxon / Mobil

Fundstelle:	IV/M.1383
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 2 FKVO (29. September 1999)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[824]



589 Die Exxon Corporation und die Mobil Corporation fusionieren; die Unternehmen sind auf allen Stufen des Erdölgeschäfts tätig. In den Bereichen Exploration, Förderung und Produktion von Rohöl bestehen nach Ansicht der Kommission keine schwerwiegenden wettbewerblichen Bedenken, da durch den Zusammenschluss zwar eine neue Klasse von drei grossen Ölfirmen entstehe (Exxon-Mobil, BP Amoco-Arco, Shell), diese aber genügender Konkurrenz durch «kleinere» Firmen wie Chevron, Texaco, Elf oder Total ausgesetzt seien; zudem verbieten die meisten Förderkonzessionen eine Einschränkung der Förderung, so dass kollusives Verhalten zusammen mit dem OPEC-Kartell ausgeschlossen ist. Im Bereich der gas-to-liquids-Technology, mit der Erdgas in fertiges Benzin umgewandelt werden kann, halten die Parteien zwar umfangreiche Patente, die sie aber nicht in die Lage versetzen, die Entwicklung der Technologie durch andere Unternehmen zu verhindern. Hingegen begründet oder verstärkt der Zusammenschluss beherrschende Positionen im Bereich Transport von Erdgas in den Niederlanden und Deutschland, Lagerung von Erdgas in Deutschland, Gruppe I Basisflüssigkeitsschmiermittel in Europa, Vertrieb von Benzin in Österreich, Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden und England, Benzinverkauf an Autobahntankstellen in Frankreich, Flugzeugöle weltweit und Flugbenzin am Flughafen Gatwick:

590 Im nationalen Gasmarkt der Niederlande wird die Position des staatlichen Anbieters Gasunie aufgrund des Zusammenschlusses durch Verflechtungen und vertragliche Bindungen mit dem holländischen Staat verstärkt. Im regionalen Gasmarkt Deutschlands wird der Wettbewerb durch den Zusammenschluss beeinträchtigt: die

[824] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 1999, 479 «Exxon/Mobil»; vgl. FN II/645. Der Konzern wird nach dem Zusammenschluss nur geringe Marktanteile in der Schweiz halten.

Dominanz der grossen Gasanbieter in ihren angestammten Gebieten ist gross und Wettbewerb durch kleinere Anbieter oder potentielle Konkurrenten ist aufgrund starker Verflechtungen (durch umfangreiche Beteiligungen) nicht zu erwarten. Auch sind die Gasspeicher um München im Besitz der Parteien oder Unternehmen, an denen die Parteien beteiligt sind, was die Möglichkeiten für ein Eindringen in den süddeutschen Markt beschränkt.

591 Im Bereich Basisflüssigkeitsschmiermittel Gruppe I halten Exxon BP/Mobil (JV) und Shell die grössten Marktanteile; die Markteintrittsbarrieren sind aufgrund von Überkapazitäten und gedrückten Preisen hoch. Aufgrund grosser Raffineriekapazitäten und strategisch gut plazierter Lagerstätten geniessen die genannten Anbieter Kostenvorteile und bleiben von Marktschwankungen weitgehend unberührt. Diese Firmen setzen auch in erster Linie die Standards für neue Produkte. Nur in gewissen regionalen Märkten mit nationalen Anbietern und in Nischen verlieren die grossen Anbieter an Bedeutung. Da Shell stark für den Eigenverbrauch produziert und wenig Kapazitäten für den Verkauf zur Verfügung hat, kann es seine Grösse im Wettbewerb nicht ausspielen und die Parteien haben einen grösseren Preissetzungsspielraum nach dem Zusammenschluss.

592 Im Bereich der Feinverteilung von Benzin sind verschiedene Anbieter tätig. Mobil ist in diesem Bereich aber durch ein Joint Venture zusammen mit BP tätig. Zudem ist Mobil an Aral beteiligt. So erreichen die Parteien in Deutschland und England Marktanteile bis zu ca. 60%. Nach Ansicht der Kommission ist auf den Märkten von Österreich, Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden und England die Gefahr kollusiven Verhaltens aufgrund der hohen Marktkonzentration (Exxon, Mobil, BP und nationale Anbieter wie OMV in Österreich, TotalFina/Elf in Frankreich etc. teilen sich den Markt), Produktehomogenität, niedriger Innovation und Wachstum, symmetrischer Kosten, in einigen Märkten symmetrischer Anteile, gleichmässiger vertikaler Integration, unelastischer Nachfrage, struktureller Verbindungen, Absenz potentieller Konkurrenten, schwacher Marktgegenseite und Kontakten auf mehreren Märkten gegeben. Ein Preiskampf ist aufgrund der niedrigeren Kostenbasis und Kompensationsfonds der grossen Unternehmen für solche Fälle unwahrscheinlich.

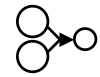
593 Im Markt für Flugzeugöle (v.a. Qualitätsöle für zivile Flugzeuge) haben die Parteien einen unübertroffenen Marktanteil inne; im Markt wird daher nach dem Zusammenschluss nur noch ein Anbieter tätig sein und wirksamer Wettbewerb wird

beseitigt. Im Bereich Flugzeugtreibstoffe wird Exxon/Mobil einen grossen Teil der Treibstoff-Logistik (Pipelines, nahe Raffinerien) für den Gatwick Airport halten.

594 Aufgrund von Zugeständnissen der Parteien, namentlich Verkauf von Gas an Drittanbieter in Holland, Desinvestition von Anteilen oder Stimmrechten von Gasanbietern in Deutschland, Verkauf von Basisflüssigkeitsöl-Kapazität, Rückzug von Aral und dem JV mit BP[825], Verkauf von Exxons Flugzeugölaktivitäten und Verkauf von Flugtreibstofftransportkapazität an Drittanbieter für Gatwick, kann der Zusammenschluss genehmigt werden.

v) Freecom / Dangaard

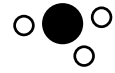
Fundstelle:	IV/JV.26
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (1. Dezember 1999)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[826]



595 Die Unternehmen BHS Holding GmbH und Co KG und die debitel AG einerseits sowie die Fleggard Holding AS und Fleggard Partner AS andererseits bringen ihre Anteile an der FreeCom GmbH bzw. Dangaard Holding AS in ein neues Gemeinschaftsunternehmen ein, das im Grosshandel mit mobilen Kommunikationsmitteln (Mobiltelefone, Autotelefone und Zubehör) und sog. Mehrwertdiensten (Beratung) tätig sein wird. Die Marktanteile des neuen Unternehmens bewegen sich in Deutschland unter 15%; aufgrund starker Mitbewerber in diesem dynamischen Markt ist der Zusammenschluss unbedenklich.

w) TotalFina / Elf

Fundstelle:	IV/M.1628
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 FKVO (9. Februar 2000)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[827]



[825] Vgl. IV/M.1820 «BP/JV Dissolution» vom 2.2.2000.

[826] Parallelverfahren in RPW 2000, 43 ff. «Freecom/Dangaard» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, nn).

[827] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 2000, 228 ff. «Elf Aquitaine/TotalFina»; vgl. II/9.2.6, tt).

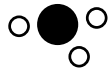
Das Unternehmen TotalFina erwirbt die Kontrolle über Elf Aquitaine; die Unternehmen sind hauptsächlich im Erdölgeschäft tätig. In den regionalen Märkten für den Verkauf von Erdölprodukten an nicht vertikal integrierte Detaillisten und Grosshändler halten Elf/TotalFina einen Marktanteil von 45-55%. Die Parteien kontrollieren ebenso 45-55% der Raffinierungskapazitäten und 50-60% der Importlager in Frankreich. Drei von vier Pipelinenetzen werden von den Parteien kontrolliert; das vierte wird hauptsächlich von den Parteien benutzt. 45-55% der vernetzten Depotkapazität und 40-50% der Aussendepots halten die Parteien insgesamt, im Norden gar 70-80%; Im Raum Paris sind Dritte gänzlich auf Depots von TotalFina/Elf angewiesen, da die übrige Depotkapazität diesen nicht zur Nutzung offen steht. Die Konkurrenten von TotalFina/Elf sind daher vom Logistiknetz der Parteien abhängig und auf die Nutzung angewiesen; auf der anderen Seite verlieren TotalFina/Elf durch ihre Integration das Interesse daran, die Netze und Depots für Dritte offenzuhalten. 50-60% der Importlagerkapazität kontrollieren die Parteien, im Süden bis 90-100%. Es ist daher in diesen Bereichen mit der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung in ganz Frankreich zu rechnen. 596

Auf dem Markt für Benzin von Autobahntankstellen ist TotalFina Marktführer mit einem Anteil von 30-40%, gefolgt von Elf, Shell, Esso und BP/Mobil mit jeweils 10-20%. Der neue Konzern ist mit 50-60% in der Lage, auf diesem transparenten Markt gezielt Repressalien einzusetzen, um eine homogene Preisbildung zu erzwingen. Auf den Flughäfen Toulouse und Lyon erhalten die Parteien zusammen ein Monopol für die Lieferung von Flugtreibstoffen. Im Markt für Propan und Butan halten die Parteien einen Marktanteil von 40-50%, gefolgt von Butagaz mit 20-30% und Primagaz mit 10-20% Anteil. Aufgrund von Abhängigkeiten anderer Anbieter (Lagerkapazität etc.) wird nach dem Zusammenschluss eine marktbeherrschende Position für TotalFina/Elf entstehen; die Konkurrenten haben kein Interesse, Preiserhöhungen von TotalFina/Elf nicht zu folgen. 597

Im Markt für Schwefel halten die Parteien nur kleinere Marktanteile. Im Markt für Ethylen kommt es nicht zu einer Verstärkung der beherrschenden Stellung von Elf, da TotalFina in diesem Markt nicht präsent ist. In den anderen, oben beschriebenen Märkten kann der Zusammenschluss aufgrund von Desinvestitionen der Parteien in den Bereichen Lager- und Transportkapazität, Autobahntankstellen sowie Flughafenbelieferung mit Treibstoffen genehmigt werden. 598

x) Alcan / Alusuisse

Fundstelle:	IV/M.1663
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 2 FKVO (14. März 2000)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[828]



599 Am 11. August 1999 verständigen sich Alcan, Alusuisse und Pechiney auf eine Integration ihrer Aluminium- und Verpackungsaktivitäten über zwei unabhängige Übernahmeangebote von Alcan. Aufgrund von Bedenken der Europäischen Kommission wird der Zusammenschluss Alcan / Pechiney allerdings zurückgezogen.[829] Die verbleibenden Parteien sind vertikal integrierte Unternehmen, die in allen Bereichen der Aluminiumproduktion tätig sind; im Markt sind zahlreiche weitere Anbieter tätig (Pechiney, VAW, Alcoa, Norsk Hydro und Hoogovens). Nach Ansicht der Kommission entstehen marktbeherrschende Positionen in den Bereichen Aluminium Trihydrate (ATH), lithographische Platten (flachgewalzte Produkte) und halbstarre Container (Verpackung).

600 ATH ist ein Zwischenprodukt der Aluminiumherstellung und kann für verschiedene Zwecke eingesetzt werden. Nur wenige Produzenten verfügen über die Einrichtungen, das ATH im Produktionsprozess auszufiltern, was zu einer tiefen Angebotsumstellungsflexibilität führt. Auch würde nach Untersuchungen der Kommission eine Preiserhöhung um 5-10% keine Neueintritte in den (europäischen) Markt provozieren, da die Investitionen sehr hoch und Überkapazitäten – bei Senkung des Preises – ausserordentlich kostspielig sind. Für den Einsatz von ATH gibt es keine gleichwertig günstigen, ungiftigen Substitute. Der Marktanteil der Parteien von 65-75% deutet auf eine starke Stellung hin. Anbieter in benachbarten Märkten könnten bei einer Preiserhöhung um 5% den Marktanteil allenfalls um 10% reduzieren, was die Preiserhöhung nicht unprofitabel machen würde.

---

828 Parallelverfahren (Dreierfusion) ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 1999, 604 ff. «Alcan/Pechiney/Algroup»; vgl. II/9.2.6, ll). Der Zusammenschluss kann aufgrund zahlreicher Konkurrenten (bei 50% Marktanteil der Parteien in einzelnen Märkten) und hoher Angebotsumstellungsflexibilität zugelassen werden.

829 Vgl. IV/M.1715 «Alcan/Pechiney» vom 14.3.2000.

Im europäischen Markt[830] für Flachwalzprodukte halten die Parteien Anteile von 25-35% und haben freie Kapazitäten von über 30%, vor VAW mit unter 20% Anteil und über 85% Auslastung sowie kleineren Anbietern. Allerdings betreibt Alcan zusammen mit VAW das grösste Walzwerk weltweit in einem joint venture, was nach Ansicht der Kommission eine de facto Kooperation zwischen den grössten Anbietern von Flachwalzprodukten führt. Starke einseitige Abhängigkeiten von VAW gegenüber dem gemeinsamen Walzwerk und die grossen Überkapazitäten der Parteien werden VAW die Anreize zu wettbewerblichem Verhalten nehmen (faktische Bestrafungsmöglichkeiten von Alcan über das gemeinsame Walzwerk und Kapazitätsstrategien). Lithographische Platten im Speziellen sind schwierig herzustellen, nur wenige Walzwerke in Europa sind dazu in der Lage; Abnehmer kaufen solche Platten von Anbietern erst nach zweijährigen Qualitätstests (Markteintrittsbarrieren). Hier halten die Parteien Anteile von 45-55%, vor VAW mit 35-45%, Alcoa mit 5-15% und Elval mit unter 5%. Aufgrund der Abhängigkeiten von VAW; der in diesem Markt symmetrischen Anteile; der Transparenz aufgrund der gemeinsamen Produktionsanlage; der Homogenität der Produkte und des stagnierenden Marktes ist die Gefahr kollusiven Verhaltens gegeben. Alcoa als drittgrösster Produzent kann seine Position nicht ausreichend verstärken und die Marktgegenseite wird durch den Zusammenschluss noch schwächer, was zu einem marktbeherrschenden Duopol führt. 601

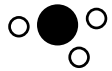
Im Markt für glattwandige Aluminiumverpackungen, die aufgrund ihrer Eigenschaften (geringe Kosten, Lagerfähigkeit) schwer substituierbar sind, halten die Parteien einen Anteil von 50-60%, vor deSter mit 10-20%, Alupack mit 5-15% sowie Pluspack und Teich mit jeweils unter 10%. Neben den Parteien ist nur Teich vertikal integriert, die anderen sind auf Zulieferer, hauptsächlich die Parteien und VAW, angewiesen. Die Kunden Mars, Nestlé und Saturn beziehen zu über 90% ihrer Verpackungen bei den Parteien und haben keine Alternativanbieter mit genügend grossen Kapazitäten zur Verfügung; sie können aber eine Preiserhöhung leicht an den Endkunden weitergeben und üben daher keinen Preisdruck aus. Es ist daher von der Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen. 602

[830] Importe aus der Türkei und Russland sind kaum zu verzeichnen; die Walzwerke in diesen Ländern sind nicht zu just-in-time Lieferungen fähig, was zu hohen Lagerhaltungskosten für die Abnehmer führt; die Zölle betragen ausserdem 7,5-12%.

603 Aufgrund von Zugeständnissen der Parteien bzgl. Verkäufen von Werken in den relevanten Bereichen wird der Zusammenschluss für vereinbar mit dem gemeinsamen Markt erklärt.

y) Volvo / Scania

Fundstelle:	IV/M.1672
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 3 FKVO (15. März 2000)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt unvereinbarer Unternehmenszusammenschluss[831]



604 AB Volvo erwirbt die Kontrolle über Scania AB. Volvo produziert Lastwagen, Busse, Maschinen für Marine und Industrie, Konstruktionsausrüstung und militärische Luftfahrzeuge (das Fahrzeuggeschäft wurde 1999 an Ford verkauft); Scania stellt hauptsächlich Lastwagen, Busse sowie Maschinen für Marine und Industrie her. Im Bereich Dieseltriebwerke für Industrie und für Marine wird allerdings keine beherrschende Stellung entstehen.

605 Im schwedischen, dänischen, norwegischen und finnischen Markt[832] für schwere Lastwagen (>16 t) halten die Parteien kumulierte Marktanteile von 58,9% (Dänemark) bis 90,8% (Schweden); in Europa betragen die Werte 30,8% vor DaimlerChrysler mit 20,6% (und fünf Weiteren mit unter 15% Anteil). In den nordischen Ländern gibt es nach Ansicht der Käufer keine Alternative ausser Volvo und Scania; diese sind die sich nächsten Substitute im Markt. In ihren Heimmärkten haben die Parteien ein grosses, meist exklusives Vertriebsnetz aufgebaut und geniessen als nationale (nordische) Marken die Loyalität der Kunden und Händler. Die Käufer sind zu 60-70% kleinere Betriebe und haben kein Gewicht bei Preisverhandlungen; gegenüber Grosskunden zahlen diese heute schon einen 20-30% höheren Preis. Der Anteil der Parteien wird trotz eines gewissen Schrumpfungseffektes

---

831 Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 2000, 51 f. «Volvo AG/Scania AG»; vgl. II/9.2.6, pp). Aufgrund eher tiefer Marktanteile in der Schweiz (nationale Marktabgrenzung) ist der Zusammenschluss nicht bedenklich.

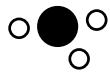
832 Während die Parteien hier von einem europaweit abzugrenzenden Markt ausgehen, nimmt die Kommission nationale Märkte an. Gründe dafür sind die Existenz von Preis- und Margendifferenzen über mehrere Länder hinweg, die Existenz unterschiedlicher Kundenpräferenzen und technischer Anforderungen in den einzelnen Mitgliedstaaten (Schweden kennt als Zulassungserfordernis zusätzliche Crashtests etc.), das immer noch national ausgerichtete Nachfrageverhalten, die Notwendigkeit eines Servicenetzes und Marktanteilsunterschiede.

nach der Fusion (gemischte Flotten als Strategie der Spediteure) gross bleiben. Die Markteintrittsbarrieren in den nordischen Ländern sind hoch, v.a. durch die Notwendigkeit der Investition in Servicenetze. Im irischen Markt erreichen die Parteien einen Anteil von knapp 50%; der Markt weist Ähnlichkeiten mit dem nordischen Markt in Bezug auf Loyalität zur Marke und Eintrittsbarrieren auf. Der Markt ist zu klein, als dass bei Preiserhöhungen Anreize zum Aufbau eines konkurrierenden Vertriebsnetzes bestünden.

606 In den Märkten für Stadtbusse, Fernbusse und Reisebusse in Schweden, Finnland, Norwegen, Dänemark, Grossbritannien und Irland halten die Parteien Marktanteile zwischen 60-100% (Stadtbusse), 70-90% (Fernbusse) und 20-90% (Reisebusse). Im Markt für Reisebusse entsteht nach Ansicht der Kommission eine beherrschende Stellung in Finnland (80-90% Anteil) und Grossbritannien (50-60%); in den anderen Ländern sind die Marktanteile der Parteien signifikant tiefer und die Konkurrenten jeweils gut in den Märkten positioniert. Gleich wie im Markt für schwere Lastwagen sind die Marktbedingungen für Reisebusse bzgl. Stärke der Parteien, Markteintrittsbarrieren, Servicenetz und Kundenstärke zu beurteilen. Zudem besitzt Volvo in Finnland, wo praktisch nur Chassis verkauft werden, den grössten Wagenbauer und in England einen sehr wichtigen Wagenbauer, ist dort also vertikal integriert. In England, wo die Markteintrittsbarrieren aufgrund landesspezifischer Merkmale hoch sind (Linksverkehr), würden die anderen Anbieter mit je <10% die Preisvorgaben von Volvo eher akzeptieren denn anfechten (Preisführerschaft). Im Bereich Stadtbusse und Fernbusse wird der Zusammenschluss in Schweden, Finnland, Norwegen, Dänemark und Irland zu einer beherrschenden Position führen. Volvo und Scania sind die traditionellen Hersteller von Bussen in diesen Ländern; sie geniessen eine hohe Loyalität für ihre Marken und haben ein grosses Servicenetz. Die Markteintrittsbarrieren sind hoch. Auch die privatisierten, grossen schwedischen Busbetriebe bilden nach Ansicht der Kommission keine starke Marktgegenseite. Die vorgeschlagenen Massnahmen bzgl. Verbesserung der Wettbewerbssituation (Auflösung der Exklusivhändlerverträge, Verkauf der Bus-Wagenbauer, Verzicht auf die Marke Scania für zwei Jahre) ändern an der Beurteilung nichts. Die Abhängigkeiten der Händler und Wagenbauer würden bestehen bleiben; schon heute machen die Händler nicht von der Möglichkeit Gebrauch, konkurrierende Produkte zu verkaufen (Neue Vorschläge der Parteien zur Verbesserung der Konkurrenzsituation wurden nicht mehr berücksichtigt). Der Zusammenschluss wird daher untersagt.

z) Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham

Fundstelle:	IV/M.1846
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (8. Mai 2000)
Typ:	Unbedenklicher Zusammenschluss[833]



607 Die Unternehmen Glaxo Wellcome und SmithKline Beecham fusionieren; die Unternehmen sind vor allem im Bereich Humanmedizin tätig. Überlappungen, die zu Marktanteilen über 15% führen, existieren in 12 Bereichen der ATC Klassifikation 3. Im Bereich Anti-Virale (J5B) interessiert der Bereich Anti-Herpes, in welchem die Parteien die Produkte Zovirax, Famvir, und Valtrex vertreiben. Aufgrund der sehr hohen Marktanteile von bis zu 100% in einigen Mitgliedstaaten (der nächstgrösste Konkurrent hat jeweils höchstens 20% Anteil) ist von der Entstehung einer beherrschenden Position in diesem Markt auszugehen. Auch wenn der Patentschutz auf Zovirax abgelaufen ist, wird die Nachfrage zum grössten Teil auf die Folgeprodukte Famvir und Valtrex übergehen; der Wettbewerb zwischen diesen Produkten wird jedoch durch den Zusammenschluss beseitigt. Auch im Markt für topische Anti-Virale halten die Parteien sehr hohe Marktanteile. Durch den Zusammenschluss ist auch hier davon auszugehen, dass der Wettbewerb zwischen Zovirax und dem Substitut Vectavir beseitigt wird. Im Markt der Klassifikation A4A hält Glaxo Wellcome mit Zofran Marktanteile bis 95%; die Konkurrenzprodukte von Novartis (Navoban) und Aventis (Anzemet) halten europaweit nur 20% und konnten ihre Position seit der Einführung ausser in Österreich (Novartis) nicht stärken. Aufgrund von Auslizensierungen in diesem Bereich kann der Zusammenschluss trotzdem genehmigt werden.

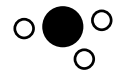
608 Im Bereich Antibiotika erreichen die Parteien kleinere Marktanteile mit zumeist geringen kumulativen Effekten. Auch im Bereich Anti-Malaria-Produkte bleiben die Marktanteile meist unter 15%, so dass keine wettbewerblichen Bedenken zu verzeichnen sind. Im Bereich topische Antibiotika (D6A) erreichen die Parteien in England 30-40% Marktanteil; es sind aber starke Konkurrenten im Markt tätig. Im Markt für Atemerkrankungen sind die Parteien führend und haben mehrere innova-

[833] Parallelverfahren mit Bedingungen/Auflagen in RPW 2001, 338 ff. «Glaxo Wellcome PLC/ SmithKline Beecham PLC» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.7, k). Die Bedingungen der Europäischen Kommission wurden von der Wettbewerbskommission für das Gebiet der Schweiz teilweise übernommen.

tive Produkte in der Pipeline und im Markt. Das Produkt Ariflo wird daher aufgrund wettbewerblicher Bedenken der Kommission bzgl. einer zukünftigen Dominanz der Parteien im Markt auslizensiert, sollten bald erwartete Konkurrenzprodukte im Entwicklungsstadium noch scheitern. Andere Überschneidungen in der Produktepipeline führen nach Ansicht der Kommission nicht zu wettbewerblichen Problemen.

aa) EADS

Fundstelle:	IV/M.1745
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 2 FKVO (11. Mai 2000)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[834]



609 Die DaimlerChrysler AG, Lagardère SCA, der französische Staat und die Sociedad Estatal de Participaciones Industriales SEPI legen ihre Luft- und Raumfahrtaktivitäten durch Fusion der DaimlerChrysler Aerospace AG DASA, Aérospatiale-Matra und Construcciones Aeronáuticas SA CASA zur European Aeronautic, Space and Defence Company EADS zusammen; die beteiligten Unternehmen werden gemeinsam die Kontrolle über EADS ausüben. EADS wird in den Märkten Zivilflugzeuge, Telekommunikationsausrüstung, zivile und militärische Helikopter, Raumfahrt, Lenkwaffen, Drohnen, militärische Flugzeuge und Verteidigungselektronik tätig sein.

610 Im Markt für zivile Flugzeuge ändert sich an der Wettbewerbslage nichts, da die Firmen durch Airbus schon gemeinsam auf dem Markt auftreten. Überschneidungen existieren lediglich im Bereich der Konversion von Passagier- in Frachtflugzeuge, bei Regionalflugzeugen und Luftfahrtkomponenten. Im Bereich Konversion liegt der Marktanteil bei unter 10% und die Marktgegenseite, gebildet durch grosse Lufttransportunternehmen, ist stark. In den anderen Bereichen hat der Zusammenschluss keine Änderung der Wettbewerbsverhältnisse zur Folge.

---

[834] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 2000, 66 ff.; vgl. II/9.2.6, rr). Der von der Europäischen Kommission als bedenklich eingestufte Markt für Satellitenausrüstung wurde von der Wettbewerbskommission nicht geprüft. Allgemein zeichnen sich die von EADS bearbeiteten Märkte in der Schweiz durch eine geringe Zahl von Nachfragern und geringe Volumen aus, was eine Prüfung erschwert.

611 In den Märkten für Telekommunikationsausrüstung erreichen die Parteien keine Marktanteile über 15%.

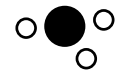
612 Im Bereich zivile und militärische Helikopter hält Eurocopter, Tochter der EADS einen Anteil von 35-45% bzw. 15-25%; die Wettbewerbssituation ändert sich in diesem Bereich nicht, da AM und DASA schon bisher gemeinsam auf diesem Markt auftreten und CASA hier nicht tätig ist. Allerdings ist CASA als Zulieferer tätig und der Zusammenschluss führt daher zu einer vertikalen Integration, deren Wettbewerbswirkungen allerdings beschränkt sind.

613 Im Bereich Raumfahrt treten DASA, AM und BAe Systems schon gemeinsam über das Unternehmen Astrium auf dem Markt auf; der Zusammenschluss zeigt lediglich Überschneidungen mit den Aktivitäten von CASA. Aufgrund Exportbeschränkungen für US-Hersteller, teilweisen Präferenzen für nationale Anbieter und dem Vergabeverhalten der ESA (Berücksichtigung von Herstellern in Mitgliedstaaten) bleiben die Märkte teilweise auf Westeuropa beschränkt. In den meisten Märkten (Weltweiter Markt für kommerzielle Satelliten, Markt für zivile institutionelle Satelliten, Infrastruktur, Launcher) bleibt auch nach der Integration von CASA wirksamer Wettbewerb bestehen. Hingegen ist bei Satellitenausrüstung wie Zentralröhren und Antennenreflektoren bei einem Marktanteil von 65-75% in Europa von einer beherrschenden Stellung auszugehen, da mit CASA auch der wichtigste Alternativanbieter für diese Produkte verschwindet. Im Bereich für Militärsatelliten könnte der Konkurrent Alcatel, der auf Produkte von Astrium oder CASA angewiesen ist, durch den Zusammenschluss geschwächt werden.

614 Im weltweiten Markt für Lenkwaffen (Programme, Ausrüstung und Export) bleibt wirksamer Wettbewerb durch viele Konkurrenten und eine starke Marktgegenseite gewahrt. Ebenso ist der Bereich Drohnen, Militärflugzeuge, und Verteidigungselektronik anzusehen. Aufgrund Zugeständnissen der Parteien in den Raumfahrtmärkten (Verkauf von Lizenzen, Transfer von know how, Transfer von Lieferverträgen) kann der Zusammenschluss genehmigt werden.

bb) VEBA / VIAG

Fundstelle:	IV/M.1673
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 2 FKVO (13. Juni 2000)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[835]



Die Unternehmen VEBA AG und VIAG AG fusionieren; die Unternehmen sind Mischkonzerne und in den Bereichen Elektrizität, Erdgas, Mineralöl, Chemikalien, Telekommunikation, Wasser, Entsorgung, Verpackungen, Stahlhandel, Aluminium, Logistik und Immobilienmanagement tätig. 615

Das Fusionsvorhaben führt zur Entstehung eines marktbeherrschenden Duopols von VEBA/VIAG und RWE auf dem bundesweit abzugrenzenden Markt für die Elektrizitätsabgabe von der Verbundebene in Deutschland. Der deutsche Markt für die Elektrizitätsabgabe von der Verbundebene weist eine Vielzahl von Merkmalen auf, die geeignet sind, bei einer Verstärkung der Konzentration durch den Zusammenschluss von VEBA und VIAG zu einem bewussten Parallelverhalten von VEBA/VIAG und RWE und damit zu kollektiver Marktbeherrschung zu führen (Elektrizität ist ein homogenes Produkt, der Markt ist transparent, die Kostenstruktur aufgrund ähnlicher Kraftwerkparks gleich, es bestehen Verflechtungen mit RWE und Aussenseitern, Anknüpfung an ehemalige Monopolgebiete, geringes Wachstum und geringe Preiselastizität im Markt, fehlende Nachfragemacht). Der vorliegende Zusammenschluss führt zum Entstehen zweier stark vertikal integrierter Blöcke mit je 36,3% bzw. 45,2% (RWE inkl. der gemeinsam mit einem unabhängigen Anbieter kontrollierten VEAG) Anteil im Bereich Erzeugung auf Verbundebene. Die Unternehmen werden in jeder Hinsicht einen grossen Vorsprung vor konkurrierenden Marktteilnehmern haben. Importe aus dem Ausland sind aufgrund fehlender Übertragungskapazität nur beschränkt möglich; die Kuppelpunkte und das Übertragungsnetz werden zum grossen Teil von den Parteien kontrolliert. Die Marktzutrittsschranken sind sehr hoch. Aufgrund von Desinvestitionen, insbe- 616

[835] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 2000, 224 ff. «VEBA AG/VIAG AG»; vgl. II/9.2.6, ss). Die Wettbewerbskommission geht im Markt für Cyanurchlorid nicht von einer marktbeherrschenden Position aus, da Novartis (für eigene Bedürfnisse) grösster Hersteller ist und zahlreiche weitere Konkurrenten im Markt sind. Auch ist das Produkt einfach herzustellen und hat keinen Patentschutz.

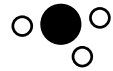
sondere Auflösung der Verflechtungen im Markt, kann der Zusammenschluss dennoch genehmigt werden.

617 Die Kommission geht von einer beherrschenden Stellung auf den Märkten für Natrium-Dicyanamid (NDC) und Cyanurchlorid (CC) aus, die jeweils Vorprodukte für die Herstellung anderer Stoffe sind. NDC wird zurzeit nur von den Parteien über Tochterunternehmen produziert (SKW und Degussa). Degussa verkauft seine Produktion an Lonza, welche die Produkte weiterverkauft. Zusammen haben die Parteien einen Anteil von <100%, wovon 60-70% des im Markt erhältlichen Volumens auf SKW entfallen. Mit dem Zusammenschluss entfällt das Interesse von Degussa, weiterhin Lonza zu beliefern oder selbst in den Markt einzutreten. Auch eine eigene Produktion von Lonza selbst stellt die Position der Parteien nicht in Frage. Im weltweiten Markt für CC ist Degussa führend mit einem Anteil von 50-60%; durch den Zusammenschluss entfällt der nächstgrösste Konkurrent SKW mit <20%. Alternativen im Markt stellen nur Lonza mit <10% und chinesische Anbieter her. Novartis als weltgrösster Produzent von CC verwendet dieses nur in der eigenen Fertigung; als grosser Abnehmer von CC schränkt er den Preisspielraum der Parteien nur unwesentlich ein. Aufgrund von Zusagen der Parteien bzgl. Desinvestitionen in diesen Bereichen kann der Zusammenschluss genehmigt werden.

618 Im nationalen Markt für Gasletztversorgung entsteht mit 5-10% Marktanteil von VEBA/VIAG keine beherrschende Stellung bzw. diese wird – bei Zugrundelegung noch regionaler Märkte – auch nicht verstärkt. Im Markt für überregionale Ferngasübertragung werden andere Wettbewerber trotz des beherrschenden Einflusses der Parteien auf die Ruhrgas kaum abgeschottet; Ein solches Abschottungsinteresse würde theoretisch aufgrund der Tätigkeiten von VEBA/VIAG im Gasmarkt bestehen. Im Stahlhandel erreichen die Parteien in Deutschland Anteile von 10-30%. Zahlreiche Mitbewerber sind in den Märkten tätig, so dass der Zusammenschluss hier unbedenklich ist.

cc) Siemens / Dematic / VDO / Sachs

Fundstelle:	IV/M.2059[836]
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 2 FKVO (29. August 2000)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[837]



Die Siemens AG übernimmt die alleinige Kontrolle über Dematic, VDO und Sachs; die Unternehmen sind in verschiedenen Geschäftsfeldern tätig. 619

Mit dem Kauf von Dematic ergeben sich Überschneidungen im Bereich Materialflusssysteme wie Förderanlagen, Briefsortieranlagen etc., wo beide Firmen als Generalunternehmer tätig sind. Im Bereich Briefsortieranlagen erreichen die Parteien einen europaweiten Anteil von 70-80%; Siemens als klarer Marktführer mit 50-60% erhielte einen Zuwachs von 15-25% vor dem stärksten Konkurrenten Elsag mit 5-15%. Auch im Bereich Lese- und Kodiergeräte, einer Kernkomponente dieser Anlagen, erhielte Siemens mit 50-60% Anteil einen starken Marktanteilszuwachs von 15-25%. Aufgrund der seit Jahren stabilen Marktanteile (Wechsel sind aufgrund der Inkompatibilität der Systeme selten), des zukünftig eher schrumpfenden Briefmarktes, des Potentials von Siemens in den Bereichen Breite der Produktelinie und Innovation könnte die Position der Parteien kaum durch aktuelle und potentielle Konkurrenten angefochten werden. Aufgrund von Desinvestitionsmassnahmen in diesem Bereich kann der Zusammenschluss dennoch genehmigt werden. 620

---

836 Dematic/VDO und Sachs sind – wie Demag Krauss-Maffei und Rexroth – Tochtergesellschaften der Mannesmann Atecs. Bosch und Siemens übernahmen zunächst die gemeinsame Kontrolle an Atecs und teilten dann deren Gesellschaften unter sich auf, wobei Siemens die Unternehmen Dematic, VDO, Sachs und Demag Krauss-Maffei und Bosch das Unternehmen Rexroth erwarb. Ursprünglich sollte das Unternehmen Demag Krauss-Maffei unter gemeinsamer Kontrolle verbleiben. Vgl. den nicht durchgeführten, nach Art. 6 Abs. 1 lit. b unbedenklichen Zusammenschluss IV/M.1922 «Siemens/Bosch/Atecs» vom 11.8.2000 (in den Märkten für Spritzgiessmaschinen, Prozessturboverdichtern und Industriehydraulikkomponenten sind v.a. vertikale Effekte zu verzeichnen; auch im Markt für Dampfturbinen herrscht wirksame Konkurrenz) und den ebenfalls unbedenklichen, gleich zu beurteilenden Zusammenschluss IV/M.2224 «Siemens/Demag Krauss-Maffei» vom 20.12.2000.

837 Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 2000, 448 ff. «Bosch/Siemens, GU Demag Krauss-Maffei» und RPW 2001, 134 ff. «Siemens/Atecs Mannesmann AG». Angesichts der Zusagen an die Europäische Kommission und der Tatsache, dass der Markt offen sei und eine europa- oder gar weltweite Dimension aufweise, könne nicht von einer marktbeherrschenden Stellung gesprochen werden, welche die Gefahr eines Wettbewerbsausschlusses in der Schweiz schaffe; vgl. II/9.2.6, vv).

621 Durch die Übernahme von Sachs kommt es im Bereich Schienenfahrzeuge zu einer vertikalen Integration für Dämpfungssysteme. Da Siemens bereits heute den grössten Teil dieser Systeme von Sachs bezieht, ändert sich die Wettbewerbssituation nicht. Zu einer Abschottung des Marktes kommt es durch den Zusammenschluss nicht, ist der wichtigste Konkurrent von Siemens in diesem Bereich doch ebenfalls vertikal integriert.

622 Durch die Übernahme von VDO entstehen horizontale Überschneidungen in verschiedenen Automobilausrüstungsmärkten. In diesen Bereichen erreichen die Parteien Anteile von 30% (Sensoren für Drehzahl und Temperatur, Cockpits), 30-40% (Navigationssysteme), 40-55% (Schliesssysteme), 50-60% (Wegfahrsperren) für Hersteller und 30-40% im Bereich Sensoren für unabhängige Grosshändler. Aufgrund starker etablierter Zulieferer in allen Bereichen (z.B. Bosch) und starker Nachfragemacht der Hersteller sind durch den Zusammenschluss weder die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung noch Abschottungseffekte zu erwarten (die Hersteller können für jede Produktelinie den Zulieferer wechseln).

dd) BASF / Bayer / Hoechst – DyStar

Fundstelle:	IV/M.1987
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (5. September 2000)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[838]

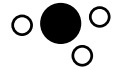


623 Die BASF AG bringt den Geschäftsbereich Textilfarbstoffe in die DyStar Textilfarben GmbH & Co KG ein und kontrolliert diese gemeinsam mit der Bayer AG und der Hoechst AG. In den einzelnen, mindestens europaweit abzugrenzenden Textilfarbstoffmärkten erzielt DyStar kumulierte Marktanteile von bis zu 60%. Der Markt ist allerdings seitens der europäischen und nordamerikanischen Anbieter von starken Umsatz- und Marktanteilseinbussen zugunsten ostasiatischer Produzenten geprägt. Die Entwicklung führt zu einem Preisverfall von nominal 90% über die letzten 25 Jahre und zu grossen Überkapazitäten bei den Europäern. Bei einigen Produkten besitzen die Europäer zwar einen Innovationsvorsprung, der allerdings durch zusätzliche Aufwendungen in der Produktion ausgeglichen werden kann. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

[838] Parallelverfahren in RPW 2001, 141 ff. «DyStar/BASF» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, zz).

ee) Vivendi / Canal + / Seagram

Fundstelle:	IV/M.2050
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 2 FKVO (13. Oktober 2000)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[839]



Die Vivendi S.A., Mutterunternehmen von Canal +, übernimmt die alleinige Kontrolle über The Seagram Company Ltd. Der Mischkonzern Vivendi und Canal + sind u.a. in den Bereichen Medien (Fernsehen), Telekommunikation, Internetportale und Internetprovider tätig. Seagram ist in der Unterhaltungsindustrie (Fernsehen, Kino, Unterhaltungsparks, Musik) und Getränkesparte beheimatet. 624

Im Markt für Filmverleih an Kinos erreicht Vivendi Anteile bis 20% in Frankreich, Spanien und Deutschland; im Markt für Senderechte hält Vivendi Anteile von 5-15% bzw. 0-10% im französischen und deutschen Markt. Eine beherrschende Stellung kann in diesen Märkten ausgeschlossen werden. Im Bereich Pay-TV hält Canal + einen Anteil von 60-85% in Frankreich, Spanien und Italien und 40-50% in den nordischen Staaten. In Belgien und den Niederlanden ist Canal + der einzige Anbieter. Diese Position ist zusätzlich durch langfristige Bezugsverträge mit den US-Studios abgesichert. Durch den Erwerb von Seagram (Universal Pictures) wird diese Position zusätzlich abgesichert (durch Co-Financing sichert sich Canal + auch Zugang zu anderen US-Studios) und in der Folge der Pay-TV Markt in einigen europäischen Märkten abgeschottet. Aufgrund von Zusagen von Universal, 50% der Filme an andere Anbieter zu vergeben und Desinvestitionen zu tätigen, kann der Zusammenschluss genehmigt werden. 625

Es stellt sich auch die Frage, ob durch das zusätzliche Angebot von Universal Music auf dem Vizzavi Internetportal die Position von Vivendi zusätzlich gestärkt wird.[840] Es ist nach Ansicht der Kommission sehr wahrscheinlich, dass Vizzavi 626

---

[839] Zusammenschluss ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 2000, 636 ff. «Vivendi/Canal +/The Seagram Company»; vgl. FN II/645. Im Filmverleih sind die Marktanteile in der Schweiz unbedeutend; die Frage der Marktabschottung durch das Internetportal Vizzavi wurde nicht geprüft.

[840] Ebenfalls nur durch Zusagen der Parteien genehmigt werden konnte das JV zwischen Vodafone, Vivendi und Canal + bzgl. Schaffung des Vizzavi Internet Portals, das im Markt für TV-basierte Internetportale abschottende Wirkung gehabt hätte; vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 20.7.2000 (IV/JV.48). Die getroffenen Massnahmen haben sich nach der Übernahme von Universal (Seagram) als ungenügend erwiesen.

aufgrund der vertikalen Integration mit der grossen Universal Music Bibliothek und der grossen Kundenplattform auch zur Plattform für alle anderen grossen Anbieter wird und der Markt abgeschottet wird. Aufgrund einer Zusage von Universal, online Musik diskriminierungsfrei zu liefern, kann der Zusammenschluss dennoch genehmigt werden.

ff) Airbus

Fundstelle:	IV/M.2061
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (18. Oktober 2000)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschlüsse[841]



627 EADS erwirbt die alleinige Kontrolle über die Airbus Integrated Company, eine neue Firma, welche die Aktiven von EADS[842] (80%) und der britischen BAE Systems (20%) vereinigt; Ziel der Konzentration ist die Rationalisierung und Restrukturierung der schon bestehenden Airbus-Partnerschaft. Die relevanten Märkte sind die weltweit abzugrenzenden Märkte für zivile Grossflugzeuge, Kabinenumbau, Luftfahrtzubehör, militärische Transportmaschinen und Produktion von Frachtflugzeugen (neue und umgebaute). Die Konzentration hat keine Änderung der Wettbewerbsverhältnisse und keine zusätzlichen vertikalen Effekte auf Zulieferer zu Folge.

gg) Alcatel / Thomson Multimedia / JV

Fundstelle:	IV/M.2048
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (26. Oktober 2000)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[843]



628 Alcatel und Thomson Multimedia gründen ein Gemeinschaftsunternehmen, das im Bereich Ausrüstung für MPEG-Übermittlung und interaktive Videonetzwerke tätig

---

841 Parallelverfahren in RPW 2000, 645 «Airbus» gleich beurteilt; vgl. FN II/696.
842 Dazu IV/M.1745 «EADS»; II/10.2.2, aa).
843 Parallelverfahren in RPW 2000, 639 ff. «Alcatel/Thomson Multimedia» gleich beurteilt; vgl. FN II/645.

sein soll. Aufgrund der tiefen Marktanteile der Parteien (10-20%, vertikal <10%) und starker Konkurrenz in diesem Bereich ist der Zusammenschluss unbedenklich.

hh) Siemens / E.ON / Shell / SSG

Fundstelle:	IV/M.2367
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (27. März 2001)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[844]



Die Shell Erneuerbare Energien GmbH, Tochter der Royal Dutch Shell group, erlangt mit den bisherigen Anteilseignern Siemens AG und E.ON Energie AG die gemeinsame Kontrolle über das Unternehmen Siemens Solar GmbH. Das Unternehmen entwickelt, produziert und vertreibt Solarzellen und Solarmodule. Der kumulierte Anteil der Parteien im weltweiten Markt für Photovoltaik liegt bei 10-20%, der Zuwachs durch Siemens bei unter 5%. Starke Konkurrenten mit Anteilen bis zu 15% sind in diesem schnell wachsenden, stark von staatlichen Unterstützungsmassnahmen geprägten Markt tätig. Auch vertikal erreichen die Parteien in keinem Markt mehr als 25% Anteil. Im Bereich Systemintegration erreichen die Parteien in Holland einen Anteil von 30-40%, wobei keine kumulativen Effekte zu verzeichnen sind. Starke Konkurrenten sind auch hier tätig und der Markzutritt ist einfach. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich. 629

ii) Bombardier / ADtranz

Fundstelle:	IV/M.2139
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 8 Abs. 2 FKVO (3. April 2001)
Typ:	Mit dem gemeinsamen Markt vereinbarer Unternehmenszusammenschluss[845]



Bombardier Inc. erlangt die alleinige Kontrolle über DaimlerChrysler Rail Systems GmbH (ADtranz); die Unternehmen sind u.a. im Bereich der Produktion von Luftfahrtzeugen und Eisenbahnen tätig. In den europaweit abzugrenzenden Märkten für 630

[844] Parallelverfahren in RPW 2001, 332 ff. «Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH (SSG)» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, aaa).

[845] Parallelverfahren ohne Bedingungen/Auflagen in RPW 2001, 129 ff. «Bombardier/ADtranz»; vgl. FN II/659. Marktanteile von bis zu 85% sind hier für die Wettbewerbskommission in Ausschreibungsmärkten tolerierbar, solange der Wettbewerb bei der Vergabe spielt.

Hochgeschwindigkeitszüge, Intercity-Züge und Passagierwagen ändert sich die Wettbewerbssituation nach dem Zusammenschluss kaum, da Bombardier und ADtranz schon jetzt zusammen in einem Konsortium an den Ausschreibungen teilnehmen. Es sind weitere valable Anbieter tätig und die Marktgegenseite, meist das jeweilige nationale Bahnunternehmen, verfügt über eine starke Stellung. Hingegen erreicht Bombardier/ADtranz in den nationalen Märkten für Regionalzüge (Deutschland) sowie für Trams und Leichtzüge (ebenfalls Deutschland) eine starke Stellung (50-60%). Insbesondere kann Bombardier/ADtranz bei Regionalzügen aufgrund eines Joint Ventures zur Betreibung einer gemeinsamen Produktionsanlage mit Stadler (Schweiz) diesen in seinem Wettbewerbsverhalten beeinflussen und es verbleiben nur zwei grosse weitere Anbieter im Markt. Im Markt für Trams stellt die Kommission in Österreich, Frankreich und Schweden wirksamen Wettbewerb fest (v.a. Siemens und Alstom); hingegen können die Parteien durch ihren Zusammenschluss in Deutschland ihre Produktepalette erheblich erweitern; die Anbieter werden von vier auf drei reduziert und unabhängige Zulieferer, die nicht voll-integrierten Firmen den Marktzutritt offenhalten (Gatekeeper), stark beeinträchtigt. In beiden Märkten ist die Marktgegenseite stärker segmentiert und daher schwächer (Städte und Privatbahnen). Die Parteien wollen aufgrund der Bedenken der Kommission die Bedingung erfüllen, die Position von Stadler (Schweiz) im deutschen Markt (Beendigung des Joint Ventures, Vergabe von Exklusivrechten an Stadler) und diejenige unabhängiger Zulieferer (ELIN, KIEPE) zu stärken.

jj) Compass / Selecta

Fundstelle:	IV/M.2373
Behörde:	Europäische Kommission
Verfahren:	Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO (8. Mai 2001)
Typ:	Unbedenklicher Unternehmenszusammenschluss[846]



631 Die Compass Group PLC übernimmt die alleinige Kontrolle über die Selecta Group; die Unternehmen sind u.a. im Bereich foodservice (Gastronomie, Vendingmarkt) tätig. In den nationalen Märkten für contract foodservice (subventionierte Kantinen etc.), concession foodservice (gewinnorientierte Essenslieferungen in Bahnhöfen, Vergnügungscentern) und vending (Essensautomaten) ergeben sich

nur im vending Überschneidungen. Stark sind die Parteien in Schweden mit einem Marktanteil von 45-55%, wobei die kumulativen Effekte unter 5% liegen. Ausserdem weist Selecta in diesem Wachstumsmarkt im Gegensatz zu ihren starken schwedischen Konkurrenten sinkende Marktanteile auf. Der Zusammenschluss ist daher unbedenklich.

10.3 Thesenbildung

Die Praxis der Europäischen Kommission ist in hohem Masse zur Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» geeignet. Unterschiede bestehen hauptsächlich aufgrund verschiedentlich anderer Wettbewerbssituation in den untersuchten Märkten. Anzumerken bleibt, dass die in dieser Arbeit verwendeten Parallelfälle in Hinsicht auf die Rechtssicherheit problematisch und in höchstem Mass unerwünscht sind. 632

10.3.1 Verwendung der Praxis der Europäischen Kommission als Auslegungselement

Die schweizerischen Wettbewerbsbehörden lehnen sich in ihrer Praxis – das zeigt die Analyse europäischer Parallelfälle deutlich – weitgehend an die Argumentationsweise der europäischen Kommission an. Die verwendeten Kriterien zur Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem Markt (wettbewerbsschädliche und wettbewerbsfördernde Faktoren) sind trotz der Unterschiede im materiellen Recht identisch. Dies hat zur Folge, dass die europäische Praxis zum Wettbewerbsrecht ohne Weiteres zur Auslegung des schweizerischen Kartellgesetzes herangezogen werden kann. Im Bereich von Vertikalabreden wird diese Einschätzung nach Publikation der Bekanntmachung Vertikalabreden der Wettbewerbskommission, welche im Grossen und Ganzen der VO (EG) 2790/1999 entspricht, noch akzentuieren. 633

Nach dieser Feststellung mögen die häufig auftretenden Unterschiede im Ergebnis erstaunen: in einer rein quantitativen Betrachtung wurden von 35 analysierten Zusammenschlüssen deren 15 von der Europäischen Kommission nur unter Bedingungen oder Auflagen zugelassen oder verboten. Nur zwei dieser Fälle – die Zu- 634

[846] Parallelverfahren in RPW 2001, 344 ff. «Compass Group/Selecta Group» gleich beurteilt; vgl. II/9.2.6, bbb).

sammenschlüsse UBS / SBV[847] und Glaxo Wellcome PLC / SmithKline Beecham PLC[848] – sind von der schweizerischen Wettbewerbskommission als bedenklich eingestuft worden. Die Untersuchung betreffend Volkswagen-Vertriebssystem[849] wurde in der Schweiz wegen nicht mehr feststellbarer Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung eingestellt, in der Europäischen Union hingegen für unzulässig erklärt und als Verstoss gegen Art. 81 EGV mit einer Busse geahndet. Folgende Faktoren sind m.E. für diese Unterschiede verantwortlich:

a) Unterschiede in der Marktabgrenzung und Marktsituation

635 Die in der vorliegenden Arbeit weitgehend ausgeklammerte Frage der Marktabgrenzung ist mitunter entscheidend für die Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung: Je enger der Markt gefasst wird, desto höher sind i.d.R. die Marktanteile eines Unternehmens, desto unwahrscheinlicher werden aber auch Marktanteilsüberschneidungen (z.B. bei einem Zusammenschluss). Die schweizerischen und europäischen Wettbewerbsbehörden behelfen sich bei der schwierigen Frage der Marktabgrenzung oft mit hypothetischen Tests: Sie legen der Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse jeweils eine enge oder die engstmögliche Marktabgrenzung zugrunde; ergeben sich dabei keine betroffenen Märkte, so kann die Marktabgrenzung letztlich offenbleiben, weil i.d.R. keine Gefährdung der Wettbewerbssituation zu verzeichnen ist.[850] Da dieses Verfahren in einer Vielzahl von Fällen angewandt wird und nur bei hohen Marktanteilen weitere Aussagen zum relevanten Markt gemacht werden müssen, wird ein Vergleich der Praxis zur Marktabgrenzung nahezu verunmöglicht.

636 Unterschiede in der sachlichen Marktabgrenzung sind im Grossen und Ganzen selten anzutreffen und liegen meist in unterschiedlichen aufsichts- oder steuerrechtlichen Vorschriften begründet (Revisuisse Price Waterhouse / Coopers & Lybrand[851], Volvo AG / Scania AG[852]; in beiden Fällen wurde die Frage aber letzt-

---

847 Vgl. RPW 1998, 278 ff. «UBS/SBV».
848 Vgl. RPW 2001, 338 «Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham».
849 Vgl. RPW 2000, 196 ff. «Volkswagen-Vertriebssystem» und IV/35.733 «VW».
850 Vgl. LÖFFLER, Kommentar zu Art. 2 FKVO, N 15.
851 Die Wettbewerbskommission nimmt hier im Gegensatz zur Europäischen Kommission einen eigenen Markt für die Revision von Banken und Versicherungen an; vgl. RPW 1998, 214 ff., 220 ff. «Revi. Price Waterhouse/Coopers&Lybrand» und IV/M.1016 «Price Waterhouse/Coopers&Lybrand».

lich offengelassen). In räumlicher Hinsicht ist nach dem Selbstverständnis der Kommission der gemeinschaftsweite Markt der einer Analyse üblicherweise zugrunde zu legende relevante Markt.[853] In der Praxis ist jedoch eher eine Tendenz zur Annahme nationaler Märkte zu verzeichnen, die v.a. aufgrund immer noch unterschiedlicher Rechtsvorschriften im Binnenmarkt häufig anzutreffen sind.[854] Auch die Wettbewerbskommission ist aufgrund divergierender Normen vielfach zur Annahme nationaler oder gar kantonaler Märkte gezwungen.[855]

637 Mehr als die Marktabgrenzung führt wohl die von schweizerischen Verhältnissen unterschiedliche Marktsituation zu unterschiedlichen Ergebnissen. So kann die Fusion zweier nationaler Champions in Europa u.U. ohne grössere wettbewerbliche Auswirkungen auf den schweizerischen Markt durchgeführt werden und umgekehrt.[856]

b) Unterschiede im Schutzniveau

638 Die Europäische Kommission strebt in ihrer Praxis ein *hohes Schutzniveau bei der Erhaltung wirksamen Wettbewerbs* an; sie unterscheidet bei ihrer Beurteilung jeweils zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen. Bei *horizontalen Vereinbarungen* fällt die Feststellung der Unzulässigkeit meist nicht schwer[857]; bereits die Art der Zusammenarbeit kann hier auf die Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV hindeuten: zu nennen sind hier insbesondere Vereinbarungen, die durch die Festsetzung von Preisen, die Beschränkung der Produktion oder die Aufteilung von Märkten oder Kunden eine Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken. Diese Wettbewerbsbeschränkungen werden als äusserst schädlich angesehen, weil sie unmittelbar das Wettbewerbsgeschehen beeinflussen (sog. Kernbe-

---

852 Die Wettbewerbskommission erwägt aufgrund von abgabenrechtlichen Erwägungen (LSVA) eine andere sachliche Marktabgrenzung als die Europäische Kommission hinsichtlich Aufteilung des Lastwagenmarktes nach Gewichtsklassen; vgl. RPW 2000, 51 ff., 51 «Volvo AG/ Scania AG» und IV/M.1672 «Volvo/Scania».

853 Vgl. LÖFFLER, Kommentar zu Art. 2 FKVO, N 22; Ziff. 32 der Bek. relevanter Markt.

854 Vgl. DRAUZ/SCHROEDER, Praxis, 87 ff.; LÖFFLER, Kommentar, 79 ff.

855 Vgl. z.B. das «liberalisierte» Kaminfegerwesen im Kanton Zug in RPW 1997, 472 ff., 476: aufgrund diverser kantonaler Vorschriften bleibt der räumlich relevante Markt auf das Kantonsgebiet beschränkt.

856 Vgl. die Unternehmenszusammenschlüsse in IV/M.1628 «TotalFina/Elf», IV/M.1672 «Volvo/Scania», RPW 1998, 278 ff. «UBS/SBV».

857 Vgl. GLEISS/HIRSCH, Kommentar, N 138; GOYDER, Competition, 157.

schränkungen).[858] Viele horizontale Kooperationsvereinbarungen bezwecken jedoch keine Wettbewerbsbeschränkung, weshalb deren Wirkungen hinsichtlich Auswirkungen auf Preise, Produktion, Innovation etc. untersucht werden müssen: es handelt sich hierbei u.a. um Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung[859], Produktionsvereinbarungen inkl. Spezialisierungsvereinbarungen[860], Einkaufsvereinbarungen[861], Vermarktungsvereinbarungen[862], Vereinbarungen über Normen sowie Umweltschutzvereinbarungen[863].

639 Bei *vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen* ergibt die EU-Praxis ein differenziertes Bild: Während einige dieser Vereinbarungen den Wettbewerb spürbar einschränken und daher nach Art. 81 Abs. 1 EGV verboten sind, können nach Art. 81 Abs. 3 EGV diejenigen Vereinbarungen, die mehr Effizienzgewinne mit sich brin-

---

858 Vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 18 und 25; GRILL, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 26 ff.; BUNTE, Generelle Prinzipien von Art. 81 EGV, N 79 ff.; FRIDEN/JORNA, Art. 85 Fallgruppen (Marktabsprachen), N 16 ff.; BELLAMY/CHILD, Competition, 173 ff.; KIRCHNER, Rahmenbedingungen, 451; GEIGER, Leitlinien, 325 ff.; STOPPER, Horizontalvereinbarungen, 426 ff.

859 Bedenklich können diese Kooperationsformen dann sein, wenn sie die Bildung eines Kartells verschleiern sollen oder in der Phase kurz vor einer Markteinführung zwischen Wettbewerbern auf Innovationsmärkten geschlossen werden. U.U. können diese Vereinbarungen die Innovation einschränken, zu abgestimmtem Verhalten oder zu Abschottungsproblemen bei der Nutzung der Forschungsergebnisse führen; vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 59, 61; VO (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Artikel 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, die in Art. 4 eine Marktanteilsschwelle von 25% (unter Wettbewerbern) für die Freistellung vorsieht; VON STOEPHASIUS, Fallgruppen zu Art. 81, N 62 ff.

860 Unproblematisch sind diese Vereinbarungen dann, wenn sie zwischen Nichtwettbewerbern geschlossen werden und keine Abschottungsprobleme auftreten; wenn sie den einzig wirtschaftlich gerechtfertigten und möglichen Weg zum Neueintritt in einen Markt darstellen; oder nur zu einer geringen Kostenangleichung führen. Bei erheblichen Kostenangleichungen oder Vereinbarungen von Vertragsparteien, die zusammen erhebliche Marktanteile halten, müssen diese Vereinbarungen genau in ihrem wirtschaftlichem Umfeld untersucht werden; vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 86 ff.; VO (EG) Nr. 2658/2000 der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, die in Art. 4 eine Marktanteilsschwelle von 20% für die Gruppenfreistellung vorsieht (die Einzelfallpraxis ist grosszügiger); VON STOEPHASIUS, Fallgruppen zu Art. 81 EGV, N 81 ff.; HIRSCH/BURKERT, Kommentar, N 509 ff., 527 ff.; SCHRÖTER, Kommentar zu Art. 85 Abs. 3 EGV, N 318.

861 Vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 115 ff.; VON STOEPHASIUS, Fallgruppen zu Art. 81 EGV, N 119 ff.; HIRSCH/BURKERT, Kommentar, N 509 ff.

862 Vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 139 ff.

863 Vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 159 ff. bzw. 179 ff.; für eine Charakterisierung FN II/249.

gen als wettbewerbswidrige Wirkungen, von diesem Verbot freigestellt werden.[864] Bei den meisten vertikalen Beschränkungen ergeben sich Probleme für den Wettbewerb nur bei unzureichendem Markenwettbewerb, d.h. wenn beim Lieferanten oder beim Käufer eine gewisse Marktmacht vorhanden ist. In diesem Fall gewinnt der Schutz des Markenwettbewerbs (inter-brand competition) und die Erhaltung des markeninternen Wettbewerbs (intra-brand competition) an Bedeutung.[865] Die Kommission gewährt daher die Vorzüge der Gruppenfreistellung nur dann, wenn der Marktanteil des Lieferanten oder Käufers am relevanten Markt 30% nicht überschreitet (Art. 2 VO (EG) Nr. 2790/1999). Im Bereich der Einzelfreistellung ist generell davon auszugehen, dass ein Marktanteil von 30% dieser nicht im Wege steht. Ab 50% Anteil sind Zweifel am Fortbestehen wirksamen Wettbewerbs angebracht und es erfolgt regelmässig keine Freistellung; ausgeschlossen ist diese ab 80% Anteil.[866]

Im Bereich der *Fusionskontrolle* sind Unternehmenszusammenschlüsse dann für unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt zu erklären, wenn sie eine beherrschende Stellung[867] begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb auf dem gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde (Art. 2 Abs. 3 FKVO). Dabei gelten gemäss Abschnitt 6 Ziff. III Formblatt CO (Anhang VO (EG) Nr. 447/98) alle Märkte als betroffen, auf denen die Beteiligten tätig sind und gemeinsame Marktanteile von 15% zu verzeichnen sind sowie alle Märkte, auf denen ein Beteiligter tätig ist und die Märkten vor- oder nachgelagert sind, auf dem andere Beteiligte Marktanteile von 25% verzeichnen. Als Indiz betrachtet die Kommission Marktanteile bis 25% als i.d.R. mit dem ge- 640

---

[864] Vgl. Vertikal-Leitlinien, Ziff. 5 ff.; HIRSCH/BURKERT, Kommentar, N 144 ff.; VON STOEPHASIUS, Fallgruppen zu Art. 81 EGV, N 310 ff.; GOYDER, Competition, 177 ff.; BELLAMY/CHILD, Competition, 386 ff.

[865] Vgl. Vertikal-Leitlinien, Ziff. 6, 103 ff.; VO (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen; HIRSCH/BURKERT, Kommentar, N 139 ff.; GRILL, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 78 ff.; SCHRÖTER/RATING, Art. 85 Fallgruppen (Liefer- und Bezugsvereinbarungen), 1 ff. Nicht zulässig sind danach Klauseln, die dem Wiederverkäufer einen absoluten Gebietsschutz einräumen, Parallelimporte verhindern etc.

[866] Vgl. WEISS, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 163; GRILL, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 46; ACKERMANN, Wettbewerbsregeln, 741 ff.

meinsamen Markt vereinbar[868]. «Besonders hohe Marktanteile» von 70-75% begründen nach ständiger Rechtsprechung eine Marktbeherrschung ohne Weiteres, doch wurden auch schon 50% Marktanteil aufgrund weiterer Umstände (über Jahre stabile Marktanteile, überlegenes know how etc.) als besonders hoch qualifiziert[869] und machen zumindest eine eingehende Untersuchung des Marktes erforderlich. Ohne weitere Prüfung des Marktes schliesst die Europäische Kommission dagegen auch bei Marktanteilen jenseits von 75% nicht auf eine beherrschende Stellung[870]; doch ist das Vorliegen einer solchen, wie die Analyse der Praxis zeigt, schon bei tieferen Anteilen sehr wahrscheinlich.

641 *Trotz Parallelen in der Anlage des europäischen und schweizerischen Wettbewerbsrechts sind die Unterschiede im Schutzniveau erheblich*. Die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung ist im europäischen Recht gemäss Ziff. 7 der de minimis-Bekanntmachung bei 10% (horizontale Vereinbarungen) und 15% (vertikale Vereinbarungen) Marktanteil[871] anzusiedeln[872] und liegt demnach wesentlich tiefer als die Erheblichkeitsschwellen des schweizerischen Kartellrechts, die in der Praxis bei weit über 30% Marktanteil anzusiedeln sind.[873] Allerdings ist eine Verschärfung dieser Praxis zu erwarten, nennt die Wettbewerbskommission doch in Ziff. 4 ihrer Bek. Vertikalabreden eine Erheblichkeitsschwelle von 10%. Anzu-

---

867 Der Begriff entspricht der beherrschenden Stellung gemäss Art. 82 EGV, der in der vorliegenden Praxisanalyse nicht berücksichtigt wurde (keine Parallelfälle); vgl. LÖFFLER, Kommentar, 114.

868 Ziff. 15 der Präambel zur FKVO.

869 Vgl. JUNG, Kommentar zu Art. 82 EGV, N 82 und DIRKSEN, Kommentar zu Art. 82 EGV, N 48 ff.; DALLAFIOR, Kommentar zu Art. 7 KG, N 187 ff. jeweils m.H. auf die Rechtsprechung von EuG und EuGH.

870 Vgl. JUNG, Kommentar zu Art. 82 EGV, N 82; DIRKSEN, Kommentar zu Art. 82 EGV, N 47.

871 Neben der Marktstellung der beteiligten Unternehmen und der Addition von Marktanteilen zieht die Kommission auch die Marktkonzentration zur Bestimmung der Marktmacht heran. Eine Messgrösse, die Aussagen über die Marktkonzentration macht, ist der Herfindahl-Hirschman-Index (HHI), der über die Summe des Quadrats sämtlicher Wettbewerber gebildet wird ($HHI = [Anteil_{W1}]^2 + [Anteil_{W2}]^2 + ... + [Anteil_{Wx}]^2$). Bei einer Unternehmenskonzentration wird entsprechend über der Summe des kumulierten Marktanteils der beteiligten Unternehmen das Quadrat gebildet. Ein HHI von unter 1000 gilt dabei als niedrige, ein HHI von 1000 bis 1800 als mässige und ein HHI von über 1800 als hohe Konzentration. Vgl. dazu Horizontal-Leitlinien, Ziff. 29; Merger Guidelines, Ziff. 1.5 und SALESNY, Wettbewerbskonzepte, 248 f. Vgl. dazu auch II/11.2.3, c).

872 Der Marktanteil beträgt für gemischte Abreden 10%, für Abreden mit Netzeffekten 5%. Ausgenommen sind auf jeden Fall gewisse horizontale und vertikale Kernbeschränkungen.

873 Vgl. II/9.3.2, a).

merken ist hier, dass mit der Bek. Vertikalabreden das schweizerische Kartellgesetz gleich dem Europäischen Recht «Kernbeschränkungen» bezeichnet, bei denen die Erheblichkeit ungeachtet der Marktsituation grundsätzlich gegeben sein soll (Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG und Ziff. 4 Bek. Vertikalabreden).[874] Der (bisher) schärferen EU-Praxis entsprechend sind die «Freistellungsgrenzen» bzw. Zulässigkeitsgrenzen tiefer gelegt. So wäre z.B. die Spezialisierungsvereinbarung von Unternehmen, die 55% des Marktanteils auf sich vereinen, nach europäischen Normen schwierig freizustellen.[875] Kommt dazu, dass die Nichtanmeldung einer Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 4 VO Nr. 17 einer Einzelfreistellung entgegensteht und – anders als im noch geltenden schweizerischen Recht – direkt zu einer Busse gemäss Art. 15 VO Nr. 17 führen muss. Im Bereich der Fusionskontrolle ist das unterschiedliche Schutzniveau schon in Art. 10 Abs. 2 KG angedeutet. Die unterschiedliche Toleranz für Einschränkungen des «wirksamen Wettbewerbs» mögen für eine kleine, offene Volkswirtschaft denn auch gerechtfertigt sein.[876] Ebenso durch die Struktur der schweizerischen Volkswirtschaft wird wohl auch die Zurückhaltung erklärt, die sich die Wettbewerbskommission bei der Beurteilung von Märkten auferlegt, die durch regelmässige Ausschreibungen der öffentlichen Hand gekennzeichnet sind. Oft ist der schweizerische Markt in diesen Bereichen vom Volumen und der Zahl der Nachfrager her sehr klein, wodurch leicht Marktanteile von 100% erreicht werden können, welche die effektive Wettbewerbssituation nur verzerrt widerspiegeln. Wo sich die öffentliche Hand selbst nicht wettbewerblich verhält, greift auch die Wettbewerbskommission – im Gegensatz zur Europäischen Kommission – nur ungern ein.[877]

c) Unterschiede im Verfahren

Die Wettbewerbskommission wird durch Art. 39-42 KG durch umfangreiche Auskunfts- und Untersuchungsbefugnisse ausgestattet. Die Verfahrensbestimmungen werden im Hinblick auf die Einführung direkter Sanktionen weiter präzisiert (vgl. Art. 42 E KG01). Ähnliche Befugnisse kommen der Europäischen Kommis- 642

874 Vgl. II/2.2.1, b), N 76.
875 Vgl. RPW 1998, 20 ff. «Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)» in II/9.2.2, c).
876 Vgl. auch die Ausführungen zu den Marktanteilen in II/2.3.3 und die Hinweise in FN II/69.
877 Vgl. RPW 1997, 540 ff. «Siemens/Elektrowatt»; RPW 2000, 66 ff. «Aerospatiale Matra/DC Aerospace/CASA»; RPW 2001, 129 ff. «Bombardier/ADtranz»; RPW 2001, 306 ff., 327 f. «JC Decaux/Affichage».

sion durch Art. 11-14 VO Nr. 17 und Art. 11-13 FKVO zu. Während die Wettbewerbskommission in ihren Befugnissen auf das Hoheitsgebiet der Schweiz beschränkt bleibt, kann die Europäische Kommission Untersuchungsmassnahmen auf dem ganzen Gebiet der Gemeinschaft durchführen, u.U. auch in beschränkter Weise auf dem Gebiet anderer, durch Kooperationsabkommen assoziierter Staaten durchführen lassen.[878] Die Wettbewerbskommission ist daher ungleich mehr mit Beweisproblemen konfrontiert, welche im ungünstigsten Fall zur Einstellung eines Verfahrens führen können.[879]

10.3.2 Exkurs: Problematik von Parallelverfahren

643 Bei der Einführung des neuen Kartellgesetzes konnte man noch davon ausgehen, dass durch die weitgehende sachliche Übereinstimmung der materiellrechtlichen Vorschriften des Kartellgesetzes mit den Normen des europäischen Rechts Unternehmen, die im EU-Raum tätig sind, «einer (erneuten) wettbewerbsrechtlichen Kontrolle durch die EG-Behörden gelassen entgegenblicken können.»[880] Indessen hat sich gezeigt, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden eine zurückhaltende Praxis pflegen, so dass ein Unternehmen nach bestandener Prüfung durch die schweizerischen Behörden nicht unbedingt davon ausgehen kann, dass ein gleichlautender Entscheid gestützt auf europäisches Recht ergeht. Umgekehrt trifft dies jedoch in den meisten Fällen zu: den Prüfungsmassstab setzt bei internationalen Unternehmenszusammenschlüssen und –kooperationen das Europäische Recht, nicht das Schweizerische. Dementsprechend laufen auch die meisten Entscheide der Wettbewerbskommission im internationalen Bereich ins Leere, da spezifisch schweizerische Marktverhältnisse, die weitergehende Massnahmen als die von der

---

878 Vgl. z.B. Art. 7 ff. des Protokolls Nr. 23 über die Zusammenarbeit zwischen den Überwachungsorganen (AblEG 1994 L1/186 ff.) und Art. 8 des Protokolls Nr. 24 über die Zusammenarbeit im Bereich der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (AblEG 1994 L1/188 ff.) zum EWR-Abkommen; Kapitel VII des Abkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Regierung von Kanada über die Anwendung ihrer Wettbewerbsgesetze (Beschluss des Rates in AblEG 1999 L175/49 ff.) und Art. III des Abkommens zwischen der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über die Anwendung ihrer Wettbewerbsgesetze (Beschluss des Rates in AblEG 1995 L95/45).

879 Vgl. die Ausführungen der Wettbewerbskommission zu den Beweisproblemen in den Fällen RPW 2000, 196 ff., 209 «Volkswagen-Vertriebssystem» und RPW 2001, 306 ff., 330 f. «JC Decaux/Affichage».

880 BALDI, Überblick, 18.

Europäischen Kommission getroffenen verlangen würden, selten vorliegen.[881] In der überwiegenden Zahl der Fälle stärken die für die europäischen Märkte getroffenen Massnahmen indirekt auch den wirksamen Wettbewerb auf dem schweizerischen Markt genügend; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Parteien eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens als Zugeständnis Konzernteile veräussern[882]:

> «Au niveau européen, la Commission est intervenue sur le marché des produits raffinés en obligeant TotalFina-Elf à se désengager de la logistique d'importation, de transport et de distribution de produits raffinés (carburant et fioul domestique). Seul le marché des carburants d'aviation est concerné puisque les parties ne sont pas actives en Suisse sur le marché du fioul domestique. *Les mesures prises au niveau européen auront des conséquences positives indirectes également sur le territoire helvétique*.»[883]

In einigen Fällen können auch auf europäischer Ebene getroffene Massnahmen analog für die Schweiz übernommen werden; dies betrifft insbesondere die Auslizensierung von Produkten, Marken oder Patenten: 644

> «Die Parteien haben aber in rechtsverbindlicher Form die Zusicherung gemacht, dass sie für das Gebiet der Schweiz im Markt D06D eine Auslizensierung entweder der Produkte von SmithKline Beecham oder GlaxoWellcome dergestalt vornehmen, dass es nicht zu einer Marktanteilsaddition kommt und ein Dritter in einer Weise auf dem Markt auftreten kann, welche einen funktionierenden Wettbewerb gewährleistet; die Auslizensierung *innerhalb der von der EU gesetzten Fristen* vornehmen werden; dem Sekretariat der Weko den Abschluss des Lizenzvertrages unverzüglich zur Kenntnis bringen werden; *den im Rahmen der Vereinbarungen mit der EU-Kommission vorgesehenen Trustee nach den Regelungen und Zusicherungen, welche der EU-Kommission abgegeben wurden*, auch für die schweizerischen Märkte D06D und J05B beauftragen werden, einen Käufer beziehungsweise einen Lizenznehmer zu suchen und einen entsprechenden Vertrag mit einem Dritten abzuschliessen.»[884]

Auch konnte die Wettbewerbskommission in Verfahren, in denen die schweizerischen Marktverhältnisse dem europäischen Markt entsprachen, ohne Weiteres von der Unbedenklichkeit des Falles ausgehen: 645

> «30. Die *Feststellungen der EU* zu den Wettbewerbsverhältnissen in der Gemeinschaft in diesem Bereich *treffen auch für den schweizerischen Markt zu*, stammen

---

881 So in RPW 1998, 278 ff. «UBS/SBV»; die Parteien halten hier lediglich in der Schweiz starke Positionen im Bereich Retailbanking (Firmenkredite).

882 So in RPW 2001, 134 ff., 135 «Siemens/Atecs Mannesmann AG»; RPW 2000, 228 ff., 229 «Elf Aquitaine/TotalFina».

883 RPW 2000, 228 ff., 229 «Elf Aquitaine/TotalFina».

884 So in RPW 2001, 338 ff. «Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham» (Hervorhebungen nur hier).

> doch 99,3% der Bandstahl/Spaltband-Produkte auf dem schweizerischen Markt aus der EU. Die Verhältnisse auf dem schweizerischen Markt in diesem Bereich sind angesichts fehlender Marktzutrittsschranken nichts anderes als das *Abbild der EU-Verhältnisse*. Es gibt keine Hinweise auf *schweizerische Besonderheiten*, die eine andere Situation schaffen würden. Deshalb muss auch bei Bandstahl/Spaltband von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.»[885]

646 Schon auf der Grundlage des geltenden Rechts kann die Wettbewerbskommission im Falle von internationalen, unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen eine einvernehmliche Regelung zur Beseitigung der in Frage stehenden Beschränkungen genehmigen (Art. 29 KG)[886], was eine gänzliche oder teilweise Übernahme eines europäischen Entscheids unter Wegfall einer aufwendigen, ev. mit Unsicherheiten (Beweisschwierigkeiten) verbundenen Untersuchung ermöglichen würde. Im Bereich der Unternehmenszusammenschlüsse fehlt eine entsprechende, ausdrückliche Rechtsgrundlage für einvernehmliche Regelungen, doch wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass die «kann»-Formulierung von Art. 10 Abs. 2 KG, die es der Wettbewerbskommission erlaubt, einen Entscheid selbst dann zuzulassen, wenn sämtliche Eingreifkriterien erfüllt sind, zur Abstimmung mit Parallelverfahren im Ausland genutzt werden könnte.[887] BORER hält auch eine analoge Anwendung von Art. 29 KG im Bereich der Fusionskontrolle für möglich.[888] Nach diesem Teil der Lehre wäre danach die Aussetzung des Verfahrens bis zum EU-Entscheid, ev. unter Übernahme der dort getroffenen Massnahmen, schon unter geltendem Recht denkbar.[889] Aufgrund der viermonatigen Frist zur Erledigung des Prüfungsverfahrens (Art. 33 Abs. 3 KG) ist die Zustimmung der Parteien zu diesem Vorgehen – u.U. mit Vereinbarung einer Fristverlängerung – aber unerlässlich.[890] Aus diesem Grund wäre de lege ferenda eine Verankerung dieses Verfahrens (Opportunitäts-

---

885 Vgl. RPW 1997, 344 ff., 349 f. «Thyssen Stahl AG/Krupp Hoesch Stahl AG».

886 In RPW 2000, 186 ff., 194 ff. «Accords sur les prix ... des vitamines» wurde mittels Feststellungsverfügung die Unzulässigkeit einer nicht mehr bestehenden Wettbewerbsabrede auf den Vitaminmärkten festgestellt. In den Entscheid einbezogen wurden auch entsprechende Parteierklärungen.

887 Vgl. HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Marktmachtkontrolle, 127; skeptisch SEITZ, Parallelverfahren, 133.

888 Vgl. BORER, Kommentar, 261 f.

889 Vgl. HOFSTETTER/SCHILTKNECHT, Marktmachtkontrolle, 127, FN 49.

890 Vgl. DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 10 KG, N 53. Die Autoren plädieren hier, wenn sich die Untersagung eines Zusammenschlusses nicht anders abwenden lässt, für die einvernehmliche Verlängerung der Fristen, um den Unternehmen in analoger Anwendung von Art. 37 KG Zeit für die Ausarbeitung von Zugeständnissen zu geben.

prinzip und Möglichkeit der Aussetzung eines Verfahrens) im Gesetz – u.U. aufbauend auf dem gescheiterten Art. 9 Abs. 4 E KG[891] – wünschenswert.

Anzumerken bleibt, dass ein solches «Entgegenkommen» der schweizerischen Behörden faktisch die einseitige Übernahme des Europäischen Rechts im Bereich internationaler Zusammenschlüsse und Kooperationen bedeuten würde, was angesichts der fortgeschrittenen Normenharmonisierung wohl zu verschmerzen wäre. Allerdings kann ein entsprechendes Verhalten seitens der Europäischen Behörden wohl ausgeschlossen werden.[892] Ein vom Entscheid ausländischer Wettbewerbsbehörden abweichender, strengerer Entscheid würde in seiner Durchsetzung an faktischen Gegebenheiten scheitern oder wäre mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten verbunden.[893] 647

[891] Schon die vorberatende Kommission hat den entsprechenden Absatz aus dem Entwurf gestrichen. Ausschlaggebend war der Gedanke, nicht zum vornherein alle Fäden aus der Hand zu geben, obwohl die mit der Streichung einhergehenden Durchsetzungsschwierigkeiten im Falle eines von anderen Urteilen abweichenden, strengeren Entscheids im Grundsatz nicht bestritten wurden. Vgl. dazu II/3.2.4, c), N 139; Prot. WAK NR vom 20./21./22.2.1995, 88 f. sowie BGerE 2A.387/2000 vom 24.4.2001 «Rhône-Poulenc/Merck II», E. 3 b) und 4 b).

[892] Vgl. zum Verhältnis der Europäischen und amerikanischen Wettbewerbsbehörden BÖGE/SCHAUB, Konvergenz, 931 f.; GOYDER, Competition, 544 ff.

[893] Vgl. Botschaft KG95, 582; DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 9 KG, N 29 f.; a.M. ZÄCH, Kartellrecht, 123.

11 Funktionales Auslegungselement

11.1 Vorbemerkungen

11.1.1 Das funktionale Element im Allgemeinen

648 Als bereichsbezogene Sondermethodik kommt im Wirtschaftsrecht die «funktionale Betrachtungsweise» zur Anwendung.[894] Diese konkretisiert die Rechtsnormen mit Blick auf die Ergebnisse, welche von der geltenden Wirtschaftsverfassung für das Wirtschaftssystem zu erwarten sind.[895] Gefragt wird nach dem *Beitrag einer Norm zur Gestaltung der rechtlich anerkannten Wirtschaftsordnung*.[896] «Mithin verdient in funktionaler Sicht von mehreren möglichen Normhypothesen diejenige den Vorzug, welche am ehesten zur Realisierung der gesollten Wirtschaftsverfassung beiträgt.»[897] Im Gegensatz zum teleologischen Element, das primär nach dem «Nahzweck» einer Norm fragt, will die funktionale Betrachtungsweise – auf das «Sinnganze» zielend[898] – den «Fernzweck» einbringen. Das funktionale Element verlangt damit eine Ergebnisberücksichtigung, die weit über das in der Rechtsanwendung sonst übliche Mass hinausgeht.[899]

649 Systemrelevantes Verhalten kann in seiner Funktion oder Dysfunktion im Hinblick auf das System nur beurteilt werden, wenn das *System und seine (optimalen) Funktionsbedingungen* bekannt sind.[900] Während sich das relevante Bezugssystem für die Wirtschaft aus der *Wirtschaftsverfassung*[901] – «der rechtlich anerkannten Ordnung»[902] – ergeben muss[903], können die Funktionsbedingungen dieses Systems,

---

894 Vgl. KRAMER, Methodenlehre, 126; HÖHN, Gesetzesauslegung, 224 f.; FRÖHLER, Wirtschaftsrecht, 174 ff.; SCHLUEP, Kartellgesetz, 95 f.; a.M. BROHM, Wirtschaftsrecht, 20; WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 461 ff.; SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 55 f.; FRITZSCHE, Auslegung, 17 f. Kritisch auch LUHMANN, Funktionale Methode, 11 f., der in der funktionalen Methode eine Methode der Aufklärung, nicht aber eine Methode der Entscheidungsvereinfachung sieht (II/11.1.3, a), N 653).

895 Vgl. SCHLUEP, Kritik, 251; BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 146.

896 Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 147; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 21.

897 BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 147.

898 Vgl. SCHLUEP, KG + PüG, 301.

899 Vgl. BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 135; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 46; SCHMIDT-RIMPLER, Wirtschaftsrecht, 703.

900 Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 148.

901 Vgl. II/5.2.1, b).

902 Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 147.

903 RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 28 f. betrachtet die «Wirtschafts- und Sozialverfassung», den «Fernzweck» oder die «Politik des Gesetzes», die «über die Wirtschaftswissen-

beispielsweise eines Wettbewerbssystems, nur unter Zuhilfenahme *wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse*, auf das Beispiel bezogen: wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse, verstanden werden.[904] Dies ist eine Folgerung aus der Institutionalität des Wirtschaftsrechts. Das Wirtschaftsrecht knüpft danach an den vorrechtlichen Sinnzusammenhang des Wirtschaftens an und bildet dabei Rechtsinstitute – verstanden als vorgefundene Lebensinstitute, welche die Rechtsordnung strukturieren – aus.[905] Umgekehrt prägen und verändern diese Rechtsinstitute auch die Lebensinstitute, an die sie anknüpfen.[906] Daraus ergibt sich, dass eine wirtschaftsrechtliche Begriffsbildung nicht ohne Rückgriff auf den wirtschaftswissenschaftlichen Begriff erfolgen kann.[907] Dies aber nicht im Sinne einer absoluten Bindung an die Wirtschaftswissenschaft, sondern vielmehr im Sinne einer parallelen, sich jeweils ergänzenden Anwendung der Erkenntnismethoden sowohl der Rechts- als auch der Wirtschaftswissenschaften.[908] Das muss schon allein deshalb gelten, weil die Ökonomen – nicht anders als die Juristen – meist auch nicht eine einzige, allgemein anerkannte Theorie zur Erklärung wirtschaftlicher Vorgänge liefern können.[909] Wirtschaftswissenschaftliche Modelle dienen höchstens dazu festzustellen, welche Verhaltensweisen vorverstanden werden, wenn z.B. von «Beseitigung wirksamen

---

schaften vermittelte Natur der Sache» sowie «Verfassungsgrundsätze» als alternative oder kumulative Anknüpfungspunkte.

904 Vgl. BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 92 f.

905 Vgl. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 22 f.

906 Vgl. BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 135.

907 Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 149; MESTMÄCKER, Wirtschaftswissenschaften, 383; FIKENTSCHER, Wirtschaftsrecht, 16; DRUEY, Wirtschaftsrecht, 7.

908 Umgekehrt darf die Wirtschaftswissenschaft auch nicht als blosse Hilfswissenschaft verstanden werden; vgl. MESTMÄCKER, Wirtschaftswissenschaften, 385; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 25 f.; SCHMIDT-RIMPLER, Wirtschaftsrecht, 703 f.; KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 29 f. begreift die Wirtschaftswissenschaft, insbesondere die ökonomische Analyse des Rechts, vielmehr als Entscheidungswissenschaft, geeignet zur Lieferung eines unter mehreren Entscheidungskriterien. Vgl. II/1.2.2, b), N 64.

909 So stellte denn auch BREM, Funktionale Rechtsanwendung, 96 f. fest, dass der Rekurs auf entworfene, idealisierte Ordnungsmodelle methodisch nicht abgesichert sei und vom Juristen gerne aus dem Zwangscharakter des Rechts hergeleitet werde. Vorher müsse es aber gelingen, das Modell durch eine konsensfähige Wirkungstheorie – wenn es denn eine solche gibt – in eine konkrete Handlungsanweisung zu übersetzen. Richtigerweise bemerkt denn auch RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 41, dass ökonomische Wirkungstheorien «das Konkretisierungsergebnis zwar nicht eindeutig determinieren, die Zahl der Lösungen bei der Rechtsanwendung aber einschränken.» Vgl. weiter OHLY, Generalklausel, 222 f.; BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 149; KLEINEWEFERS, Theorie, 98.

Wettbewerbs» oder «erheblicher Beeinträchtigung des Wettbewerbs» die Rede ist.[910]

11.1.2 Exkurs: Ökonomische Theorie des Rechts

650 Als Ansatz zur Beantwortung rechtlicher Fragestellungen mit Hilfe des Instrumentariums der Wirtschaftswissenschaften bietet sich die *Ökonomische Analyse des Rechts* an.[911] Die ökonomische Analyse des Rechts kann als positive Wissenschaft sowohl im Gesetzgebungsprozess als auch im konkreten Entscheidungsprozess das erforderliche ökonomische Handlungswissen zur Verfügung stellen. Als normative (präskriptive) Wissenschaft vermittelt die ökonomische Analyse des Rechts unter mehreren Entscheidungsalternativen die zu präferierende Lösung.[912] Der Ansatz gründet auf dem ökonomischen Paradigma, d.h. unter der Annahme der Ressourcenknappheit, des Eigennutztheorems und des Rationalverhaltens[913] sowie auf der Entscheidung für den methodologischen Individualismus.[914]

651 Die ökonomische Analyse des Rechts ist nicht gleichzusetzen mit dem ökonomischen Ansatz der Chicago-Schule[915], die allein das Effizienzziel in den Vordergrund stellt und auf diese Weise in Konflikt mit anderen rechtswissenschaftlichen Zielen gerät.[916] Die *Ausrichtung am Effizienzziel* wird denn auch in Frage gestellt.

---

910 Vgl. SCHLUEP, KG + PüG, 304.

911 KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 6 verwendet den Begriff der «ökonomischen Theorie des Rechts» zur Distanzierung von POSNER, dessen ökonomischer Ansatz der sog. Chicago-Schule angehört, welche verstärkt das Effizienzziel betont; vgl. weiter SCHLUEP, Funktionalität, 161 f.

912 Vgl. POSNER, Analysis, 23 f.; KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 9.

913 Die Annahme rationalen Verhaltens der Wirtschaftssubjekte ist strittig. Dabei handelt es sich um eine heuristische Annahme, die unter dem Aspekt zu beurteilen ist, ob prognosefähige Aussagen resultieren. Die Kritik seitens der Psychologie, dass Menschen in bestimmten Situationen nachweislich inkonsistent werten und dass sie in diesen Situationen keineswegs rationale Nutzenmaximierer im Sinne der klassischen Rationalitätsannahme der Wirtschaftswissenschaften sind, berührt den heuristischen Wert dieser Annahme nur am Rande; vgl. zu dieser Kritik ausführlich KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 13 ff.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 36 ff.

914 POSNER, Analysis, 3; KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 12; zum Ganzen ausführlich KIRCHGÄSSNER, Homo Oeconomicus, 12 ff., 133 ff. und EIDENMÜLLER, Effizienz, 28 ff.

915 Grundlegend POSNER, Analysis, 13 ff. und passim.

916 Der Hinweis auf unterschiedliche Zielkategorien macht eine ökonomische Analyse nicht bedeutungslos, da eine günstige Ressourcenverwendung – die Kosten – neben anderen Überlegungen bei der Wahl unter Entscheidungsalternativen auch in Rechnung zu stellen sind;

Die ausschliessliche Orientierung der Effizienzregel am selbstdefinierten Wohl der Menschen führe notwendigerweise dazu, persönliche Rechte wie Freiheit oder Privatautonomie rein instrumentell zu sehen; Diese würden illegitim, wenn sie das selbstdefinierte Wohl der Gesellschaftsmitglieder vermindern und hätten keinen intrinsischen Wert.[917] Auch die Verteilungsproblematik würde meist ausgeblendet.[918] Dagegen kann eingewendet werden, dass eine effiziente Gesellschaft mit effizienten Institutionen und einem effizienten Rechtssystem zwar nicht gerecht sein muss, doch eine durchgängig ineffiziente auf jeden Fall ungerecht ist.[919] In der Lehre wird auch der Ansatz vertreten, dass normative ökonomische Ansätze nicht an einem Oberziel (Effizienz, etc.) auszurichten sind, sondern auf die Entscheidungen der individuellen Akteure zurückzuführen sein müssen, also durch diese individuellen Wahlentscheidungen legitimiert werden müssen (normativer Individualismus, Legitimationsansatz).[920] Die Entscheidung für einen solchen *konsenstheoretischen Ansatz* führe dazu, dass nicht eine objektiv festgestellte Wohlfahrtsmehrung (Allokationseffizienz) bei der Wahl einer Lösung im Vordergrund stehe, sondern nach der Zustimmungsfähigkeit von Regelungsvorschlägen gefragt würde. Dabei würde in Rechnung gestellt, dass die Wirtschaftssubjekte je ihren eigenen Nutzen in Rechnung stellen, so dass sich komparative Nutzenerwägungen – als Brücke zum Effizienzansatz – in der Argumentation niederschlagen könnten.[921] Auch wird der Ausschluss externer, einmischender Präferenzen im Entscheidungs-

vgl. KIRCHNER, Ökonomische Analyse, 85; KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 26; ähnlich POSNER, Analysis, 13 und 27.

917 Vgl. SCHÄFER, Allokationseffizienz, 17; EIDENMÜLLER, Effizienz, 445 ff.; KLEINEWEFERS, Theorie, 98; MASTRONARDI, Menschenwürde, 234 f.

918 Vgl. z.B. SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 47; SCHÄFER/OTT, ökonomische Analyse, 7.

919 Vgl. SCHÄFER/OTT, ökonomische Analyse, 6.

920 Vgl. KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 25.

921 Vgl. KIRCHNER, Ökonomische Theorie, 27 f. Jedoch betrachtet EIDENMÜLLER, Effizienz, 234 ff., 318 die Versuche, das Effizienzkriterium konsenstheoretisch zu legitimieren als gescheitert: «Nicht jeder kann erwarten, dass er von einer derartigen [am Kaldor/Hicks-Kriterium ausgerichteten] Rechtspolitik langfristig profitieren wird. Verlieren werden insbesondere einkommensschwache oder wenig vermögende Parteien und diejenigen, die derzeit von bestehenden ineffizienten Regeln extrem begünstigt werden. Wer darüber hinaus sehr risikoavers ist, wird selbst bei hohen positiven Erwartungswerten seine Zustimmung zu einer allein an dem Kaldor/Hicks-Kriterium orientierten Rechtspolitik verweigern.»

kalkül diskutiert; diese würden in letzter Konsequenz die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht der Menschen negieren.[922]

652 Die Kontroverse um das Spannungsverhältnis zwischen Legalität und Funktionalität ist für die vorliegende Arbeit nur am Rande von Bedeutung, steht doch das Ziel der Erhaltung der Allokationseffizienz der Märkte mittels wirksamen Wettbewerbs (Art. 1 KG) im Kartellrecht, anders als vielleicht in anderen Rechtsgebieten, im Vordergrund.[923] Die Berücksichtigung des Effizienzzieles dort, wo der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden dazu ein klares Mandat erteilt («*Effizienz als Politik des Gesetzes*»), wird als unproblematisch betrachtet.[924] Behörden und Gerichte haben in diesem Falle im Gegenteil bei der Interpretation von Rechtsbegriffen zwingend auch ökonomische Überlegungen anzustellen, sind sie doch in ihrem Handeln an das Gesetz gebunden (Gesetzmässigkeitsprinzip der Verwaltung).[925] «Eine Folgenanalyse und Folgenbewertung im Lichte ökonomischer Effizienz ist zur Implementierung der legislativen Zielstruktur insoweit unerlässlich».[926]

11.1.3 Kritik am funktionalen Auslegungselement

a) Unreflektierte Übernahme des soziologischen Funktionsbegriffs

653 Sowohl Soziologie als auch Rechtswissenschaft gebrauchen den Begriff der «Funktion». Gemäss LUHMANN entspricht das analytische Instrumentarium der funktionalen Methode in der Soziologie nicht den Erwartungen des Juristen, sondern ist genau gegenläufig orientiert.[927] Im Gegensatz zum «frühen Funktionalismus», der sich durchaus noch mit der Frage nach dem Beitrag zur Erhaltung eines sozialen Systems beschäftigt habe, soll der Funktionalismus nach LUHMANN den

---

[922] Danach wären bei der Berechnung der Zahlungsbereitschaft ausländerfeindliche, missgünstige, allgemein freiheitsfeindliche Präferenzen nicht zu berücksichtigen, wenn gleich sie zu einer «effizienten» Lösung führten; vgl. DWORKIN, Rights, 272 ff.; SCHÄFER, Allokationseffizienz, 17 f.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 335 ff.

[923] Vgl. Botschaft KG95, 513; ausführlich II/4.2.

[924] Vgl. EIDENMÜLLER, Effizienz, 452 ff., 487. Allerdings lässt das KG neben der Allokationseffizienz auch Raum für die Verwirklichung anderer öffentlicher Interessen (Art. 8 KG); vgl. dazu allgemein MÖSCHEL, Schutzziele, 407 ff.

[925] Vgl. HÄFELIN/MÜLLER, Verwaltungsrecht, N 295 ff.; MOOR, Droit administratif, 309 ff.; GYGI, Verwaltungsrecht, 75 ff.

[926] EIDENMÜLLER, Effizienz, 452.

[927] Vgl. LUHMANN, Funktionale Methode, 2.

«Orientierungshorizont des Handelns» erweitern.[928] Eine Funktion eigne «sich also nicht als Element einer Kausalhypothese, sondern nur als Regel für die Feststellung funktionaler Äquivalenzen, also für einen Vergleich oder praktisch als Substitutionsregel.»[929] So *erweitere die funktionale Methode das Problemfeld*, anstatt die Fülle der möglichen Lösungen auf eine brauchbare oder gar richtige Entscheidung zu reduzieren.[930] Nach SCHLUEP hat jedoch die «jüngere Entwicklung des Wirtschaftsrechts einen spezifischen rechtlichen Funktionalismus ausgeformt», der mit der Äquivalenztheorie LUHMANNS nicht mehr deckungsgleich ist.[931]

b) Fehlen methodischer Eigenheiten

654 Teilweise wird für das Gebiet des Wirtschaftsrechts das gänzliche Fehlen methodischer Eigenheiten behauptet. So sei die Aufnahme wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe in wirtschaftsrechtliche Normen kein Grund für eine solche Annahme. Zum einen liessen sich wirtschaftswissenschaftliche Begriffe auch in anderen Rechtsgebieten finden, zum anderen würden *in den verschiedensten Rechtsgebieten Begriffe aus fremden Wissenschaften*, etwa aus Medizin und Technik verwendet, ohne dass man deswegen eine eigenständige Methode der Rechtskonkretisierung erwägen würde.[932] Recht sei per se interdisziplinär: Das Verstehen jedes Sachverhalts beginne bei der Deskription mit Mitteln einer anderen Disziplin (hermeneutischer Prozess zwischen Normprogramm und Sachbereich).[933] Dass funktionale Gesichtspunkte auch im klassischen Methodenkanon in die Argumentation einfliessen können, wird denn auch von Vertretern der funktionalen Betrachtungsweise nicht bestritten[934], doch scheint das funktionale Auslegungselement – wie unten dargelegt wird – im Hinblick auf den Einbezug wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse den klassischen Elementen überlegen.[935]

---

928 Vgl. LUHMANN, Funktionale Methode, 8; LUHMANN, Kausalität, 14.
929 LUHMANN, Funktionale Methode, 9.
930 Vgl. LUHMANN, Funktionale Methode, 12.
931 SCHLUEP, Funktionalität, 142 f.
932 Vgl. BROHM, Wirtschaftsrecht, 20. Weiter SCHMIDT, Wirtschaftsrecht, 55; WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 461 ff.; STOBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 27.
933 Vgl. MASTRONARDI, Denken, 71 ff., 166 ff.
934 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 178.
935 Ausführlich II/11.1.4, N 670.

c) «Herantragen» idealtypischer Ordnungsmodelle an die Wirtschaftsverfassung

655 Das für eine funktionale Auslegung rechtlich relevante Bezugssystem im Hinblick auf den Einbezug wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse ergibt sich in der vorliegenden Arbeit aus der – den ordnungspolitischen Grundentscheid enthaltenden – Wirtschaftsverfassung. Diese musste *bisher als ordnungspolitisch offen* bezeichnet werden, war es doch nach der h.L. weitgehend dem Gesetzgeber überlassen, ob und inwieweit er den Wettbewerb schützen wollte oder nicht.[936] Die funktionale Auslegung unter Zuhilfenahme einer wirtschaftswissenschaftlichen Theorie zum Schutz des Wettbewerbs – Die Vertreter der funktionalen Methode behalfen sich bisher meist mit der workable-competition-Theorie[937] – erntete darum Kritik.[938]

656 Mit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung hat die Frage nach dem relevanten Bezugssystem einiges an Schärfe verloren. Die geltende Wirtschaftsverfassung spricht sich nun klar für eine *grundsätzlich wettbewerbsorientierte Marktwirtschaft* aus.[939] Ein Rückgriff auf Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften zur Verwirklichung oder Sicherung der Marktwirtschaft ist daher – unter Vorbehalt des oben Gesagten[940] – angezeigt.[941]

d) Verletzung der Gewaltenteilung

657 Das funktionale Auslegungselement verletzt nach einem Teil der Lehre das Prinzip der Gewaltenteilung, da sie den Richter dem Gesetzgeber überordne.[942] Der Vorwurf wird, geht man – wie oben dargelegt – mit der neueren Lehre davon aus, dass *Rechtsanwendungsakte typischerweise schöpferische Elemente beinhaltet*, also

---

936 So Art. 31bis Abs. 3 lit. d aBV: «Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit, Vorschriften zu erlassen: gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen.» Vgl. dazu II/5.2.2, 0.

937 So RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 39; BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 154.

938 Vgl. WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 464; BREM, Funktionale Rechtsanwendung, 96.

939 Vgl. II/5.2.2.

940 Vgl. II/11.1.1, N 649.

941 Vgl. II/11.2.3.

942 Vgl. WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 471; LECHELER, Funktion, 2276; vgl. auch die Erwiderung von KLAUSER, Gefahr, 754.

zugleich Rechtsetzung sind, entkräftet.[943] Kommt hinzu, dass die Wertungen des Gesetzgebers, die den Ergebnissen des funktionalen Elementes widersprechen können, über die anderen Elemente in die Auslegung einfliessen werden.

e) Fehlende Sozialbindung subjektiver Rechte

658 Das funktionale Element nehme zudem als gegeben an, was zunächst Postulat sei: Die Sozialbindung subjektiver Rechte.[944] Der Vorwurf gründet in der Aussage, wonach der Private seine Wirtschaftsfreiheit im Einklang mit seiner Funktion im Wirtschaftssystem zu gebrauchen habe; der Private werde so zum *Funktionär des Wirtschaftssystems* und seiner Institute.[945]

659 Dem kann entgegengehalten werden, dass zumindest das Gebot der schonenden Rechtsausübung und das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) als immanente Grundrechtsschranke allgemein anerkannt sind.[946] Auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit Bestand und Tragweite der Sozialbindung subjektiver Rechte soll aber hier verzichtet werden. Hingewiesen sei lediglich auf folgende Aspekte, die tendentiell auf eine Sozialbindung subjektiver Rechte hinweisen.

660 Die Sozialbindung subjektiver Rechte ist *in der schweizerischen Lehre umstritten*.[947] Im Rahmen der Nachführung der Bundesverfassung wurde auf eine ausdrückliche Verankerung einer Sozialbindung der Eigentumsgarantie verzichtet, ohne diese aber zu verneinen.[948] In diesem Zusammenhang soll auch auf Art. 6 BV

---

943 Vgl. dazu die methodischen Ausführungen in I/3.1.2, N 34. Gl. M. RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 27.

944 Vgl. WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 464; NIEDERHAUSER, Marktmacht, 35 ff.

945 Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 151 f.; WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 463; NIEDERHAUSER, Marktmacht, 32 ff.

946 Vgl. MERZ, Kommentar zu Art. 2 ZGB, N 285 ff.; 393 ff.; HOFMANN, Grundpflichten, § 114 N 7 unter Hinweis auf die in Art. 2 der französischen Direktorialverfassung verwendete Formulierung der «goldenen Regel»: «Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes, gravés par la nature dans tous les cœurs: Ne faites pas à autrui ce, que vous ne voudriez pas, qu'on vous fit. Faites constamment aux autres le bien, que vous voudriez recevoir.»

947 Vgl. MÜLLER J.P., Elemente, 5 f.; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 27 f.

948 Vgl. Botschaft BV, 173. Ein entsprechender Antrag wurde in den parlamentarischen Beratungen abgelehnt. Dass eine Sozialpflichtigkeit des Eigentums bestehe, wurde in der Diskussion nicht bestritten. Vielmehr wandte man sich gegen die Verankerung eines «doch eher schwammigen Zusatz[es] der Sozialpflichtigkeit, der offenkundig neue Dimensionen von Einschränkungen eröffnen soll»; Amtl. Bull. NR (BV), 215 (Votum Dettling Toni).

hingewiesen werden, der – in programmatischer Weise – Verantwortung des Einzelnen gegenüber der Gesellschaft normiert. Ebenso lassen sich in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Hinweise auf die Sozialpflichtigkeit der Ausübung subjektiver Rechte entnehmen.

661 So entspricht nach Auffassung des Bundesgerichts eine Regelung, welche die Verfügungsgewalt über den Untergrund dem Staat unterstellt, «den genossenschaftlichen und föderalistischen Grundlagen unserer Staatsordnung und ist Ausdruck der sich aus der *Sozialpflichtigkeit ergebenden Schranken privaten Eigentums*»[949].[950] Danach könne das Grundeigentum nicht weiter in die Tiefe reichen, als sich der Grundeigentümer über ein entsprechendes Interesse ausweisen kann.[951]

662 Ausdrücklich normiert das *deutsche Grundgesetz* in Art. 14 Abs. 2 GG die Sozialbindung des Eigentums. Umstritten ist allerdings, ob Art. 14 Abs. 2 GG verfassungsunmittelbare Konsequenzen hat, also auch eine Grundpflicht des Eigentümers statuiert oder zusammen mit Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG lediglich einen einheitlichen Gesetzesvorbehalt bildet.[952] Unklar ist auch, ob alle Grundrechte einem allgemeinen Gemeinwohlvorbehalt unterstellt sind.[953]

f) Ausklammerung von Gerechtigkeitsüberlegungen

663 Durch Funktionalisierung würde das Gesetz als Steuerungsmedium zur Erfüllung bestimmter, vorgegebener Zwecke ausserrechtlicher Normen (des Wirtschaftssystems) genutzt. Dieses Gesetz bleibe zwar demokratisch und rechtsstaatlich legitimiert, ergänze aber die Ausrichtung allen Rechts auf Gerechtigkeit durch die handfesteren Kriterien der Zweckmässigkeit und Wirksamkeit hinsichtlich von Zielen, die u.U. rechtlich nicht bestimmt sind. Nutzen und Erfolg erhielten so den Rang einer Legitimationsgrundlage.[954] Damit würden *Gerechtigkeitsfragen dem Reich*

---

949 BGE 119 Ia 390 ff., 399 «Nagra/Nidwalden».
950 Ausführlich VALLENDER, Nachführung, 491 f.; SALADIN, Grundrechte, 190 ff.
951 BGE 119 Ia 390 ff., 399 «Nagra/Nidwalden».
952 Vgl. WIELAND, Kommentar zu Art. 14 GG, N 82; PAPIER, Kommentar zu Art. 14 GG, N 299; HOFMANN, Grundpflichten, § 114 N 42.
953 Vgl. dazu die Beispiele für die Sozialbindung von Grundrechten anhand von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bei STEIN, Staatsrecht, 173 ff.
954 Vgl. MASTRONARDI, Funktionales Recht, 164.

der Ethik vorbehalten; die Techniker könnten sich darauf konzentrieren, Zweckmässigkeiten gegeneinander abzuwägen.[955]

In der Tat lässt die funktionale Betrachtungsweise – im Sinne der Ausrichtung einer Norm auf die Verwirklichung des rechtlich anerkannten, gesollten Wirtschaftssystems – wenig Raum für normative Gerechtigkeitsüberlegungen. Diesem drohenden Verlust an Normativität des Rechts wird aber durch zwei Aspekte entgegengewirkt. 664

Eine funktionale Betrachtungsweise hat sich an der rechtlich anerkannten Ordnung, d.h. an der geltenden Wirtschaftsverfassung auszurichten. Diese ergibt sich hauptsächlich aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), der Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV), den im Abschnitt «Wirtschaft» der Bundesverfassung verankerten Grundsätzen der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV) sowie den Kompetenzbestimmungen (z.B. Art. 96 BV).[956] Die Rolle anderer Verfassungsnormen kann hier leicht in den Hintergrund rücken, doch sind unbestritten praktisch alle Grundrechte (Verfassungsnormen) wirtschaftsrelevant.[957] Wenn also die Bedeutung der oben genannten Normen für die Konstituierung des Wirtschaftssystems nicht unterschätzt werden darf, so ergibt sich die gesollte Wirtschaftsordnung vollständig doch erst aus der Betrachtung der Verfassung als Ganzem.[958] So stellt insbesondere der *Schutz und Erhaltung der Menschenwürde* in ihren Ausprägungen[959] Kern und Anknüpfungspunkt aller anderen Grundrechte dar, umreisst den Gehalt dieser Rechte und bietet Richtschnur für deren Auslegung und Konkretisierung.[960] Mit dem allgemeinen Schutz der Menschenwürde[961] hat auch die wirt- 665

---

955 Vgl. MASTRONARDI, Funktionales Recht, 164; weiter DRUEY, Wirtschaftsrecht, 9 f.; LECHELER, Funktion, 2273.

956 Gewisse Autoren zählen auch die Normen der Sozial- und Umweltverfassung zum «Kern» der Wirtschaftsverfassung; zur Vielfältigkeit diesbezüglich vgl. FN II/346.

957 Grundlegend ZACHER, Theorie, 581 ff. Vgl. auch SALADIN, Unternehmen, 14; DRUEY, Wirtschaftsrecht, 2.

958 Vgl. II/5.2.1.

959 Dazu MÜLLER J.P., Grundrechte, 2: «In Art. 7 BV ist aber auch ein subjektiv-rechtlicher Gehalt begründet, der sich in der Regel über den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz oder über ein Diskriminierungsverbot realisieren wird»; vgl. weiter HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 222.

960 Vgl. HÄBERLE, Menschenwürde, § 20 N 57: «Für die meisten Einzelgrundrechte ist so ein unterschiedlich weitreichender und unterschiedlich intensiver Menschenwürdebezug kennzeichnend. Die der Menschenwürde als Prämisse ‹nachfolgenden› (Einzel)Grundrechte bzw. ‹Staatsziele› und Varianten der ‹Staatsformen› stehen im Dienste der ‹Würde des Men-

schaftliche Tätigkeit dem Gemeinwohl zu dienen, insbesondere der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle (Gemeinwohlrelevanz des Wirtschaftsrechts[962]).[963] Der Gebrauch der wirtschaftlichen Grundrechte unter Missachtung der Menschenwürde kann nicht zulässig sein und verdient keinen Schutz.[964]

schen›.» Weiter STOBER, Handbuch, 424 f.; HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht, N 222; MÜLLER J.P., Grundrechte, 1 f.; RHINOW, Bundesverfassung, 98; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, droits fondamentaux, 134; ähnlich auch Botschaft BV, 140 f. und die Voten in der Parlamentsdiskussion, Amtl. Bull. NR (BV), 146 ff. und Amtl. Bull. StR (BV), 32 f.

961 Nun explizit in Art. 7 BV.

962 Dazu I/1.2.6 m.w.H.

963 Art. 151 Abs. 1 BayLV. Vgl. auch § 9 KV AG (Hervorhebung nur hier): «*Volk und Behörden* achten und schützen die Menschenwürde». HÄBERLE, Menschenwürde, § 20 N 59 bezeichnet die Menschenwürde als «Strukturnorm» für Staat und Gesellschaft. Der Achtungs- und Schutzauftrag beziehe tendenziell auch die Gesellschaft mit ein; Menschenwürde habe «Drittwirkung»; sie konstituiere die Gesellschaft. Vgl. weiter MAURER, Staatsrecht, 278; STOBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 16; SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse, 9. Freilich kann diese Interpretation von Art. 1 Abs. 1 GG («Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.») nicht ohne Weiteres auf das schweizerische Verfassungsverständnis übertragen werden, gewährleistet die schweizerische BV («Die Menschenwürde ist zu achten und zu schützen») doch vom Wortlaut her nicht denselben, umfassenden Schutz. Doch hat nach SALADIN, Grundrechte, 94, 306 f. sowie 318 die persönliche Freiheit – und damit die Menschenwürde als Teilaspekt – auch unter den Privaten in Art. 27 f. ZGB Geltung erlangt (vgl. nun auch Art. 35 Abs. 3 BV). Er sieht die Würde der menschlichen Person als letztes Refugium vor aller staatlicher und ausserstaatlicher Gewalt. Gemäss KLEY, Grundpflichten, 123, verpflichte die Menschenwürde die Privaten nicht rechtlich, sie sei mehr sittlich-ethischer Natur. Die Ausrichtung privaten Handels auf die Menschenwürde verpflichte den Staat. Nach EICHENBERGER, Kommentar, 68 darf und soll sich der Staat «so einrichten, dass die nicht-staatlich Handelnden nicht gehindert sind oder dass sie gegenteils veranlasst sind, die Würde des Menschen (die eigene und die der anderen) zu wahren. Gemäss SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, 41 ist es den Wirtschaftswissenschaften primär aufgetragen, Seinszusammenhänge zu ergründen; demgegenüber gehe es in der Wirtschaftsrechtswissenschaft darum, eine an der Würde des wirtschaftenden Menschen ausgerichtete Wirtschaftsverfassung zu implementieren. Nach MASTRONARDI, Menschenwürde, 244 wird die Menschenwürde durch Universalisierung des Würdeanspruchs für alle Menschen zum ersten Recht und zur obersten Pflicht gegenüber allen; ähnlich äussert sich MÜLLER J.P., Bemerkungen, 627. Auch WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, 9 misst der Menschenwürde nicht nur abwehrrechtlichen Charakter zu.

964 So kann in Bezug auf die zwischenmenschliche Schutzrichtung der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 24, 119 ff., 144) gefolgt werden: «Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems stellt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren.» Durch die Gesetzgebung werden verschiedene Aspekte der Menschenwürde im zwischenmenschlichen Bereich geschützt. So durch Art. 2 ZGB (Rechtsmissbrauchsverbot), Art. 27 f. ZGB (Persönlichkeitsschutz), Art. 19 f. OR (Nichtigkeit widerrechtlicher, unsittlicher oder das Recht der Persönlichkeit verletzende Verträge), Art. 328 OR

Insofern ist die Wahrung der Menschenwürde Teil – oder Kern – der Wirtschaftsverfassung und neben den anderen Verfassungsnormen auch in einer funktionalen Betrachtungsweise zu berücksichtigen. Mit dem Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV), dem Gleichheitssatz (Art. 8 BV) sowie dem Schutz vor Willkür und der Wahrung von Treu und Glauben (Art. 9 BV) – dem auch das Kartellgesetz verpflichtet ist – legt die Wirtschaftsverfassung nun aber zumindest die Grundlage für die Verwirklichung zentraler Gerechtigkeitspostulate.[965]

Auch ist sich bewusst zu machen, dass die funktionale Betrachtungsweise keine Auslegungsmethode darstellt, vielmehr ein Auslegungselement (ein Topos) unter Vielen ist. In funktionaler Sicht ist unter mehreren Normhypothesen diejenige zu wählen, die am ehesten einen Beitrag zur Realisierung der geltenden Wirtschaftsordnung leistet. Die so gewählte Normhypothese ist als Teilergebnis eines Auslegungselements mit den Ergebnissen anderer Auslegungselemente zu vergleichen und hat gegebenenfalls hinter andere mögliche Normhypothesen zurückzutreten.[966] Gerechtigkeitsüberlegungen können also auch über andere Elemente, namentlich das teleologische Element, das realistische Element und das Element der Folgenbewertung[967], in die Entscheidungen einfliessen. 666

Ob im Einzelfall normativen oder funktionalen Überlegungen der Vorrang einzuräumen ist, kann nach dem Gesagten nicht in genereller Weise beantwortet werden. Unbestrittenermassen haben im Wirtschaftsrecht beide Betrachtungsweisen Anspruch auf Berücksichtigung.[968] 667

11.1.4 Eingliederung des funktionalen Elements in den Methodenkanon

Augenfällig ist, dass das funktionale Element *Überschneidungen* mit anderen Auslegungselementen, namentlich dem Element der verfassungskonformen Auslegung, dem teleologischen Element, dem realistischen Element und dem Element der Folgenanalyse aufweist. 668

(Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers), Art. 261bis StGB (Rassendiskriminierungsverbot), Art. 92 SchKG (Unpfändbare Vermögenswerte), etc.

965 Dazu BYDLINSKI, Gerechtigkeit, 107 ff.; STREIT, Gerechtigkeit, 43 ff.; KRIELE, Kriterien, 100 ff. und passim; FORSTMOSER/SCHLUEP, Recht, 281 ff.

966 Vgl. auch KLAUSER, Gefahr, 753.

967 Vgl. RÜTHERS, Rechtstheorie, 222.

968 Gl.M. MASTRONARDI, Funktionales Recht, 170 ff., 174 ff.

669 Das funktionale Element zielt auf Sinngebung in Bezug auf die zu realisierende Wirtschaftsverfassung und wird so zu einem *Anwendungsfall der (wirtschafts-)verfassungskonformen Auslegung*.[969] Das funktionale Element soll hier aber insofern weitergehen, als nicht nur die Einheit der Rechtsordnung, sondern auch das Verständnis des Zusammenspiels normativer Subsysteme mit Blick auf die Stabilisierung des übergeordneten gesamtwirtschaftlichen Systems hergestellt werden soll.[970] Zum Verhältnis zwischen funktionalem und *teleologischem Element* ist anzumerken, dass, soweit wirtschaftliches Interventionsrecht oder unmittelbar wirtschaftsrechtsbezogenes Privatrecht zu konkretisieren ist, sich die beiden Auslegungselemente weitgehend decken.[971] Grundlegend wird die funktionale Auslegung erst bei Normen, die sowohl personale als auch wirtschaftsrechtliche Funktionen zu erfüllen haben[972]; hier hat neben der Interessenabwägung zwischen kollidierenden Persönlichkeitsgütern (Verwirklichung des Nahzwecks) auch eine Beurteilung der Norm im Hinblick auf gesamtwirtschaftliche Aspekte stattzufinden (Verwirklichung des Fernzwecks).[973] Daraus wird teilweise der Schluss gezogen, die Rechte des Einzelnen würden mit einer Sozialbindung belastet, welche den Einzelnen zu einem «Funktionär des Wirtschaftssystems» mache.[974] Weiter ergibt sich eine gewisse Überschneidung zum realistischen Element, unter dessen Titel der Einbezug wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse ebenfalls zulässig ist.[975] Allerdings ist der Begriff der «Realie» wesentlich weiter gefasst und bezieht vermehrt auch biologische und psychologische Elemente, Kultur, Natur, Sozialleben und Gerechtigkeitspostulate[976] mit ein; Faktoren, die – beschränkt man sich wie hier auf die Wirtschaft in einem engeren Sinn – trotz ihrer grundsätzlichen Bedeutung eine eher untergeordnete Rolle spielen. Schliesslich verlangt das funktionale

969 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 178.
970 Vgl. SCHLUEP, KG + PüG, 302.
971 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 174. Nach FRITZSCHE, Auslegung, 18 handelt es sich bei der funktionalen Konkretisierung um nicht anderes als eine «normale» teleologische Auslegung.
972 Z.B. Normen des Gesellschaftsrechts, Obligationenrechts oder Persönlichkeitsrechts.
973 Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 175 ff.; BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 134 f.; RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 25; BERGER, Funktionale Konkretisierung, 147; a.M. WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 467.
974 BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 136 f. in Anlehnung an SCHLUEP, Kritik, 248. Vgl. weiter die Kritik von WOHLMANN, Funktionale Auslegung, 464 und die Antwort von RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 27 f.
975 Vgl. MEIER-HAYOZ in Berner Kommentar zu Art. 1 ZGB, N 211; SCHLUEP, Beziehungen, 42; RHINOW, Methodik, 82 ff., 94.

Element eine Ergebnisberücksichtigung, die aber nur im Hinblick auf die Verwirklichung der Wirtschaftsverfassung erfolgt[977]. Andere Auswirkungen auf soziale Regelkreise sind im Rahmen des funktionalen Elements nicht relevant.

Nach der Auffassung SCHLUEPS ist es denn auch *gleichgültig, ob man den funktionalen Gesichtspunkt einem der klassischen Elemente zuordnet* oder ihn eigenständig aufzieht.[978] Trotzdem erscheint die Anwendung des funktionalen Elements für das vorliegende – spezifisch wirtschaftsrechtliche Problem – als angemessen. Das funktionale Element will vermehrt makrojuristische Zusammenhänge für die Sinnermittlung nutzbar machen.[979] Insbesondere beantwortet es die Frage, unter welchem Gesichtspunkt – nämlich unter dem der zu realisierenden Wirtschaftsordnung – wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse nutzbar gemacht werden sollen. Den genannten Überschneidungen wird darum im Rahmen des funktionalen Elements Rechnung getragen. 670

11.2 Funktionale Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb»

11.2.1 Ausrichtung der Normen auf ein relevantes Bezugssystem

Der Beizug der funktionalen Methode verlangt nach einem Bezugssystem. Dieses wird nach der hier vertretenen Auffassung durch die Verfassung bestimmt.[980] Konnte der diesbezügliche Vorgängererlass von 1874 noch als ordnungspolitisch relativ offen bezeichnet werden[981], so lässt sich der geltenden Verfassung nun ein *ordnungspolitischer Grundentscheid für eine grundsätzlich durch Wettbewerb zu koordinierende Privatwirtschaft* entnehmen.[982] So liegt denn auch dem Kartellgesetz die verfassungsrechtliche Vorgabe «einer grundsätzlich wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung» und das Bekenntnis zu einem Leitbild des «wirksamen 671

[976] Vgl. RHINOW, Methodik, 82 ff. und II/7.
[977] Vgl. BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 134 f.
[978] Vgl. SCHLUEP, Funktionalität, 178.
[979] Vgl. dazu RUFFNER, Funktionale Konkretisierung, 44: «Während die klassische Auslegung von einzelnen Faktoren ausgeht – in concreto etwa von einem Zweckartikel – geht die ‹gemässigte funktionale Methode› von einer Gesamtsicht aus, wie etwa der Struktur und den Sinnzusammenhängen eines wirtschaftsrechtlichen Normenkomplexes.»
[980] Vgl. N 648.
[981] Vgl. II/5.2.2, 0.
[982] Vgl. II/5.2.1, b).

Wettbewerbs» zugrunde[983], dessen Verwirklichung der Wettbewerbskommission aufgetragen ist[984]; die Bestimmung der Ausnahmebereiche obliegt hingegen dem Verfassungsgeber (Art. 2 und 3 KG i.V.m. Art. 94 Abs. 4 BV) und dem Bundesrat (Art. 8 und 11 KG). Aufgrund dieser Gesetzesanlage hat die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» im Hinblick auf die Gewährleistung eines (dem Grundsatz der wirtschaftlichen Effizienz verpflichteten) Wettbewerbssystems zu erfolgen.[985] Die Wettbewerbskommission erhält so den verfassungsrechtlichen Auftrag zum Schutz des Wettbewerbs.[986]

672 Der so geschaffene *juristische Wettbewerbsbegriff knüpft an den – einer funktionellen Transformation unterliegenden*[987] *– wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbsbegriff an*, ohne dessen Beizug die Funktionsbedingungen des Wettbewerbssystems nicht verstanden werden können und eine Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» nicht erfolgen kann. Dies wirft die Frage nach dem *wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbsverständnis* auf, welches nachfolgend anhand verschiedener wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen näher beleuchtet wird. Auf die *Leitbilder der Wettbewerbstheorie* wird dagegen nur kurz eingegangen.

11.2.2 Überblick über die Leitbilder der Wettbewerbstheorie

a) Klassische dynamische Wettbewerbstheorie

673 Grundlage des ökonomischen Liberalismus bildet das Werk ADAM SMITHS «*An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*».[988] Einem durch den Merkantilismus geprägten Wirtschaftssystem setzt SMITH ein Konzept der «natürlichen Freiheit» gegenüber, welche insbesondere als Freiheit von den bürokratischen Fesseln des Staates begriffen werden muss. Freie Bürger, durch ihr Eigeninteresse motiviert, aber auch durch Gesetz und Sitte (sympathy, moral rules) kontrolliert, seien danach weit besser in der Lage, individuellen *und* gesellschaftlichen Wohlstand (Harmoniethese) herzustellen, als es der Staat durch Wirtschaftspolitik und

983 Vgl. Botschaft KG95, 502, 511 ff.
984 Art. 18 Abs. 3 KG.
985 Vgl. II/5.2.2, b), N 220.
986 Vgl. II/5.3.1, a).
987 Vgl. II/1.2.2, b).
988 Erstauflage 1776.

und Dirigismus zu tun vermag. Auf scharfe Ablehnung stösst daher jegliche Art staatlicher oder privater Marktmacht, wie sie damals in Monopolen, Zünften, Gilden etc. zum Ausdruck kommt. SMITH versteht Wettbewerb als dynamischen Prozess, in dem sich langfristig der Marktpreis dem natürlichen Preis annähern soll: in diesem Zustand zahlen Nachfrager (verteilungspolitisch gesehen) «gerechte» Preise und die Anbieter werden «gerecht» entlohnt. Auf diesem Weg führt einzelwirtschaftliches, wettbewerbliches Gewinnstreben auch zum Reichtum der Nationen, ohne dass dies die Marktteilnehmer beabsichtigen würden (invisible hand).[989]

b) Neoklassische statische Theorie der vollkommenen Konkurrenz

Das Modell der vollkommenen Konkurrenz basiert in erster Linie auf der vollständigen Abwesenheit von Marktmacht auf Anbieter- und Nachfrageseite (atomistische Marktstruktur, bilaterales Polypol). Die Produzenten sind reine Preisnehmer und agieren als blosse Mengenanpasser auf Grundlage ihrer jeweiligen Angebotsfunktion. Weitere Voraussetzungen für die Verwirklichung vollkommener Konkurrenz sind Homogenität der Güter, Abwesenheit von Präferenzen, vollständige Markttransparenz, unendlich hohe Reaktionsgeschwindigkeit und offene Märkte. Im statischen Gleichgewichtszustand der vollkommenen Konkurrenz entspricht der Marktpreis den minimalen Durchschnittskosten der Produzenten; alle Anbieter verwenden dieselbe (modernste) Produktionstechnik und haben dieselbe Produktions- und Kostenstruktur, da weniger effiziente Anbieter aus dem Markt ausgeschieden sind. *Der wettbewerbliche Prozess kommt zum Stillstand*. Auf das Modell der vollkommenen Konkurrenz wird in II/11.2.3, b), N 699 eingegangen.[990] 674

c) Ordoliberale Theorie der vollständigen Konkurrenz

Die Ordoliberalen – als herausragende Exponenten seien BÖHM und EUCKEN genannt[991] – stellen den Wettbewerb in den *Gesamtzusammenhang wirtschaftlicher,* 675

[989] Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei OLTEN, Wettbewerbstheorie, 33 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 12 ff.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 27; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 17 ff.

[990] Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei OLTEN, Wettbewerbstheorie, 45 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 15 ff.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 27 f.; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 19 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 39 ff.

[991] Vgl. EUCKEN, Wirtschaftspolitik, 254 ff. und Wettbewerbsordnung, 28 ff.; BÖHM, Wettbewerb, passim.

gesellschaftlicher und staatlicher Ordnung. Kern des Konzepts ist die Erhaltung des Leistungswettbewerbs und eines funktionsfähigen Preissystems vollständiger Konkurrenz. Dieses verlange nach der Verankerung von Grundprinzipien, welche die Wettbewerbsordnung konstituieren: es sind dies eine Politik der Geldwertstabilisierung, Offene Märkte, Privateigentum, Vertragsfreiheit, Haftung sowie Konstanz der Wirtschaftspolitik. Wirtschaftliche Macht soll nur soweit bestehen, wie sie notwendig ist, um die Wettbewerbsordnung aufrechtzuerhalten (Notenbank etc.). Darüber hinaus sind Monopole und Kartelle durch ein unabhängiges Monopolamt aufzulösen oder zumindest zu beaufsichtigen. Die Schaffung offener Märkte und Gewährung genügender Freiheitsgrade[992] als zentrale Forderung der Ordoliberalen hat auch heute an Bedeutung nichts verloren (vgl. II/11.3.4).[993]

d) Harvard Schule und Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs

676 Mit der bahnbrechenden, 1940 publizierten Arbeit von CLARK «*Toward a Concept of Workable Competition*» wird das Modell der vollkommenen Konkurrenz als wettbewerbspolitisches Leitbild abgelöst und die Harvard School of Antitrust geboren.[994] CLARK formuliert zunächst die These, dass bei Vorliegen von Unvollkommenheiten in einem Markt (im Sinne von Abweichungen des in der Realität nie erreichbaren Idealbildes der vollkommenen Konkurrenz) das Hinzutreten einer weiteren Unvollkommenheit den Wettbewerb u.U. funktionsfähiger machen könnte (Politik des Zweitbesten, Gegengiftthese). In seinem späteren Werk «*Competition: Static Models and Dynamic Aspects*» dynamisiert CLARK sein Leitbild mittels einer Innovationstheorie und betrachtet den Wettbewerb als einen Prozess nie abgeschlossener Vorstoss- und Verfolgungsphasen. Damit wird der unvollkommene Wettbewerb (temporäre Machtpositionen aufgrund von Innovation etc.) zu einer notwendigen Voraussetzung wirtschaftlichen Fortschritts, von den Einen später als Kernelement einer modernen Wettbewerbswirtschaft (Harmoniethese), von den Anderen als Zielkonflikt zwischen Fortschritt und Wettbewerb gesehen (Dilemmathese).

---

992 Zur Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit als Regelungslegitimation N 697.

993 Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei OLTEN, Wettbewerbstheorie, 52 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 20 ff.; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 70 ff.

994 Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei OLTEN, Wettbewerbstheorie, 84 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 23 ff.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 29 ff.; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 23 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 40 f.

Grundlage der Wettbewerbstheorie Harvardscher Prägung ist ein *Struktur-Verhaltens-Ergebnis Schema (SCP)*, das aus der von der Preistheorie geläufigen Kausalbeziehung dieser Variablen abgeleitet wird. Auf dieser Basis werden Kriterien und Normen entwickelt, welche die Beurteilung der Wettbewerbssituation auf einem Markt (als funktionsfähig oder nicht funktionsfähig) erlaubt. Dadurch entstehen in der Kausalkette eine Vielzahl zu berücksichtigender, sich von Autor zu Autor unterscheidender Wettbewerbsparameter (Als Beispiel mag der in Abb. 1, S. 34 aufgeführte Katalog dienen). Je nachdem, ob nur der Marktstruktur oder zusätzlich dem Markverhalten Erklärungswert zugemessen wird, kann innerhalb der Schule zwischen Strukturalisten (z.B. BAIN) und Behaviouristen (z.B. SCHERER) unterschieden werden. Auf der Grundlage des SCP-Ansatzes ist die *frühe Industrial Organization* entstanden, welche den Katalog an Wettbewerbsparametern aufgrund empirischer Daten zu operationalisieren sucht. Auf den Harvard-Ansatz selbst wird heute kaum mehr (jedenfalls kaum mehr ausschliesslich) Bezug genommen. Es ist nicht gelungen, einen allgemein anerkannten Katalog von Wettbewerbsparametern zur Beurteilung aller Arten von Wettbewerbsbeschränkungen zu erarbeiten. Auch wird die Beurteilung des Marktergebnisses erschwert, da Vergleichsmärkte oft fehlen und zu diesem Zweck ersatzweise auf hypothetische Tests zurückgegriffen werden muss. Aus der Sicht der Systemtheoretiker verfehlt ist das instrumentalistische Wettbewerbsverständnis der Harvard Schule und die Vernachlässigung des Wettbewerbs als Ziel an sich. 677

e) Theorie der optimalen Wettbewerbsintensität

Als Weiterentwicklung der dynamischen Ansätze von CLARK, SCHUMPETER UND ARNDT sieht KANTZENBACH seine Theorie der optimalen Wettbewerbsintensität.[995] Er unterscheidet zwischen statischen (marktleistungsbedingte Einkommensverteilung, nachfragebezogene Angebotszusammensetzung, optimale Faktorallokation) und dynamischen (technischer Fortschritt, datenänderungsbezogene Anpassungsflexibilität) Wettbewerbsfunktionen, wobei er statische Faktoren als weitgehend irrelevant, dynamische Faktoren als sehr relevant einschätzt. Theoretisch ist nach seinem Modell die potentielle Wettbewerbsintensität am Höchsten im Duopol bei Marktvollkommenheit (Produktehomogenität und vollständige Markttransparenz), 678

[995] Zum Konzept von KANTZENBACH auch N 737 ff., N 739.

da dort die dynamischen Wettbewerbsfunktionen am Besten erfüllt werden. Am niedrigsten ist sie im homogenen Polypol, wo aber die statischen Wettbewerbsfunktionen am Besten Verwirklichung finden. Wird das wettbewerbsbeschränkende Verhalten der Marktteilnehmer einbezogen, so sinkt mit abnehmender Zahl der Anbieter die effektive Wettbewerbsintensität im homogenen Duopol bei vollständiger Markttransparenz gegen null. Die optimale Wettbewerbsintensität (im Hinblick auf die Erfüllung statischer und dynamischer Wettbewerbsfunktionen) ist im *Bereich weiter Oligopole* zu suchen (vgl. nachfolgend Abb. 18, S. 400). Insbesondere von Seiten HOPPMANNs ist das Konzept heftiger Kritik ausgesetzt.[996] So vernachlässige die (instrumentalistische) Theorie der optimalen Wettbewerbsintensität die Wettbewerbsfreiheit als eigenen, unabhängigen Zielkomplex (HOPPMANN-KANTZENBACH-Kontroverse). Das Modell erfasse zudem nur zwei Determinanten (Anbieterzahl und Marktvollkommenheit) und sei empirisch nicht abgesichert. Insbesondere habe der Zusammenhang zwischen Anbieterzahl und Wettbewerbsintensität keine Bestätigung erfahren. KANTZENBACH formuliert auch keine Handlungstheorie zu Handen der Wettbewerbsbehörden; allerdings impliziert das Modell die aktive Förderung «optimaler» Marktstrukturen.[997]

f) Systemtheoretischer Ansatz oder Leitbild der Wettbewerbsfreiheit

679 Basierend auf den Arbeiten von VON HAYEK stellt HOPPMANN den instrumentalistischen Ansätzen der Wettbewerbstheorie sein Leitbild der Wettbewerbsfreiheit gegenüber.[998] *In Anlehnung an die ökonomischen Klassiker stellt HOPPMANN den Wettbewerb als dynamischen Prozess dar. Kern seiner Arbeiten ist die Untersuchung der Beziehung zwischen Wettbewerb und Freiheit*. Die Wettbewerbsfreiheit wird als notwendige Voraussetzung für den Wettbewerb angesehen und erhält damit einen inhärenten Wert.[999] Der freie Wettbewerb ermöglicht den Beteiligten die Realisierung individueller ökonomischer Vorteile, etwa durch innovatorischen

---

[996] Vgl. besonders HOPPMANN, Wettbewerbsintensität, 286 ff.

[997] Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei OLTEN, Wettbewerbstheorie, 88 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 37 ff.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 34 ff.; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 96 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 41.

[998] Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei OLTEN, Wettbewerbstheorie, 95 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 48 ff.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 38 ff.; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 157 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 42 f.

[999] Zur Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit als Regelungslegitimation N 697.

oder imitatorischen Wettbewerb, so dass sich der Wettbewerb auch insgesamt als ökonomisch vorteilhaft erweist. Es kann daher kein Dilemma im Sinne eines Konflikts zwischen Wettbewerbsfreiheit und «guten ökonomischen Ergebnissen» geben (Harmoniethese); dies allerdings nur dann, wenn unter den Unternehmen auch ein «spirit of competition» herrscht.

680 Wettbewerbsfreiheit im *Austauschprozess* ist die Zahl der Möglichkeiten, auf der Marktgegenseite unter mehreren Alternativen wählen zu können. Im *Parallelprozess* stellt sich Wettbewerbsfreiheit als die Möglichkeiten der aktuellen und potentiellen Konkurrenten dar, auf den Märkten tätig zu werden und ihre Aktionsparameter frei einzusetzen. Im *dynamischen Prozess* ist Wettbewerbsfreiheit die Möglichkeit zum absatzpolitischen Vorstoss und zur absatzpolitischen Verfolgung. Ziel der Wettbewerbspolitik muss es sein, die Wettbewerbsprozesse zu ermöglichen, in denen sich die oben genannten Dimensionen der Wettbewerbsfreiheit manifestieren.

681 Da aber Wettbewerb in seinen Ergebnissen offen bleibt (HAYEKs Wettbewerb als Such- und Entdeckungsverfahren), muss die Wettbewerbspolitik definieren, *welche Strategien der Marktteilnehmer die Wettbewerbsfreiheit ungebührlich beschränken*. Es sind dies Beschränkungen der Entschliessungs- und Handlungsfreiheit (innere bzw. äussere Freiheit). später interpretiert HOPPMANN die Wettbewerbsfreiheit auch als Abwesenheit von Zwang durch Andere. Bei Beurteilung der Strategien ist zwischen künstlichen (oder willkürlichen) und natürlichen Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit zu unterscheiden. Künstliche Beschränkungen stellen Einengungen der Freiheitsspielräume der Marktteilnehmer dar, die durch unternehmerische oder staatliche Handlungen verursacht werden. Sie sind als eigentlicher Ansatzpunkt der Wettbewerbspolitik zu betrachten. Demgegenüber sind natürliche Beschränkungen durch weitreichende Grössenvorteile (natürliches Monopol) oder Leistungsmonopole (Innovation etc.) begründet und mittels Ausnahmeregelungen zu tolerieren, wenn sie nicht auf ein angemessenes Mass reduziert werden können. Zur Beurteilung von wettbewerbsbeschränkenden Strategien sollen bevorzugt per se Regeln Anwendung finden, da nur eine eindeutige, operationable und justitiable Definition verbotener Verhaltensweisen eine Verhaltensorientierung der Unternehmen an den Verboten ermögliche. Dabei erweist sich jedoch das Kriterium der Wettbewerbsfreiheit als wenig operabel und bei der Abgrenzung verbotener und erlaubter Strategien bleibt das Referenzsystem unscharf. Die Bestim-

mung von Ausnahmebereichen, wo der Wettbewerb annahmegemäss zu schlechten Ergebnissen führt, gipfelt in der Kritik, das ganze Konzept sei tautologisch (TOLKSDORF / NEUMANN). Die Unterteilung in Wettbewerbsbereiche und Ausnahmebereiche nehme implizit den von HOPPMANN abgelehnten Performance-Test vorweg. So bringe der freie Wettbewerb ein gutes Ergebnis, weil er ein gutes Ergebnis bringt (sonst würde es sich ja um einen Ausnahmebereich handeln).

682 In späteren Arbeiten ergänzt HOPPMANN sein Leitbild um die *non separabilis-These*, wonach der Markt immer als Gesamtmarkt zu betrachten und eine isolierte Analyse eines Teilmarktes unzulässig sei (Markt als komplexes Phänomen). Damit wird auch die Bestimmung eines relevanten Marktes bei Bestimmung von Wettbewerbsverhältnissen v.a. durch Wettbewerbsbehörden abgelehnt.[1000]

683 Als *Modifikationen des systemtheoretischen Leitbildes* haben BARTLING, MÖSCHEL und HERDZINA ihre Ansätze vorgestellt. Diese auch als «Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen» (MÖSCHEL) bekannten Leitbilder beziehen insbesondere die Erkenntnisse der neuen Harvard Schule und Chicago Schule mit ein und erreichen so eine stärkere markttheoretische Fundierung und Überwindung der fehlenden Operationalisierbarkeit des systemtheoretischen Ansatzes. Danach soll die Wettbewerbspolitik nicht nur missbräuchliche Wettbewerbspraktiken, sondern auch die Entstehung freiheitsgefährdender Marktstrukturen verhindern. Übernommen wird damit auch die These des Zielkonflikts zwischen ökonomischer Vorteilhaftigkeit und Wettbewerbsfreiheit (Dilemmathese).[1001]

g) Koordinationsmängelkonzept

684 Das von BORCHERT und GROSSEKETTLER entwickelte Koordinationsmängelkonzept findet seinen Ausgangspunkt in der Kritik an traditionellen Wettbewerbskonzeptionen, insbesondere an deren mangelnder Operationalität und fehlender empirischer Überprüfbarkeit.[1002] Zu diesem Zweck werden – vertragstheoretisch legitimierbare – Marktfunktionen formuliert, deren Erfüllung im Allgemeinen von funk-

[1000] Für die praktische Wettbewerbspolitik ist dieser Ansatz denn auch kaum brauchbar; vgl. zur Marktabgrenzung N 704 f.

[1001] Vgl. BARTLING, Leitbilder, 59 ff.; MÖSCHEL, Wettbewerbsbeschränkungen, 48 ff.; HERDZINA, Wettbewerbspolitik, passim. Dazu RUFFNER, Grundlagen, 172 ff.

[1002] Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 109 ff.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 47 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 43 f.

tionierenden Marktprozessen erwartet wird. Es sind dies die Markträumungsfunktion, die Renditenormalisierungsfunktion, die Übermachterosionsfunktion, die Produktfortschrittsfunktion sowie die Verfahrensfortschrittsfunktion. Angestrebt werden dabei Mindestzielerreichungsgrade und nicht optimale Funktionserfüllung, da die optimalen Zielerfüllungsgrade unbekannt sind. *Das Koordinationsmängelkonzept geht von sich selbst regulierenden Marktprozessen aus, so dass die in Frage stehenden Regelgrössen nach exogenen Schocks normalerweise von selbst wieder in den Normalbereich zurückkehren (Gleichgewichtsstörung)*. Ist der Automatismus zur Beseitigung einer Gleichgewichtsstörung jedoch zu schwach, wird – mittels Testfragen – eine *Funktionsstörung* diagnostiziert. Von einem *Koordinationsmangel* wird gesprochen, wenn die Funktionsstörung zudem theoretisch erklärbar (Plausibilitätstest), dauerhaft und empirisch bestätigt (Prozessmustertest) ist.

Wird gemäss diesem Vorgehen ein Koordinationsmangel festgestellt, so liegt nach 685
dem Subsidiaritätsprinzip der Marktwirtschaft (ex definitione) eine Staatsaufgabe vor (Intervention). Aufgrund der Gefahr der Verfolgung kurzfristiger politischer Partikularinteressen und weil die meisten Koordinationsmängel vermutlich vom Staat selbst verursacht seien, soll eine unabhängige Behörde als «*ordnungspolitischer Beauftragter des Staates*» fungieren, welche für die Einhaltung der Normbereiche der Marktfunktionen – vorzugsweise mittels genereller Verbote – sorgt. Dabei zeigt sich das Koordinationsmängelkonzept offen für neue Erkenntnisse und scheint auf eine weite Reihe von Regelungen anwendbar zu sein. Beanstandet wird aber der Rückgriff auf Plausibilitätsüberlegungen, welche auch bei den deswegen kritisierten anderen Modellen anfallen. Die Prozessmustertests scheinen zudem eher auf langfristige Beobachtungen angewiesen zu sein und hinken so der Entwicklung, v.a. in Bezug auf Fristen im Verfahren der Fusionskontrolle oder Verdrängungs- und Ausbeutungspraktiken hinterher. Auch die Frage der Marktabgrenzung wird durch BORCHERT/GROSSEKETTLER nicht thematisiert.

h) Chicago Schule und die ökonomische Analyse des Rechts

Auf dem Boden einer sehr restriktiven Kartellpraxis in den USA entsteht im Laufe 686
der 50er Jahre die Chicago School of Antitrust als Bezeichnung für eine Gruppe von Ökonomen und Juristen, welche das SCP-Schema der Harvard Schule scharf attackieren (zu nennen sind hier POSNER, STIGLER, BORK, MCGEE, DEMSETZ, etc.

deren Thesen nachfolgend ausführliche Erwähnung finden).[1003] Die Grundthesen der Chicago Schule haben sich in den Vereinigten Staaten weitgehend durchsetzen können und sind auch in Europa auf fruchtbaren Boden gefallen.

687 Einziges Ziel des Wettbewerbsrechts ist nach Auffassung von Chicago die *Förderung der ökonomischen Effizienz* (i.S. der Konsumentenwohlfahrt). Unterschieden wird dabei zwischen allokativer und produktiver Effizienz. Erstere stellt die allgemeine Markteffizienz nach dem Pareto-Kriterium dar, Letzteres die Effizienz der Unternehmung als Verhältnis zwischen dem Wert der hergestellten Güter und der Produktionsfaktoren. Im Allgemeinen werden kompetitive Märkte als effizient angesehen (P=MC). Produktionseffizienz kann auf Kosten der Allokationseffizienz geschaffen werden, beispielsweise durch Forschung oder Ausnutzen von Grössenvorteilen (z.B. bei horizontaler Konzentration). In diesem Fall ist die Maximierung der Nettoeffizienz anzustreben. Die meisten Märkte werden allerdings als kompetitiv eingestuft, auch wenn nur wenige Produzenten im Markt tätig sind und diese die Preise abstimmen könnten. In diesem Fall würde der Wettbewerb über andere Parameter geführt. Monopolgewinne induzieren neue Markteintritte, durch welche eine Monopolstellung erodiert wird. Natürliche Markteintrittsbarrieren (etwa Grössenvorteile oder ineffiziente Kapitalmärkte) werden in der Regel negiert; Marktbarrieren sind künstlich, beispielsweise durch Gesetz errichtet.[1004] Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und vertikale Unternehmenskonzentration werden in aller Regel als effizient betrachtet (Transaktionskostenansatz von COASE und WILLIAMSON): die Übertragung von Monopolmacht auf einen vertikal vor- oder nachgelagerten Markt oder Marktabschottung (Forclosure) wäre nicht effizient, da nicht profitmaximierend.[1005] Generell verfolgen Unternehmen eine profitmaximierende Strategie, da nicht profitmaximierende Unternehmen aus dem Markt gedrängt werden. Wenn überhaupt Interventionen der Wettbewerbsbehörden angestrebt werden, so sollten sich diese auf die Bekämpfung horizontaler Kollusion (z.B. Preisabsprachen), bei der Effizienzgewinne weniger greifbar sind, beschränken.

[1003] Vgl. die zusammenfassende Übersicht bei HOVENKAMP, Competition, 60 ff.; OLTEN, Wettbewerbstheorie, 102 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 85 ff.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 40 f.; MANTZAVINOS, Wettbewerbstheorie, 42 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 44 ff.

[1004] Zur Beurteilung von Markteintrittsbarrieren durch die Chicago Schule ausführlich N 708.

[1005] Dazu auch N 717.

Die *Kartellrechtsdurchsetzung* sollte nach Ansicht der Vertreter der Chicago Schule allein den Konsumenten obliegen, da Konkurrenten die falschen Anreize zur Klage wegen Kartellrechtsverletzung haben, werden diese doch durch kollusive Praktiken begünstigt und durch effiziente Wettbewerbsstrategien geschädigt. Doch selbst wenn Märkte ineffizient koordiniert werden, so sind immer auch die Kosten eines Staatseingriffes und die dadurch erzielten Nettoverbesserungen einzubeziehen, wenn es um die Frage der Intervention geht. Aufgrund des langfristigen Betrachtungshorizonts der Chicago Schule werden wettbewerbsgefährdende Positionen immer durch Marktkräfte erodiert werden; für die Wettbewerbsbehörden stellt sich daher eher die Frage, ob diese Erosion beschleunigt werden soll. 688

Obwohl der Wettbewerb von den Vertretern der Chicago Schule als dynamischer Marktprozess verstanden wird, finden als *Referenzmodelle* fast ausschliesslich das statische Modell der vollkommenen Konkurrenz und des Monopols Anwendung. Diese dienen jedoch lediglich als Ausgangsbasis der Analyse und sollen auf diese Weise zur analytischen Klarheit führen. 689

i) Harvard Schule und neue Industrieökonomik

Die neue Industrieökonomik löst sich vom strukturellen Determinismus ihres Vorgängers und der alten Harvard Schule (SCP-Schema) und richtet ihre Aufmerksamkeit vermehrt auf das *strategische Verhalten der Unternehmen*. In einzelnen Bereichen hat die neue Industrieökonomik eine wesentlich differenziertere Betrachtungsweise vermittelt. Sie hat allerdings auch zu einer Flut von Modellen geführt[1006], die kaum einer Verallgemeinerung fähig sind und unter denen jeweils das für den zu untersuchenden Markt geeignetste ausgewählt werden muss.[1007] 690

In Bezug auf *Markteintrittsbarrieren* konzentriert sich die neue Harvard Schule auf die Manipulation der Markteintrittsbarrieren durch im Markt tätige Unternehmen zuungunsten potentieller Konkurrenten (strategische Investitionen, raising rivals' costs etc.).[1008] Dies hat u.a. zu einem Konzept der Mobilitätsbarrieren[1009] (CAVES/PORTER) geführt, welches die Eintrittsbedingungen in einen Markt jeweils 691

[1006] Vgl. zur Flut wettbewerbstheoretischer Modelle auch N 696 und 752.
[1007] Vgl. die Übersichten bei RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 155 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, 46 ff.
[1008] Dazu ausführlich N 730 ff.
[1009] Zum Konzept der Mobilitätsbarrieren ausführlich N 708.

nach Industrie-Subgruppen unterschiedlich beurteilt. So hat sich insbesondere gezeigt, dass ausländische Konkurrenten eher zum Markteintritt in der Lage sind als neugegründete (inländische) Unternehmen, was die Bedeutung offener Märkte für den Wettbewerb neu hervorhebt. Erkenntnisse über die Verflechtung von Wettbewerb und Aussenwirtschaft haben gerade für die Wettbewerbspolitik einer kleinen, offenen Volkswirtschaft grosse Bedeutung.

692 Limit-Preis-Konzepte und die *Theorie bestreitbarer Märkte* (BAUMOL, PANZAR und WILLIG) – Letztere weist allerdings starke inhaltliche Verwandtschaft zu den Vorstellungen der Chicago Schule auf – haben gezeigt, dass unter bestimmten Umständen auch in hoch konzentrierten Märkten Unternehmen durch den drohenden Markteintritt potentieller Konkurrenten zu einigermassen wettbewerblichen Preisverhalten gezwungen sind (hit and run-Eintrittsdrohung).[1010] Zum Gegenstand der Untersuchung werden dadurch auch die Marktaustrittsbedingungen: Hohe sunk costs erhöhen das Risiko des Markteintritts für potentielle Konkurrenten und können eingesessene Unternehmen zu harten Abwehrreaktionen verleiten. Der empirische Nachweis (vollkommen und unvollkommen) bestreitbarer Märkte bereitet der Lehre allerdings noch einige Mühe. Auch scheint der Anwendungsbereich des Konzepts einigermassen restriktiv.

693 Statt aggregierter, auf Branchenebene konzentrierter Daten verwendet die neue Industrieökonomik vermehrt auf Ebene der einzelnen Unternehmung gewonnene Daten. WILLIAMSON hat – basierend auf COASEs Erkenntnis, dass die Benutzung des Preismechanismus grundsätzlich mit Kosten verbunden ist – mit seinem *Transaktionskosten- und Vertragsansatz* eine Theorie der Firma entwickelt, die weit über den Gehalt früherer Modelle der Unternehmung als Produktionsfunktion hinausgeht. Dies führt auch im Bereich der Harvard Schule zu einer wesentlich differenzierteren Betrachtung von vertikaler Unternehmenskonzentration und –kooperation (Vermeidung von free rider Problemen etc.).[1011] Doch auch im Bereich konglomerater Konzentration[1012] sowie horizontaler Kooperation und Konzentration[1013] vermittelt der Transaktionskostenansatz neue Einsichten. Kooperation in Forschung, Produktion oder Vertrieb und zahlreiche andere langfristige Kooperationsformen

[1010] Zu den Markteintrittsbarrieren und der Theorie bestreitbarer Märkte ausführlich N 708.
[1011] Dazu ausführlich N 714 ff. und N 745 ff.
[1012] Dazu ausführlich N 751.
[1013] Dazu ausführlich N 710 ff. bzw. 737 ff.

können zu einer Einsparung von Transaktionskosten führen und tragen so zur effizienten Nutzung von Ressourcen bei.[1014] Eine andere Forschungsrichtung auf Ebene der Theorie der Firma beschäftigt sich dagegen mehr mit Problemen der Trennung von Eigentum und operativer Führung einer Unternehmung (principal-agent-theory). LEIBENSTEIN vermittelt mit der X-Ineffizienz eine wesentlich andere Sichtweise der Firma, z.B. mit seinen Erkenntnissen zur Kostenstruktur von (Gross-)Unternehmen unter Abwesenheit von Wettbewerbsdruck.[1015]

Grosse Bedeutung zur Erklärung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen 694
erhält in jüngster Zeit die (kooperative, evolutionäre) *Spieltheorie*. AXELROD konnte mit seiner sozialpsycholgischen Arbeit erstmals plausibel machen, auf welcher Basis Kooperationsstrategien z.B. in Märkten entstehen können (Oligopoltheorie).[1016] Doch auch im Bereich von Behinderungs- und Ausbeutungsstrategien liefert die Spieltheorie wertvolle Erkenntnisse (signaling und reputation models etc.).[1017]

j) Weitere Erklärungsansätze

Für das den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 zugrundeliegende *Konzept des* 695
möglichen Wettbewerbs sei auf den historischen Teil der Arbeit verwiesen (II/3.2.2, b)). Das eher ergänzende *Gegengewichtsprinzip* GALBRAITHS (countervailing power) soll nachfolgend, in II/11.2.3, c), N 709, kurz erläutert werden.

11.2.3 Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen

a) Vorbemerkungen

Das amerikanische Wettbewerbsrecht hat sich schon früh als fruchtbarer Boden für 696
den Einbezug ökonomischer Erwägungen in die Entscheidfindung erwiesen und mit der Entwicklung verschiedener wettbewerbstheoretischer Leitbilder auch einen eigenen Wandel durchlebt. Daher wird in diesem Kapitel punktuell auch auf die Kartellrechtsprechung in den USA eingegangen. Aus den genannten Leitbildern stechen insbesondere die Harvard-Schule, Chicago-Schule und die – spieltheoreti-

[1014] Zu den positiven Effekten horizontaler Kooperation N 710 ff.
[1015] Dazu ausführlich N 700 und N 737 ff.
[1016] Zur Oligopoltheorie ausführlich N 701.
[1017] Zu Behinderungs- und Ausschlussstrategien dominanter Unternehmen N 721 ff., 727.

sche Erkenntnisse einbeziehende – neue Industrieökonomik hervor, welche auch den nachfolgenden Ausführungen in erster Linie zugrunde liegen. Andere, v.a. im deutschen Sprachraum entwickelte Leitbilder (funktionsfähiger Wettbewerb KANTZENBACHs, Systemtheorie etc.) trafen auf weit mehr determinierte Kartellgesetze (z.B. das deutsche GWB) und sind daher weniger rezipiert worden; sie haben das Wettbewerbsrecht nicht gleich ihren amerikanischen Vorbildern prägen können.[1018] Insgesamt steht dem Rechtsanwender eine Fülle von sich widersprechenden oder sich ergänzenden Modellen zur Verfügung, auf die er seine Erwägungen stützen kann; ein eindeutiger und empirisch abgesicherter Begriff des «wirksamen Wettbewerbs» ist aber bis heute nicht gefunden.[1019] Angesichts dieser bestehenden Unsicherheit und des daraus resultierenden Begründungsnotstandes der Wettbewerbsbehörden bei Entscheiden ist die Frage zu stellen, ob ein «laisser faire» des Staates angesichts des hohen Risikos von Fehlentscheiden (Typ I und Typ II Fehler, d.h. wettbewerbliche Verhalten werden als nichtwettbewerblich eingestuft und umgekehrt) nicht angebracht wäre. Undenkbar erscheint heute jedenfalls die Vornahme staatlicher Eingriffe unter Verzicht auf ökonomische Erklärungsmodelle, beispielsweise auf Basis einer rein indivualrechtlichen Perspektive.[1020]

697 Demgegenüber ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen real existieren und unter Umständen über Jahre, wenn nicht Jahrzehnte stabil bleiben; es ist fraglich, ob den von Wettbewerbsbeschränkungen Betroffenen mit der Beobachtung geholfen ist, dass ineffizientes Verhalten über die Jahre, mit Fortschreiten der wirtschaftlichen und technologischen Entwicklung erodiert wird und wettbewerblichem Geschehen weichen muss.[1021] Aus dieser Sicht kann nicht das «Ob», sondern nur das «Wie» staatlicher Intervention als Gegenstand der Diskussion gelten. Schon seit längerer Zeit wird die Anpassung des Rechts an die Komplexitätsbedingungen der hochdifferenzierten Industrie- und Informationsgesellschaft diskutiert. Die Vertreter eines reflexiven Wirtschafts-

[1018] Die genannten Leitbilder sind Gegenstand umfangreicher Untersuchungen und in aufbereiteter Form verfügbar. Vgl. z.B. Überblick und Kritik bei RUFFNER, Wettbewerbstheorie, passim; BARTLING, Leitbilder, passim; OLTEN, Wettbewerbspolitik, passim.

[1019] Vgl. BAUMBERGER/GUYER, Wissensanmassung, 25; AMSTUTZ, Oligopole, 193 ff., 214 ff.; HOVENKAMP, Competition, 70 ff.

[1020] Vgl. II/11.1.

[1021] So betrachten die Vertreter der Chicago-Schule Marktmacht aufgrund möglicher Marktzutritte (nicht existierende Marktschranken) als temporäres Problem; vgl. BORK, Paradox, 195 ff., 310 ff. Dazu auch HOVENKAMP, Competition, 60 ff.; RUFFNER, Grundlagen, 193.

rechts nehmen die Entlastung des überforderten politisch-rechtlichen Staatsinterventionismus als Ausgangspunkt und suchen in der Folge nach neuen Formen der Selbstregulierung wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Bereiche (TEUBNER[1022], MEIER-SCHATZ[1023]). Dem liegt auch die Überlegung zugrunde, dass jeder Marktprozess schliesslich unter Beeinflussung durch bestimmte institutionelle Arrangements abläuft; jede ökonomische Interaktion oder Transaktion wird erst durch die Existenz von institutionellen Bedingungen ermöglicht. Mittels Wettbewerbspolitik wird nun ein bestimmter institutioneller Rahmen gewählt, um bestimmte wirtschaftspolitische Ziele zu verwirklichen.[1024] Dieser institutionelle Rahmen generiert in Kombination mit dem Koordinationsprinzip Wettbewerb Ordnung in evolutionären Marktprozessen und bestimmt so einen evolutorischen Korridor, in welchem der Marktprozess nicht-deterministisch, als echter offener Prozess evolviert. Durch den Korridor wird festgelegt, welche Handlungsmöglichkeiten im Wettbewerb entwertet werden und welche nicht. Der Wettbewerb als «Such- und Entdeckungsverfahren» (VON HAYEK[1025]) wird durch so verstandene Wettbewerbspolitik bewahrt, da superiore und inferiore Strategien durch sie nicht festgelegt werden. Es ist den Akteuren freigestellt, subjektiv neue, nicht-routinisierte Handlungsmöglichkeiten zu entwickeln, was zu einem dauerhaften, nicht-gleichgewichtigen, evolutionären Marktprozess führt. Gleichzeitig wird eine beliebige Anzahl Strategien, die ausserhalb des Korridors verlaufen, vom Marktprozess ausgeschlossen (strafbare Handlungen, Preiskartelle, etc.), wodurch ein Mindestmass an Ordnung (Komplexitätsreduktion) geschaffen wird, welches marktwirtschaftliche Prozesse erst ermöglicht.[1026] In der Tradition des Ordoliberalismus und der Konstitutionenökonomik (BUCHANAN[1027]) stehend, sieht BUDZINSKI die Prinzipien einer solchen Wirtschaftspolitik in der Nichtanmassung von Wissen[1028] in dem Sinne, dass wirtschaftspolitische Probleme nicht im Detail gelöst werden können und der Marktprozess nur in seiner Entwicklung, nicht aber in seinem konkreten Verlauf beeinflussbar ist; in der Schaffung nichtdiskriminierender Institutionen durch Vermei-

[1022] Vgl. TEUBNER, Reflexives Recht, 13 ff. Grundlegend zur Evolution des Rechts HABERMAS, Rekonstruktion, 260 ff. und LUHMANN, Rechtssoziologie, 132 ff.
[1023] Vgl. MEIER-SCHATZ, Unternehmenspublizität, 48 ff.
[1024] Vgl. BUDZINSKI, Ordnungsökonomik, 172 ff.
[1025] Vgl. VON HAYEK, Entdeckungsverfahren, 249 ff.
[1026] Vgl. BUDZINSKI, Ordnungsökonomik, 170 ff.; WEGNER, Wirtschaftspolitik, 163 ff.
[1027] Vgl. BUCHANAN, Domain, 1 ff.; BUCHANAN, Economics, passim.
[1028] Vgl. schon VON HAYEK, Wissen, 12 ff.

dung von protektionistischen Regelungen (Privilegierung); sowie im Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit der Akteure durch Freiheitsgrade: Die Entwertung von Handlungsmöglichkeiten durch Schaffung eines evolutorischen Korridors muss die Anreize der Marktakteure bewahren, den Verlust an Spielraum durch Kreation neuer Handlungsmöglichkeiten zumindest zu kompensieren. Die Evolutionsfähigkeit der Marktökonomie wird so zur Steuerungsgrenze.[1029] Vertreter der Chicago Schule[1030] werden diese in einem breiten evolutorischen Korridor verwirklicht sehen, sehen sie doch in den Marktprozessen in aller Regel effiziente, wettbewerbliche Strategien verwirklicht. Systemtheoretiker[1031] messen die Breite des Korridors an der Wettbewerbsfreiheit, m.a.W. an den Handlungsmöglichkeiten *aller* (aktuellen und potentiellen) Marktakteure[1032], was den Korridor enger werden lässt. Letzterer Auffassung lässt sich denn wohl auch das schweizerische Kartellgesetz grundsätzlich zuordnen[1033]:

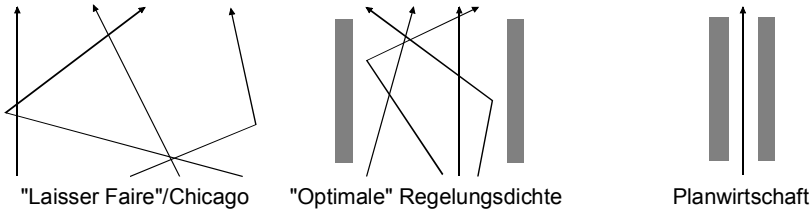


Abb. 8: Ausschluss von Strategien im evolutorischen Korridor

698 Im Folgenden soll anhand verschiedener ökonomischer Modelle zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen geprüft werden, ob ein gesicherter Kernbestand an wettbewerbstheoretischem Wissen (i.S.v. pattern predicitions) den Wettbewerbsbehörden zur Verfügung steht, der eine Rechtsanwendung bei wettbewerbsbeschränkenden Strategien rechtfertigen könnte.[1034]

[1029] Vgl. BUDZINSKI, Ordnungsökonomik, 247 ff.; WEGNER, Wirtschaftspolitik, 31 ff., 153 ff.; dazu auch MOLITOR, Wirtschaftspolitik, 47 ff.
[1030] Zur Chicago Schule N 686 ff.
[1031] Zum Leitbild der Wettbewerbsfreiheit (Systemtheorie) N 679 ff.
[1032] Nach dem Grundsatz, dass die Freiheit des Einen dort aufhört, wo die Freiheit des Anderen anfängt.
[1033] Vgl. II/3.2.4, c), N 134. Gl.M. JAEGER, Fundierung, 441 ff.
[1034] Vgl. auch N 649.

b) Vollkommene Konkurrenz, Oligopol und Monopol

699 Im (statischen) Gleichgewichtszustand *vollkommener Konkurrenz* (perfect competition)[1035] sind Angebot und Nachfrage ausgeglichen und Produktionsmenge, Umsatz sowie Zahl der Marktakteure (Käufer und Verkäufer) maximal. Es hat sich ein Gleichgewichtspreis herausgebildet, bei dem die Anbieter ein Gewinnmaximum erzielen, weil sie jeweils ihre gewinnmaximale Menge verkaufen können (P=MC); sie erzielen, bis auf den Grenzanbieter, eine Produzentenrente (=q*[P–AC]). Die Nachfrager erzielen ein Nutzenmaximum, da sie ihre nutzenmaximale Menge kaufen können und erzielen, bis auf den Grenznachfrager, eine Konsumentenrente, die der Differenz zwischen Zahlungsbereitschaft und Gleichgewichtspreis entspricht. Die Aussicht auf Profite lässt neue Anbieter in den Markt strömen, die sich – auf Kosten des Grenzanbieters – durchsetzen, wenn ihre Durchschnittskosten unter dem Gleichgewichtspreis liegen. Im Gleichgewichtszustand ist die Summe aus aggregierter Produzenten- und Konsumentenrente maximal: Bei Produktion zusätzlicher Einheiten übersteigen die zusätzlichen Kosten für die Produktion den zusätzlich gewonnenen Nutzen für den Konsumenten; bei Reduktion der Produktion entgeht der Gesellschaft ein Nettonutzen, da der Nutzen einer zusätzlich produzierten Einheit deren Produktionskosten übersteigt. *Der Zustand ist pareto-effizient*, da kein Akteur aus einer Veränderung des Gleichgewichts einen Nutzen ziehen kann, ohne dass ein anderer Akteur schlechter gestellt würde.[1036] Langfristig entspricht der Gleichgewichtspreis den minimalen Durchschnittskosten der Produzenten (P=AC=MC), so dass keine – nichtleistungsbedingten – Gewinne im Markt mehr erzielt werden können; alle Anbieter verwenden dieselbe (modernste) Produktionstechnik und haben dieselbe Produktions- und Kostenstruktur, da die weniger effizienten Anbieter aus dem Markt ausgeschieden sind – der wettbewerbliche Prozess kommt im Gleichgewicht zum Stillstand (vgl. Abb. 9).[1037] Die Voraussetzungen eines solchen Marktes – Homogenität der Güter, vollständige Markttransparenz,

---

[1035] Vgl. auch N 674.

[1036] Dies allerdings nur, wenn Externalitäten (Verzerrungen der Nachfragestruktur in anderen Märkten können die Nachfrage im Markt beeinflussen, so die kostenlose Nutzung öffentlicher Güter durch Umweltverschmutzung oder Verlagerungen der Nachfrage im Markt aufgrund von Monopolpreisen in anderen Märkten) in das Modell einbezogen worden sind. Fraglich ist auch, ob die (monetäre) Konsumentenrente den Konsumentennutzen richtig wiedergibt.

[1037] Neben den unrealistischen Voraussetzungen des Modells ist dieser Punkt Ansatzpunkt heftiger Kritik; vgl. die dynamische Auffassung von VON HAYEK, Entdeckungsverfahren, 249 ff.; SCHUMPETER, Kapitalismus, 134 ff., 138; BUDZINSKI, Ordnungsökonomik, 153 ff.

unendlich hohe Reaktionsgeschwindigkeit etc. – sind in der Realität nicht gegeben. In dynamischer Sicht wird es auch immer wieder Anbieter geben, die aufgrund überlegener Produkte oder Produktionsverfahren im Markt – wenn auch kurzfristig – höhere Preise realisieren bzw. tiefere Kosten aufweisen und daher einen – leistungsbedingten – Gewinn erzielen können, bis sich aufgrund der nachfolgenden Konkurrenz ein neues Gleichgewicht herausgebildet hat.[1038]

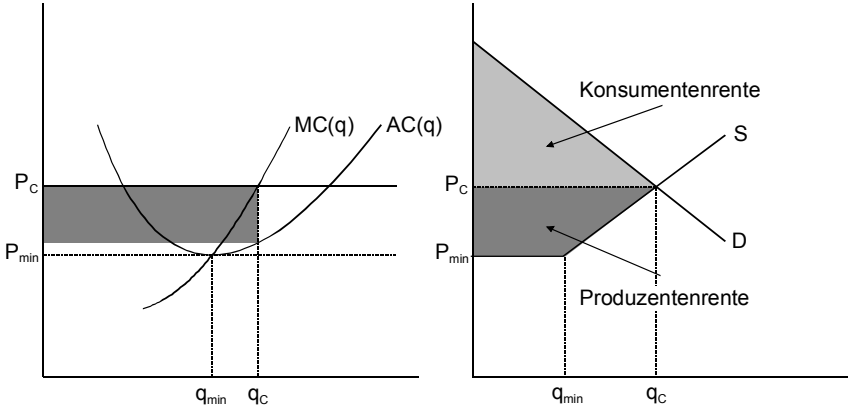


Abb. 9: Gleichgewichtsbedingung bei vollkommener Konkurrenz (Unternehmen, Markt)

700 In einem *monopolisierten Markt* kann der Monopolist als einziger Anbieter über seinen Output den Marktpreis bestimmen; er ist demnach, im Gegensatz zum Akteur der vollkommenen Konkurrenz, mit einer abwärts geneigten Nachfragekurve konfrontiert (Nachfrage des Marktes = Nachfragekurve des Unternehmens). Die Grenzgewinnkurve entspricht dadurch nicht dem Preis, den das Unternehmen verlangen kann, da der Monopolist bei Ausweitung seiner Produktion einen tieferen Preis ansetzen muss und Gewinne auf allen vorangegangenen Einheiten verliert. Wie im Gleichgewicht vollkommener Konkurrenz setzt der profitmaximierende Monopolist nun Grenzgewinn (MR) und Grenzkosten (MC) gleich, wodurch er aber einen grösseren Gewinn als unter Konkurrenzbedingungen erzielt. Die Wir-

[1038] Grundlegend MARSHALL, Economics, 401 ff. Zum Ganzen auch CHURCH/WARE, Organization, 20 ff.; OLTEN, Wettbewerbstheorie, 39 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 15 ff.; HOVENKAMP, Competition, 3 ff.; SHY, Organization, 63 ff., 68 f.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 18 ff.,19; GREER, Policy, 25 ff.

kungen eines Monopols hängen von der Nachfrageelastizität und der Kostenstruktur des Monopolisten ab (Lerner Index[1039]). Es ergibt sich eine Allokationsineffizienz, in Abb. 10 als DWL, Deadweight Loss gekennzeichnet und eine Umverteilung von Einkommen E von den Konsumenten zum Monopolisten. Der Monopolgewinn (schraffiert) übersteigt die Profite unter Konkurrenzbedingungen (Abb. 9) klar. Indirekte Effekte der fehlenden Konkurrenz sind schwieriger abzuschätzen. Einerseits werden X-Ineffizienzen[1040], rent-seeking, Innovationsschwäche, ineffiziente Investitionen zur Erhaltung des Monopols, Zerstörung von Konkurrenten durch strategisches Verhalten und Einschränkung der Wahlmöglichkeiten beklagt, andererseits aber auch Effizienzsteigerungen durch Kostenreduktion bei economies of scale postuliert[1041]:

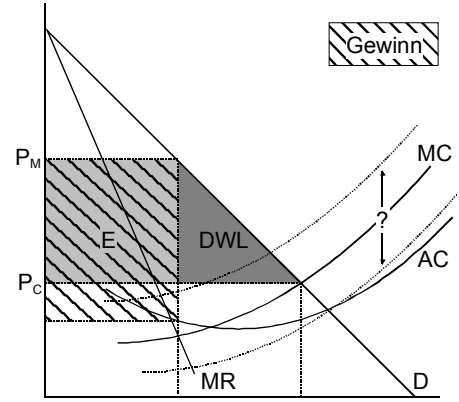


Abb. 10: Effekte eines Monopols auf die Wirtschaftsleistung

Beschränkt sich die Zahl der Anbieter auf Wenige, nähert sich der Punkt, an dem 701
die Akteure die Entscheidungen ihrer Konkurrenten über Output und Preis in ihre eigenen Entscheidungen einbeziehen werden. Im *Oligopol* agieren die Marktteilnehmer strategisch und nicht mehr als blosse Preisnehmer wie im Modell der vollkommenen Konkurrenz. Der Wettbewerb wird gemäss dem statischen Modell von

[1039] Vgl. FN II/1059.
[1040] Zu den X-Ineffizienzen LEIBENSTEINs (neue Industrieökonomik) N 693.
[1041] Vgl. dazu nachfolgend II/11.2.3, g) zur horizontalen Konzentration. Zum Monopol im Allgemeinen SHEPHERD, Economics, 34 ff.; SHY, Organization, 72 ff.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 21 ff.; GREER, Policy, 35 ff.

COURNOT über die Wahl des Outputs geführt. Im COURNOT-Gleichgewicht üben die Oligopolisten – abhängig von der Zahl der Marktteilnehmer – Marktmacht aus. Der Preis übersteigt die Grenzkosten, erreicht aber nicht den Monopolpreis; Oligopolisten mit tiefen Kosten weisen auch höhere Marktanteile auf.[1042] Das ebenfalls statische Modell von BETRAND impliziert hingegen einen Wettbewerb über den Preis. Da BETRAND davon ausgeht, dass die Unternehmen sich gegenseitig unterbieten werden, um zusätzliche Gewinne zu realisieren, entspricht der Preis im BERTRAND-Gleichgewicht den Grenzkosten und es wird keine Marktmacht ausgeübt. Wenn die Produkte hingegen nicht vollständig homogen (Produktedifferenzierung) sind oder die Produktionskapazitäten beschränkt sind, kann durch Preisunterbietung nicht die gesamte Nachfrage vereinnahmt werden, was auch hier zu einem Preis über den Grenzkosten führt.[1043] Im Falle homogener Produkte scheint das COURNOT-Ergebnis wahrscheinlicher. KREPS und SCHEINKMAN sehen das COURNOT-Modell als Vereinfachung eines eigentlich zweistufigen Spieles, in dem die Akteure in einem ersten Schritt eine Entscheidung über Kapazität treffen und danach als Gleichgewichtsstrategie einen Preis wählen, welcher der Produktion am Kapazitätslimit entspricht.[1044] Diese klassischen statischen Gleichgewichtsmodelle – COURNOT, BERTRAND, STACKELBERG[1045] etc. – maximieren jedoch die industrieweiten Gewinne nicht und geben keine Erklärung für den teilweise hohen Grad an (stillschweigender) Koordination in real zu beobachtenden Oligopolen; sie liefern auch keine Erklärung dafür, wie das Gleichgewicht ohne Absprache eigentlich

[1042] Angemerkt sei, dass bei freiem Markteintritt das COURNOT-Gleichgewicht sich dem Gleichgewicht unter vollkommener Konkurrenz annähert; der Anreiz des freien Markteintritts führt bei Existenz von economies of scale zu einer überoptimalen Zahl an Unternehmen im Markt und zu Effizienzverlusten; vgl. CHURCH/WARE, Organization, 233 ff.; CHENG, Bertrand and Cournot, 148 ff.; PERRY, Scale Economies, 313 ff., 326 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 102 ff.; SHAPIRO, Oligopoly, 333 ff.; GIBBONS, Game Theory, 14 ff.

[1043] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 256 ff.; CHENG, Bertrand and Cournot, 149 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 109; SHAPIRO, Oligopoly, 343 ff.; GIBBONS, Game Theory, 21 ff.

[1044] Vgl. KREPS/SCHEINKMAN, Quantity precommitment, 326 ff., 330 ff.; weiter die Analyse von DIXIT, Comparative Statics, 107 ff., 114. Ist Kapazität aber einfach und kostengünstig zu installieren, so stellen sich weit grössere Kapazitäten ein als unter dem COURNOT-Modell vorgesehen, was wiederum zu tieferen Preisen führt. Diese Gegenmeinung von DAVIDSON/DENECKERE, capacity, 404 ff., 411 ff. lässt auch die Interpretation zu, dass der Wettbewerb über Quantität in einer langfristigen Perspektive geführt wird, kurzfristig aber ein Wettbewerb über Preise stattfindet.

[1045] Zum STACKELBERG-Modell als Variante zu COURNOT vgl. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 108 f.; AMSTUTZ, Oligopole, 199 ff., 200.

zustande kommen soll. Zur Überwindung dieser statischen, nicht-kooperativen Erklärungsansätze haben dynamische (unendlich wiederholte[1046]), auf spieltheoretischer Basis beruhende Modelle beigetragen. Nach der wegweisenden (sozialpsychologischen) Abhandlung von AXELROD[1047] ist die Basis jeder Kooperation Gegenseitigkeit und Wiederholung. Gegenseitigkeit der Kooperation in der gegenwärtigen Periode begründet Kooperation in zukünftigen Perioden (bei Wiederholung des Spiels); nicht-kooperatives Verhalten eines Akteurs wird durch nicht-kooperatives Verhalten der anderen Akteure in der Zukunft bestraft, aber mit Möglichkeit der Rückkehr zur Kooperation (tit for tat-Strategie).[1048] Interessant ist, dass Kooperation nicht nur aufgrund von Freundschaft oder Voraussicht, sondern aufgrund fortschreitender Entwicklung, m.a.W. evolutorisch entstehen kann.[1049] Erste Ansätze einer Oligopoltheorie auf Basis der evolutionary game theory[1050] liegen vor.[1051] *Entscheidend für erfolgreiche und beständige Kollusion ist die Möglichkeit der Entdeckung sowie schneller und harter Bestrafung abweichenden Verhaltens.* Die Durchführung der angedrohten Bestrafung muss allerdings glaubwürdig sein. Dies ist z.B. nicht der Fall bei der Drohung, durch Expansion des Outputs die Gewinne des Gegners auf null zu reduzieren, da dadurch auch die eigenen Gewinne reduziert würden; die dominante Strategie ist hier die Rückkehr zum COURNOT-Output.[1052] ABREU entwickelt auf der Basis des wiederholten Spiels die Möglich-

[1046] Bei endlicher Wiederholung ist das Spiel in der letzten Periode auf das klassische, statische Gefangenendilemma begrenzt und die Spieler werden nicht kooperieren. Da dies den Spielern bekannt ist, werden sie auch im zweitletzten Spiel nicht kooperieren und so fort (backward induction). Ist das Spielende jedoch nicht vorgegeben, sondern besteht lediglich eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Beendigung des Spiels, so verhalten sich die Spieler wie in einem unendlich wiederholten Spiel.

[1047] Zur Bedeutung der Spieltheorie in der neuen Industrieökonomik N 694.

[1048] Vgl. AXELROD, Cooperation, 27 ff.

[1049] Voraussetzung dafür ist, dass andere kooperationswillige Spieler vorhanden sind und der Wert zukünftiger Kooperation (shadow of the future) genügend gross ist. Dabei ist gemäss AXELROD, Cooperation, 126 ff. Kooperation schon bei einem mässigen Diskontsatz von 0,9 erfolgreich, wenn nur 5% der Transaktionen kooperativ sind.

[1050] Eine Einführung geben etwa VAN DAMME, Evolutionary game theory, 847 ff.; MAILATH, Game Theory, 259 ff.; FRIEDMAN, applications, 15 ff.; AMSTUTZ, Oligopole, 210 ff.

[1051] Vgl. etwa QIN/STUART, Cournot and Betrand, 41 ff.; GALLEGO, simulated markets, 333 ff.; SELTEN/MITZKEWITZ/UHLICH, Duopoly, 517 ff.

[1052] Wegweisend STIGLER, Oligopoly, 44 ff.; weiter CHURCH/WARE, Organization, 305 ff.; FUDENBERG/TIROLE, Dynamic Models, 51 ff.; BAKER, oligopoly, 150 ff.; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, 30 ff.; SHAPIRO, Oligopoly, 408 f.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 215 ff.; OECD, Oligopoly, 20.

keit der Bestrafung in der Gegenwart mit Aussicht auf Rückkehr zur Kollusion in der Zukunft. Der abweichenden Unternehmung wird bei Kooperation in der Bestrafung die Rückkehr zur Kollusion in Aussicht gestellt (stick and carrot).[1053] Erleichtert wird Kollusion nach Erkenntnissen der neuen Industrieökonomik, welche *kollusionsfördernde und –hemmende Faktoren* erarbeitet hat, durch schwache Nachfrageelastizität, eine geringe Anzahl von Firmen mit möglichst hohem gemeinsamen Marktanteil, multimarket contacts, hohen Eintrittsbarrieren und Markttransparenz. Die Kollusion wird im Allgemeinen erschwert durch Kostenasymmetrie, Produkteheterogenität, Innovation, Unsicherheit, divergierenden Präferenzen, und Käuferkonzentration.[1054] So sind denn auch Praktiken seitens der Unternehmen zu beobachten, welche die Marktbedingungen zugunsten der Kollusion verändern sollen. Solche *facilitating practices* sind die öffentliche Bekanntgabe von Preisen oder Preissystemen (basing point pricing etc.), Informationsaustausch u.U. über Industrieverbände, bei Preisführerschaft die öffentliche Bekanntgabe von Preisänderungen, sowie die Reduktion von Überkapazitäten. Auch auf den ersten Blick wettbewerbsfreundliche Praktiken können Kollusion erleichtern: meeting-competition clauses (MCC) versprechen dem Kunden das Produkt zum Preis des günstigsten Konkurrenten, informieren den Unternehmer dadurch aber zugleich über das Preisverhalten im Markt; most-favored-customer clauses (MFC) versprechen dem Kunden den günstigsten Preis, der auch anderen Kunden angeboten wurde und verteuern so das Abweichen von einem stillschweigend vereinbarten Oligopolpreis.[1055] Da stillschweigend erfolgender Kollusion auch ökonomisch rationales Parallelverhalten zugrunde liegen kann, konzentrieren sich die Wettbewerbsbehörden vermehrt auf den Nachweis solcher erleichternder Praktiken.[1056] Deren Effizienz ist allerdings aufgrund einer rule of reason zu bestimmen, da gerade MCCs und MFCs auch die effiziente Anpassung von Preisen ermöglichen, beispielsweise in langfristigen Lieferverträgen.[1057]

[1053] Vgl. ABREU, Supergames, 191 ff., 206, 220 f. und ABREU, Theory, 383 ff.
[1054] Vgl. auch nachfolgend N 712 im Falle expliziter horizontaler Konzentration.
[1055] Vgl. HOLT/SCHEFFMAN, advance notice, 187 ff., 195 f.; NEILSON/WINTER, most-favored-customer, 147 ff., 154 f.; HADDOCK, Basing-Point, 957 ff.; COOPER, tacit collusion, 377 ff.; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, 39 ff.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 235 ff., 277 ff.
[1056] OECD, Oligopoly, 8 f.
[1057] Vgl. CROCKER/LYON, Facilitating Practices, 297 ff., 301 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 355.

In der Regel wird die in der Realität vorgefundene Marktordnung auch in einer Wettbewerbssituation aufgrund von Produktedifferenzierung, Produkteinnovation, Such- und Informationskosten, Marktmacht etc. stark vom Modell der vollkommenen Konkurrenz abweichen. Ungeachtet dessen findet dieses als Referenzmodell zur Erklärung wettbewerblicher Vorgänge nach wie vor Verwendung. Ziel des Wettbewerbsrechts kann auch nicht die Herstellung eines Zustandes vollkommener Konkurrenz, sondern vielmehr nur die Verhinderung ineffizienter, monopolistischer oder oligopolistischer Marktkoordination sowie Schutz des evolutionären Marktprozesses sein. Der Verzicht auf die Schaffung eines vollkommenen Wettbewerbs führt zu einem Konzept des «bloss» wirksamen Wettbewerbs, welches nachfolgend anhand wettbewerbsbeschränkender Strategien skizziert werden soll. 702

c) Messung von Marktmacht

Kern des Wettbewerbsrechts und der Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Strategien ist die Messung von *Marktmacht*. Technisch ist Marktmacht die Fähigkeit, die Produktion zu reduzieren und dadurch Preise zu erzielen, die über dem wettbewerblichen Niveau angesiedelt sind.[1058] Eine direkte, aber umstrittene Messgrösse für Marktmacht ist der Lerner Index, der sich nach der Spanne zwischen Preis und Grenzkosten (oder alternativ der Nachfrageelastizität des Produktes) berechnet.[1059] Weder Grenzkosten noch Nachfrageelastizität lassen sich einfach bestimmen, so dass die Marktmacht von den Behörden häufig aufgrund der Marktanteile annäherungsweise bestimmt wird. Aufgrund des Gesagtem hängt aber die Marktmacht auch von der Nachfrageelastizität des Marktes und der Angebotselastizität der Konkurrenten im Markt ab, welche ebenfalls in eine Untersuchung ein- 703

[1058] Die Fähigkeit, Konkurrenten aus dem Markt zu verdrängen ist demnach nicht als Marktmacht, sondern als Strategie zur Erhaltung von Marktmacht zu betrachten; vgl. HOVENKAMP, Competition, 79 f.; CHURCH/WARE, Organization, 36 f.; Joint Venture Guidelines, Ziff. 3.3, FN 30.

[1059] Der Lerner Index of Monopoly nimmt Werte zwischen 0 (vollkommene Konkurrenz) und 1 (starke Monopoleffekte) an. Er berechnet sich aus:

$$\text{Lerner Index} = \frac{P - MC}{P} = \frac{1}{\text{Nachfrageelastizität}}$$

Der Lerner Index, wie auch Tobin's q – eine Grösse, die den Börsenwert einer Firma ins Verhältnis zu den Anlagekosten setzt – beruhen auf traditionellen Struktur-Verhalten-Ergebnis-Tests und gehen von einer positiven Relation zwischen Unternehmenskonzentration und Profiten aus; vgl. dazu CHURCH/WARE, Organization, 431 ff.; HOVENKAMP, Competition, 78 ff.; SHEPHERD, Economics, 62 ff.

bezogen werden müssten.[1060] Da sich das Wettbewerbsrecht nicht nur mit Marktmacht an sich, sondern auch mit den Mitteln zur Erhaltung von Marktmacht beschäftigt, bestimmt sich in vielen Fällen die Zulässigkeit eines wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens aber nicht danach, ob die Preise durch das Unternehmen über wettbewerbliches Niveau getrieben werden können, sondern ob das Unternehmen in der Lage ist, den Markt zu dominieren oder beherrschen (z.B. Verdrängungspraktiken nach Art. 7 KG als Mittel zur Erhaltung von Marktmacht). In diesem Fall ist der Marktanteil die Schlüsselgrösse, die Marktmacht an sich rückt in den Hintergrund.[1061]

704 Zur Abschätzung des Marktanteils ist *der relevante Markt* abzustecken. Für die heutige Wettbewerbspolitik nicht brauchbar – ausser als Hinweis auf die allgemeine ökonomische Interdependenz der Märkte – erscheint die These der Systemtheoretiker, die Volkswirtschaft bilde einen grossen Gesamtmarkt, der nicht in Teile zerlegbar sei. SCHMIDTCHEN versteht die non-separabilis These denn auch als Ausfluss des von ihm vertretenen Konzepts der Wettbewerbsfreiheit, welches Handlungen – unabhängig von etwaiger Marktmacht in erlaubte und nicht-erlaubte Hinderungshandlungen aufteilt.[1062] Auch das schweizerische Kartellgesetz übernimmt die non-separabilis These nicht; so ist bei Wettbewerbsabreden und bei Anwendung der Abwägungsklausel in der Fusionskontrolle jeweils von der Wettbewerbssituation auf den einzelnen Märkten auszugehen.[1063] Nach der herrschenden Lehre weist der relevante Markt eine sachliche und eine geographische – u.U. auch eine zeitliche – Dimension auf. Dabei ist aus Sicht der Nachfrager zu zeigen, welche Produkte in sachlicher, geographischer und zeitlicher Hinsicht als Substitute zu dem in Frage stehenden Produkt anzusehen sind. Eine dafür vielfach angewandte

---

[1060] Die Korrelation zwischen Marktmacht und Marktanteilen lässt sich in folgender Formel ausdrücken, wobei P_M der Monopolpreis, P_C der wettbewerbliche Preis (Grenzkosten), MA der Marktanteil des Unternehmens, ε_M^D die Nachfrageelastizität des Marktes und ε_F^S die Angebotselastizität des competitive fringe, also der Konkurrenten darstellt:

$$(P_M–P_C)/P_M=MA/(\varepsilon_M^D+\varepsilon_F^S[1–MA])$$

[1061] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 81 f.

[1062] Vgl. HOPPMANN, Marktmacht, 9; SCHMIDTCHEN, Fehlurteile, 130 ff. BORCHERT/GROSSEKETTLER, Wettbewerbstheorie, 146 ff., 147 betrachten die non-separabilis These mehr als empirische Behauptung über die geringe Bedeutung von Markteintrittshemmnissen.

[1063] Vgl. II/2.2.1. Weiter auch JAEGER, Fundierung, 441 ff.

Methode ist die Feststellung der Kreuzelastizität der Nachfrage, also die Frage nach der Mengenzunahme für Produkt Y bei einer Preiserhöhung bei Produkt X:

$$\text{Kreuzelastizität der Nachfrage zwischen X und Y} = \frac{\text{\% Änderung der Menge Y}}{\text{\% Änderung des Preises X}}$$

Erschwerend wirkt dabei, dass realistischerweise keine scharfen Grenzen zwischen Produkten zu ziehen sind, die Charakteristika von Produkten also in Graden variieren. Zusätzlich ist eine Zeitkomponente zu berücksichtigen, mit deren Länge auch die Elastizität zwischen zwei Produkten variiert. Schlechte Resultate dieses Tests sind zu erwarten, wenn viele Substitute im Markt vorhanden sind, dementsprechend eine Mengenveränderung bei einem Produkt kaum messbare Preisänderungen bei den jeweiligen Substituten auslöst. Weiter ist der Test auf einen Vergleich mit wettbewerblichen Preisen angewiesen, um einen zuverlässigen Indikator für Monopolmacht zu bilden.[1064] Es sind daher weitere Faktoren bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigen, die von der Analyse der Preisbewegung und –differenzen, Transportkosten, Befragung der Verkäufer und Käufer bis zur allgemeinen Lebenserfahrung reichen.[1065] Nicht in die Frage der Marktabgrenzung, sondern in die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse einzubeziehen ist die Kreuzelastizität des Angebots, welche nach den Bedingungen des Markteintritts fragt (potentielle Konkurrenz).[1066] Die wettbewerbsrechtlich zentrale Frage der Marktabgrenzung hat zwar nicht gerade arbiträren Charakter, doch ist ein klares Konzept der Marktabgrenzung bis heute nicht gefunden. 705

Ist der Markt einmal abgegrenzt, so kann die *Konzentrationsrate im Markt oder der Marktanteil eines Unternehmens* – basierend auf Gewinn, Produktion, Umsatz, etc. errechnet werden. Die relevante Bezugsgrösse hängt auch hier von den konkre- 706

[1064] Vgl. SHEPHERD, Economics, 53 ff.; HOVENKAMP, Competition, 102 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 36 f.

[1065] In verschiedenen anderen ökonomischen Modellen zur Bestimmung des relevanten Marktes werden solche Faktoren berücksichtigt. Beispiele sind das Industrie-Konzept von MARSHALL, das mehr auf einen physikalisch-technischen Produktbegriff abstellt; die Theorie der Substitutions-Lücken von ROBINSON, dass alle Produkte in Konkurrenz um die Kaufkraft des Kunden sieht; das Bedarfsmarktkonzept von ARNDT und ABOTT, welches die Widmung eines Produkts zur Deckung eines Bedarfs heranzieht; und das Konzept der Wirtschaftspläne (EUCKEN, FRISCH, MACHLUP), welches den Markt aus Sicht der Unternehmer abgrenzt; vgl. dazu ausführlich SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 49 ff.

ten Umständen ab. So kann es interessant sein zu wissen, dass die Konkurrenz genügend Überkapazität hat, um Kunden eines Unternehmens, das die Preise erhöht, zu absorbieren. Im Normalfall werden jedoch die konkret verkauften Einheiten für die Beurteilung der Marktsituation eher ausschlaggebend sein.[1067] Ab welcher Schwelle schliesslich eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder strategisches Verhalten plausibel wird, hängt ebenfalls von verschiedenen Faktoren ab und kann nicht in allgemeingültiger Weise beantwortet werden. Marktanteile von ca. 50% werden aber – zumindest in grösseren Volkswirtschaften – i.d.R. als bedenklich angesehen.[1068] Insbesondere bei der Zusammenschlusskontrolle finden auch Messgrössen zur Unternehmenskonzentration Verwendung, um die Wahrscheinlichkeit oligopolistischer Marktkoordination einschätzen zu können. Allgemein bekannte Messgrössen sind CR_4 oder CR_8, welche die kumulierten Marktanteile der vier bzw. acht grössten Unternehmen im Markt zum Massstab nehmen sowie der Herfindahl-Hirschman Index, welcher sich aus der Summe der Marktanteile aller Firmen im Quadrat bildet:

$$HHI = (MA_1)^2 + (MA_2)^2 + (MA_3)^2 + (MA_4)^2 + ... + (MA_n)^2$$

707 Der HHI schwankt zwischen <100 (vollkommene Konkurrenz) und 10000 (Monopol). Ein HHI unter 1000 wird im allgemeinen als unbedenklich angesehen; ein HHI zwischen 1000 und 1800 weist auf eine mässige Marktkonzentration hin, während ein HHI über 1800 eine hohe Konzentration impliziert. Der HHI reflektiert im Gegensatz zu anderen Messgrössen alle Marktanteile und gibt der dominanten Firma wohl zu Recht mehr Gewicht.[1069]

708 Als flankierende Elemente sind nun die *Markteintrittsbarrieren* abzuschätzen, welche zu einer Relativierung oder Verstärkung der festgestellten Marktmacht führen. BAIN versteht den Begriff Eintrittsbarrieren als «the advantages of established sellers in an industry over potential entrant sellers, these advantages being reflected in the extent to which established sellers can persistently raise their prices

[1066] Vgl. SHEPHERD, Economics, 59 f. A.M. HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 49; HOVENKAMP, Competition, 82 ff.

[1067] Zuversichtlicher SHEPHERD, Economics, 62.

[1068] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 126 ff.; SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 137; SHEPHERD, Economics, 62; SHEPHERD/SHEPHERD/SHEPHERD, Sharper focus, 843 schlagen jüngst gar eine grundsätzliche Obergrenze von 25% kumulierter Marktanteil bei der Fusionskontrolle vor.

[1069] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 428 f.; SHEPHERD, Economics, 65 ff.; SHY, Organization, 172 f.; Horizontal-Leitlinien, Ziff. 29; OLTEN, Wettbewerbstheorie, 132 ff.

above a competitive level without attracting new firms to enter the industry.»[1070] Diese Definition von Eintrittsbarrieren findet insbesondere bei den Wettbewerbsbehörden Zustimmung, ist jedoch auch – insbesondere von Seiten der Chicago-Schule – heftiger Kritik ausgesetzt. STIGLER definiert Eintrittsbarrieren als «a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry.»[1071] Der Vorteil (oder Nachteil) der STIGLERschen Eintrittsbarrieren[1072] ist, dass nur solche Hindernisse als Eintrittsbarrieren erfasst werden, die sozial erwünschte Markteintritte unterbinden. Grössenvorteile (economies of scale) bilden in dieser Definition keine Eintrittsbarrieren mehr, da auch früher in den Markt eingetretene Firmen mit diesen Kosten konfrontiert waren; die Frage der Möglichkeit oligopolistischer oder monopolistischer Marktkoordination steht nach dieser Auffassung von Eintrittsbarrieren nicht im Vordergrund.[1073] BAIN entspricht daher wohl eher den Bedürfnissen der Wettbewerbsbehörden, wenn er auf das Werturteil über sozial erwünschte und unerwünschte Markteintritte verzichtet und sich direkt mit der Frage befasst, ob die Markteintrittsbarrieren genügend niedrig sind, um monopolistische Preisbildung zu unterbinden. Als mögliche Eintrittsbarrieren werden danach Grössenvorteile, Risiko (Irreversibilität) und u.U. Höhe der notwendigen Investitionen, Zeit des Markteintritts (je mehr Zeit benötigt wird, desto riskanter der Markteintritt), Werbung der Konkurrenten und Kundenloyalität (ev. langfristige Kundenbindung), übermässige Produktdifferenzierung, strategische Investitionen, Sperrpatente, regulatorische Hürden etc. ins Auge gefasst.[1074] Zu unterscheiden ist dabei zwischen natürlichen (etwa Grössenvorteile) und künstlichen

---

[1070] BAIN, Barriers, 3. Vgl. auch BAIN, Organization, 251 ff.

[1071] STIGLER, Industry, 67. Vgl. weiter den verwandten Ansatz von DEMSETZ, Barriers, 47 ff., 56, der Eintrittsbarrieren zur Trennung sozial erwünschten von unerwünschten Aktivitäten verwenden will. Ebenfalls auf STIGLER aufbauend definiert VON WEIZSÄCKER, welfare, 399 ff., 400 Eintrittsbarrieren als «a cost of producing which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry and which implies a distortion in the allocation of resources from the social point of view.»

[1072] Zur Beurteilung von Eintrittsbarrieren durch die Chicago Schule N 687.

[1073] Nach STIGLER würden daher in einem schon hoch konzentrierten Markt mit hoher minimum efficient scale (MES) Grössenvorteile nicht als Markteintrittsbarrieren berücksichtigt, da ein weiterer Markteintritt die Produktionseffizienz im Markt verschlechtern könnte und daher sozial unerwünscht wäre. Ein Zusammenschluss in diesem Markt würde dagegen, als sozial erwünscht, zugelassen.

[1074] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 39 ff., 523 ff.; SHY, Organization, 182 ff.; GREER, Policy, 241 ff.; KESSIDES, Entry, 23 ff., 44; vgl. auch II/11.2.3, f).

(etwa Sperrpatente) Barrieren. Nur letztere sind unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten allenfalls angreifbar, doch mindern beide Arten die Wahrscheinlichkeit eines Marktzutritts. BAUMOL, PANZAR und WILLIG[1075] beschreiben in ihrem Konzept der bestreitbaren Märkte (*contestable markets*) das Verhalten einer Unternehmung, die ständig mit drohenden (nicht unbedingt tatsächlich erfolgenden) Markteintritten konfrontiert ist. Danach wird in einem vollkommen bestreitbaren Markt selbst ein Monopolist kompetitive Preise verlangen. Voraussetzung dafür ist, dass aussenstehende Unternehmen keine sunk costs[1076] gegenwärtigen, der Markteintritt und Marktaustritt also jederzeit kostenlos möglich ist (hit and run entry). M.a.W. ist ein vollkommen bestreitbarer Markt nicht von Markteintrittsbarrieren – im STIGLERschen Sinn – umgeben.[1077] Empirische Untermauerung findet das Konzept teilweise in Märkten mit hochmobilen Produktionsfaktoren, so im Passagierflugverkehr[1078], etc. Die Resultate lassen sich allerdings schon bei leichter Modifizierung des Modells, z.B. Einführung geringer sunk costs, sofortiger Preisreduktionen als Reaktion der im Markt tätigen Firma, etc. nicht mehr anwenden.[1079] Die Frage ist nun, ob die Preise auf nur «unvollkommen» bestreitbaren Märkten durch potentielle Eintritte ebenfalls diszipliniert werden. So kann das Konzept beschränkt angewendet werden, wenn die im Markt eingesessene Unternehmung ihre Preise als Antwort auf den Markteintritt nicht sofort senken kann (exit lag approach); in diesem Fall könnte auch zumindest ein Teil der sunk costs durch Gewinne kompensiert werden (sunk cost approach). Doch ist bei genügend schneller Reaktion der eingesessenen Unternehmung ein hit and run entry eher unprofitabel; in diesem Fall kann die im Markt tätige Unternehmung Monopolprei-

---

[1075] Vgl. auch N 692.

[1076] Zu beachten ist, dass fixed costs nicht sunk costs entsprechen, solange die entstehenden Kosten vermeidbar sind. So mögen Eisenbahnschienen sunk costs darstellen, da unbeweglich; dagegen erscheint eine Lokomotive nur als fixed costs, da sie auch an anderen Orten eingesetzt werden kann; vgl. SCHWARTZ, Contestability, 38; SCHERER/ROSS, Market Structure, 377.

[1077] Vgl. BAUMOL/PANZAR/WILLIG, Contestable Markets, 5 ff. und passim. Einen Überblick über das Werk geben BROCK, Review, 1055 ff. und RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 141 ff.

[1078] Vgl. BAUMOL/PANZAR/WILLIG, Contestable Markets, 7; BAILEY/PANZAR, Airline Markets, 125 ff. Allerdings erweisen sich slots für Start und Landung sowie Plätze an den gates der Flugplätze – anders als die Routen selbst – kaum als bestreitbare Märkte, so dass die Passagierflugmärkte insgesamt durch eher hohe Eintrittsbarrieren gekennzeichnet sind; vgl. MORRISON/WINSTON, Contestability, 53 ff.; BORENSTEIN, Airline Competition, 45 ff., 53.

[1079] Vgl. etwa SCHWARTZ/REYNOLDS, Comment, 488 f.; SHEPHERD, Contestability, 572 ff., 575 ff.; SHY, Organization, 206 ff., 209; SHEPHERD/SHEPHERD/SHEPHERD, Sharper focus, 876.

se fordern, ohne von einem Markteintritt bedroht zu sein.[1080] Es ist weiter fraglich, ob es viele hoch konzentrierte Märkte gibt, die von niedrigen Eintrittsbarrieren umgeben sind; es ist eher eine positive Korrelation zwischen Konzentration und Eintrittsbarrieren zu vermuten.[1081] Studien von CAVES und PORTER[1082] implizieren zudem, dass Markteintritte nicht plötzlich, sondern eher stufenweise, entlang eines Eintrittspfades erfolgen; zu unterscheiden ist demnach zwischen verschiedenen Gruppen potentieller Konkurrenten, die jeweils für sich unterschiedlich hohe Eintrittsbarrieren überwinden müssen. Danach sind in der Industrie schon tätige Unternehmen und ausländische Unternehmen mit niedrigen Mobilitätsbarrieren konfrontiert, gefolgt von sich diversifizierenden Unternehmen. Hohe Eintrittsbarrieren sind für neu gegründete Unternehmen zu verzeichnen.[1083] Zusammenfassend ist zu sagen, dass potentieller Wettbewerb allenfalls disziplinierende Wirkung entfalten kann, keinenfalls aber Ersatz für aktuellen Wettbewerb im Markt bilden kann.[1084] Die Bedeutung potentiellen Wettbewerbs ist i.d.R. abhängig von der Marktabgrenzung, steigt mit einer engen Abgrenzung und fällt, je weiter der Markt gesteckt wird.

Marktmacht kann durch Bildung von Gegenmacht reduziert, wenn nicht kompen- 709
siert werden. Basierend auf diesem Konzept GALBRAITHS[1085], das anhand der Funktionsweise von Arbeitsmärkten relativ leicht empirisch verifiziert werden kann, prüfen die Wettbewerbsbehörden zur Bestimmung der Marktmacht auch die

[1080] Vgl. SCHWARTZ, Contestability, 45 ff., 55; SCHERER/ROSS, Market Structure, 376 f.

[1081] Vgl. SHEPHERD, Contestability, 580; SCHERER/ROSS, 57 ff.; a.M. SCHWALBACH, Concentration, 121 ff., 130.

[1082] Zum Konzept der Mobilitätsbarrieren der neuen Industrieökonomik auch N 691.

[1083] Vgl. CAVES/PORTER, Mobility Barriers, 241 ff., 255 ff.; KHEMANI/SHAPIRO, mobility barriers, 115 ff., 133 f.; SHEPHERD, Contestability, 580; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 148.

[1084] BUDZINSKI, Ordnungsökonomik, 165 ff., 167 begründet die geringere Bedeutung potentieller Konkurrenz damit, dass in evolutionären Marktprozessen ständig neue Handlungsmöglichkeiten individueller (und nachfolgend auch kollektiver) Akteure getestet werden, um am Markt (vorläufig) bestätigt oder widerlegt zu werden. Zwar können auch potentielle Wettbewerber zukünftig neue Handlungsmöglichkeiten kreieren und damit in den Markt eintreten, was sicherlich das Verhalten der aktuellen Wettbewerber beeinflusst, aber potentielle Wettbewerber testen aktuell keine Hypothesenbündel (Handlungsmöglichkeiten) am Markt und tragen somit aktuell nicht zur Wissensschaffung (über erfolgreiche Strategien) bei. Z.B. können Imitatoren (adaptive Akteure) nur von tatsächlichen Konkurrenten profitieren, nicht aber von potentiellen.

[1085] Vgl. GALBRAITH, Capitalism, 108 ff. Vgl. weiter ANDREAE, Wirtschaftsordnung, 643 ff.; ANDREAE/GLAHE, Gegengewichtsprinzip, 63 ff.; GUTERSOHN/GEISBÜSCH, Wirtschaftswirklichkeit, 167 ff.

Stellung der Marktgegenseite. Ist der Markt allerdings sowohl auf der Distributions- als auch Produktionsstufe hoch konzentriert (bilaterale Monopole oder Oligopole), besteht die Gefahr, dass die Parteien zum Nachteil Dritter (Konsumenten) die erzielbare Monopolrente unter sich aufteilen. Die Förderung der Gegenmachtsbildung führt zudem zu einer Konzentrationsbewegung in der Volkswirtschaft und begünstigt das Entstehen monopolistischer oder oligopolistischer Marktformen.[1086]

d) Horizontale Kooperation

710 Als horizontale Kooperationen lassen sich Vereinbarungen von eigentlich miteinander im Wettbewerb stehenden Firmen bezeichnen (z.B. joint ventures). Horizontale Kooperationen können wettbewerbsbeschränkende Effekte haben, wenn die beteiligten Firmen versuchen, Preise und Output der Produktion unter Monopolbedingungen anzunähern (perfektes Kartell[1087]), wie dies bei gemeinsamer Festsetzung von Preisen, Produktionsmengen und gemeinsamer Aufteilung von Märkten der Fall sein kann (*naked restraints*).[1088] Dagegen können mittels horizontaler Kooperation u.U. auch Skaleneffekte ausgenutzt, Informations- und Transaktionskosten[1089] gesenkt und free rider-Probleme[1090] beseitigt werden (*ancillary restraints*).[1091]

[1086] Vgl. RUFFNER, Grundlagen, 198 f.; ABERLE, Wettbewerbstheorie, 44 f.; MOLITOR, Wirtschaftspolitik, 52; LUCKENBACH, Grundlagen, 145; SCHMIDHAUSER, Kommentar zu Art. 7 KG, N 64 ff.

[1087] Ein perfektes Kartell sollte definitionsgemäss wenige Mitglieder umfassen, die zusammen einen Marktanteil von 100% halten. Die Mitglieder sollten die gleiche Grösse aufweisen, gleich effizient und das gleiche Produkt fabrizieren. Das Produkt würde auf einem atomistisch strukturierten Markt veräussert; zur Stabilität von Kartellen auch nachfolgend N 712.

[1088] Vgl. GREER, Policy, 400 f.; HOVENKAMP, Competition, 144 f.; CHURCH/WARE, Organization, 355 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 260 f.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 317 ff.; BORK, Paradox, 263 ff.; Horizontal-Leitlinien, Ziff. 2; Joint Venture Guidelines, Ziff. 1.2, 3.2.

[1089] Zum entsprechenden Ansatz von WILLIAMSON N 693.

[1090] Ein Trittbrettfahrer oder free rider sei ein Unternehmen, das Vorteile aus Produkten oder Dienstleitungen zieht, die von einem anderen Unternehmen erbracht werden, aber demselben Kundenkreis zugute kommen; vgl. dazu auch die Ausführungen zur vertikalen Kooperation in II/11.2.3, e).

[1091] Vgl. GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 156 ff.; HOVENKAMP, Competition, 192 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 117 ff.; WILLIAMSON, Antitrust, 71 ff.; 74 ff.; Horizontal-Leitlinien, Ziff. 3; Joint Venture Guidelines, Ziff. 1.2, 3.3.

Als *Formen horizontaler Zusammenarbeit*, die zu Effizienzgewinnen in diesem Sinne führen können, gelten Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, Produktion, Einkauf, Vermarktung, Normung und Umweltschutz. Sie können die Unternehmen in die Lage versetzen, Waren und Dienstleistungen zu niedrigeren Preisen oder in einer besseren Qualität anzubieten oder Neuerungen schneller einzuführen (ancillary restraints). Vereinbarungen über *Forschung und Entwicklung* führen insbesondere bei kleineren und mittleren Unternehmungen zu einer Steigerung der Forschungsaktivität unter Vermeidung von Doppelkosten; die durch Innovation erzielten gesamtwirtschaftlichen Gewinne werden teilweise so hoch eingeschätzt, dass auch eine gewisse, zeitweise Marktmonopolisierung dafür in Kauf genommen wird.[1092] *Produktionsvereinbarungen* (gemeinsame Produktion in einem Gemeinschaftsunternehmen, Spezialisierung etc.) und *Einkaufsvereinbarungen* (gemeinsame Bestellung zu besseren Konditionen, gemeinsame Transporte) können Grössen- und Verbundvorteile sowie Leistungsgewinne freilegen; teilweise ermöglichen Produktionsvereinbarungen erst den Markteintritt, da der Markt eine gewisse Mindestgrösse des Unternehmens erfordert (minimum efficient scale [MES]). Effizienzvorteile durch Verbundvorteile und Leistungsgewinne können auch durch *gemeinsamen Vertrieb* insbesondere allgemein vermarkteter Verbrauchsgüter erzielt werden, doch kann Kooperation hier leicht die Qualität einer gemeinsamen Preisabrede erlangen. Die Marktdurchdringung oder die Entwicklung neuer Märkte kann – mit positiven Auswirkungen auf den Wettbewerb – auch durch gemeinsame *Festsetzung von Normen* erleichtert werden, solange diese transparent sind und die entsprechenden Informationen auch potentiellen Marktzugängern offen steht. Kooperationen sind aus ökonomischer Sicht wünschenswert, solange die beteiligten Unternehmen nicht in die Lage versetzt werden, die erzielten Effizienzgewinne durch Verringerung der Wettbewerbsintensität zunichte zu machen (Preiserhöhungen, Verringerung des Outputs, Abschottung des Marktes etc.), m.a.W. solange die beteiligten Unternehmen gezwungen sind, einen Teil des

711

[1092] So werden Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung nur in wenigen Fällen vom Kartellverbot gemäss Art. 81 Abs. 1 EGV erfasst und auch im amerikanischen Recht immer nach einer rule of reason beurteilt; vgl. Horizontal-Leitlinien, Ziff. 55 bzw. § 4302 des National Cooperative Research Act (15 U.S.C. §§ 4301-4304). Zur ökonomischen Wünschbarkeit von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung ausführlich ORDOVER/WILLIG, Research Joint Ventures, 311 ff., 313 ff.; MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 822; SHY, Organization, 229 ff.; Joint Venture Guidelines, Ziff. 3.31(a).

Effizienzgewinns an die Verbraucher weiterzugeben.[1093] Unter diesem Aspekt sind auch Nebenabreden zu beurteilen, die zur Aufrechterhaltung der Kooperation notwendig sind, wie Konkurrenzverbote und Begrenzung der Anzahl der am joint venture teilnehmenden Unternehmen (free rider-Problematik); diese sind unproblematisch, solange der Markteinfluss des joint ventures begrenzt bleibt – andernfalls sind solche Ausschliesslichkeitsklauseln unter wettbewerblichen Gesichtspunkten eher bedenklich.[1094]

712 Bei Vereinbarungen, die durch die *Festsetzung der Preise, Begrenzung der Produktion oder Aufteilung der Märkte* eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken, wird oft von einer generellen Unzulässigkeit ausgegangen.[1095] Effizienzgewinne stellen sich bei diesen Formen der Zusammenarbeit kaum ein (naked bzw. nearly naked restraints), sind aber möglich. So kann eine Marktaufteilung zur Vermarktung eines gemeinsam erzeugten Produkts effizient sein, da es den beteiligten Unternehmen Anreize zur verstärkten Marktpenetration in ihrem zugeteilten Gebiet gibt, solange das Produkt im Wettbewerb zu anderen Produkten steht.[1096] Selbst die Fixierung von Preisen kann u.U. notwendig sein, wenn sie z.B. zur Erhaltung von Transaktionskosten-reduzierenden Institutionen notwendig sind.[1097] Auch die amerikanischen Wettbewerbsbehörden wenden daher das per se-Verbot nicht mehr strikt an.[1098] Auch hier stellt sich aber die Frage, ob die beteiligten Unternehmen die Kooperation auch in einem kompetitiven Markt aufrecht erhalten könnten oder ob die Abrede einzig der Erzielung einer Kartellrente dient.[1099] Als

---

[1093] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 197 ff.; Horizontal-Leitlinien, Ziff. 68 f., 102 f., 132, 151 ff., 169; Joint Venture Guidelines, Ziff. 3.31(a).

[1094] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 201 f.; MEIER-SCHATZ, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, 822 ff.; Joint Venture Guidelines, Ziff. 3.31(a).

[1095] Vgl. GREER, Policy, 390 f.; HIRSCH, Economics, 285.

[1096] Dagegen wurde eine zur besseren Vermarktung der gemeinsamen Produktelinie getroffene Marktaufteilungsabsprache von 25 kleinen Detaillisten, die in ihren Gebieten einen Marktanteil von ca. 6% hielten, vom Supreme Court für unzulässig erklärt; vgl. 405 U.S. 596 (1972) «United States v. Topco Associates, Inc.».

[1097] So die Fixierung des Preises für ausserbörslich gehandeltes Getreide auf den Tages-Schlusskurs oder eine durch Verwertungsgesellschaften festgelegte einheitliche Lizenzgebühr für Musikstücke; vgl. 246 U.S. 231 (1918) «Board of Trade of City of Chicago v. US» bzw. 441 U.S. 1 (1979) «Broadcast Music, Inc. v. CBS».

[1098] Vgl. Joint Venture Guidelines, Ziff. 3.2.

[1099] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 192 ff.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 321 ff., 335 ff.; Horizontal-Leitlinien, Ziff. 18.

Voraussetzungen für die langfristige Erhaltung einer solchen ineffizienten Kartellabsprache gelten:

- das Produkt oder die Dienstleitung muss einen relevanten Markt mit genügend hohen Eintrittsbarrieren definieren, so dass Neueintreter die Entscheidungen des Kartells nicht vereiteln können (hit and run strategies);
- die Kartellmitglieder halten einen so hohen Anteil am relevanten Markt, dass ihre Entscheidungen nicht durch Kartellaussenseiter vereitelt werden (fringe firms); die Kartellaussenseiter müssen zudem unfähig oder unwillens sein, ihren Marktanteil substantiell zu vergrössern;
- die Kartellmitglieder müssen eine hinreichend homogene Struktur aufweisen, um eine Verständigung über Output und Preis zu erreichen (Interessensymmetrie); ein hoher Konzentrationsgrad, hoher Anteil der Fixkosten, stabile Nachfrage und eine niedrige Innovationsrate erweisen sich hier als hilfreich;
- die Kartellmitglieder müssen in der Lage sein, Firmen zu entdecken und zu bestrafen, welche die Kartellabsprache unterlaufen (hohe Transparenz);
- das Kartell muss im Verborgenen operieren können.[1100]

713 Das schweizerische Kartellrecht sieht in seinem Art. 5 Abs. 2 einen *Effizienztest* zur Rechtfertigung wettbewerbsbeschränkender Abreden vor. Dadurch anerkennt der Gesetzgeber die Vorteile, die zwischenbetriebliche Kooperation u.U. auch für den Wettbewerb haben kann.[1101] Abreden sind für den Effizienztest zugelassen, solange nicht die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gegeben ist. Ein unterschiedlicher Prüfungsraster für vertikale und horizontale Absprachen, insbesondere Absprachen über Preise, Produktionsmengen und Gebiete ist allerdings materiell nicht vorgesehen; (horizontale) Absprachen über Preise, Produktionsmengen und Gebiete unterstehen lediglich einer Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 3 KG), deren volles Potential in der Praxis kaum ausgeschöpft wird.[1102] Doch zeigen neuere Entwicklungen im amerikanischen Rechtskreis, dass von der traditionellen Unterscheidung von per se-Unzulässigkeit und rule of reason zunehmend abgerückt wird; auch das europäische Wettbewerbs-

[1100] Vgl. GREER, Policy, 400 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 117 ff.; HOVENKAMP, Competition, 145; CHURCH/WARE, Organization, 314 f., 318 ff.; MCELROY/SIEGFRIED, Economics, 139 f., 144 ff.; STIGLER, Oligopoly, 44 ff.; HAY, Oligopoly, 160 ff.; DICK, Cartels, 243, 248 ff.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 158 ff.; OLTEN, Wettbewerbstheorie, 122; OECD, Oligopoly, 20 ff.

[1101] Vgl. Botschaft KG95, 556 ff.; HOFFET, Kommentar zu Art. 5 KG, N 94 ff.

[1102] Das Bundesgericht legt die Schwelle zur Widerlegung tief; vgl. FN II/580 und N 356.

recht kennt keine Wettbewerbsbeschränkungen, die per se rechtswidrig und einer Freistellung nicht zugänglich wären.[1103]

e) Vertikale Kooperation

714 Vertikale Beschränkungen treten in den verschiedensten *Formen* zwischen Akteuren auf sich vor- und nachgelagerten Märkten auf (Franchisegeber und Franchisenehmer, Grosshändler und Einzelhändler etc.). Sie umfassen alle Arten des Austausches von Gütern und Dienstleistungen, die dem Vertragspartner nicht das volle Verfügungsrecht über das erworbene Gut oder die erworbene Dienstleistung übertragen, diesem m.a.W. Einschränkungen auferlegen, das erworbene Gut an einem beliebigen Ort, an einen beliebigen Kunden zu einem beliebigen Preis weitergeben zu können (Preisbindung zweiter Hand, Gebietsschutzklauseln, Ausschliesslichkeitsrechte, Koppelungsklauseln etc.).[1104]

715 Während einige wenige dieser Praktiken als per se schädlich für den Wettbewerb gelten (z.B. Beschränkungen, die der Stabilisierung horizontaler Kooperation oder der Marktschliessung dienen), wird heute i.d.R. die *Mehrzahl dieser Beschränkungen toleriert* (Anwendung einer rule of reason). Die entsprechenden Beschränkungen ermöglichen teilweise erst die Teilnahme am Wettbewerb auf einem Markt oder führen zur Verringerung der Transaktionskosten[1105] oder sonstigen Effizienzsteigerungen. Die Beschränkungen des Wettbewerbs können hier also durch prokompetitive Wirkungen ausgeglichen werden (z.B. Stärkung des inter-brand Wettbewerbs zu Lasten des intra-brand Wettbewerbs[1106]).[1107] Im Folgenden werden einige vertikale Beschränkungen näher untersucht:

[1103] Vgl. GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 187 ff.; HOVENKAMP, Competition, 251 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 127 ff.; GRILL, Kommentar zu Art. 81 EGV, N 39.

[1104] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 688; SULLIVAN/HOVENKAMP, Antitrust, 419.

[1105] Zum entsprechenden Ansatz von WILLIAMSON N 693.

[1106] Dazu eindrücklich die Rechtsprechung des Supreme Court bzgl. Festlegung maximaler Verkaufspreise in 390 U.S. 145 (1968) «Albrecht v. Herald Co.» und das overruling aufgrund ökonomischer Erwägungen in 118 S.Ct. 275 (1997) «State Oil Company v. Khan» sowie die Rechtsprechung zu nichtpreislichen vertikalen Beschränkungen in 388 U.S. 365 (1967) «United States v. Arnold, Schwinn & Co.» (per se Verbot) und das overruling in 433 U.S. 36 (1977) «Continental T.V. v. GTE Sylvania Inc.» (rule of reason). Zur Schwierigkeit der Abwägung von intra-brand und inter-brand-Wettbewerb die heftige Kritik von HOVENKAMP, Competition, 477 ff.

Ihre ökonomische Rechtfertigung finden *vertikale Preisbindungen, aber auch Alleinvertriebs- und Alleinbezugsverträge* u.a. in der Vermeidung von free rider-Problemen. Vertikale Beschränkungen dienen häufig der Aufrechterhaltung der Qualität und ausreichender Werbung im Vertriebssystem. Werden die Beschränkungen nicht einheitlich durchgesetzt, werden sich einzelne Händler diesen Verpflichtungen entziehen, um ihre Kosten zu minimieren. Sie können so ihr Produkt zu tieferen Preisen anbieten, was zu Umsatzverlusten bei kooperativen Vertragshändlern führt und die Effizienz des Vertriebssystems beeinträchtigt. Durch Setzen eines Minimumpreises kann eine solche Entwicklung u.U. verhindert werden. Umgekehrt kann durch Setzen eines Maximumpreises ein Vertragshändler daran gehindert werden, eine ev. vorhandene Monopolstellung im Vertragsgebiet auszunutzen.[1108] Mögliche Effekte vertikaler Preisbindung illustriert Abb. 11. Danach repräsentieren MC_1 ($=P_1$) die Grenzkosten und den Verkaufspreis eines Vertragshändlers bei unregulierten Wiederverkaufspreisen und geringer Marketing-Aktivität. D_1 stellt die Nachfragekurve unter diesen Bedingungen dar. Wird den Händlern nun ein einheitlicher Wiederverkaufspreis (RPM[1109]) auferlegt und die höhere Marge in Marketing, Personalausbildung und bessere Verkaufsräume investiert, so wird die Nachfrage nach dem entsprechenden Produkt steigen (D_2) und der Output u.U. – trotz höherer Preise ($=MC_2$) – zunehmen (von O_1 nach O_2). Outputzunahmen können im Allgemeinen als Indiz für erhöhte wirtschaftliche Effizienz gesehen werden.[1110] Zu beachten ist allerdings, dass die gesamtwirtschaftliche Effizienz (die Summe von Produzentenrente und Konsumentenrente) durch die Preisbindung nicht unbedingt zugenommen hat. Nimmt der Output auf jeden Fall um $O_2–O_1$ zu, so sinkt die Konsumentenrente im Beispiel links deutlich von Δ ADE nach Δ ABC. Nur im Beispiel rechts bei paralleler Verschiebung der Nachfragekurve – dies ist der Fall, wenn alle Kunden der erhöhten Marketing-Aktivität

716

[1107] Grundlegend COASE, Social Cost, 1 ff.; WILLIAMSON, Transaction Cost, 233 ff. Vgl. weiter MEIER-SCHATZ, Parallelimporte, 62 ff.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 290 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 253 f.; KATZ, Vertical Contractual Relations, 713 ff. Zu den möglichen Auswirkungen selektiver Vertriebssysteme auf den Wettbewerb MEIER-SCHATZ, Wettbewerbspolitische Grundlagen, 249 ff., 307 ff.

[1108] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 690 ff.; SULLIVAN/HOVENKAMP, Antitrust, 420; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 235; SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 124 ff.; AREEDA, Analysis, 643 ff.

[1109] Resale Price Maintenance.

[1110] Einige Autoren sehen Outputzunahmen per se als Effizient an; vgl. dazu COMANOR, Price-Fixing, 988 ff.

etc. gleich viel Wert zumessen – ist auch eine Zunahme der Konsumentenrente zu verzeichnen (von Δ A'DE zu Δ ABC)[1111]:

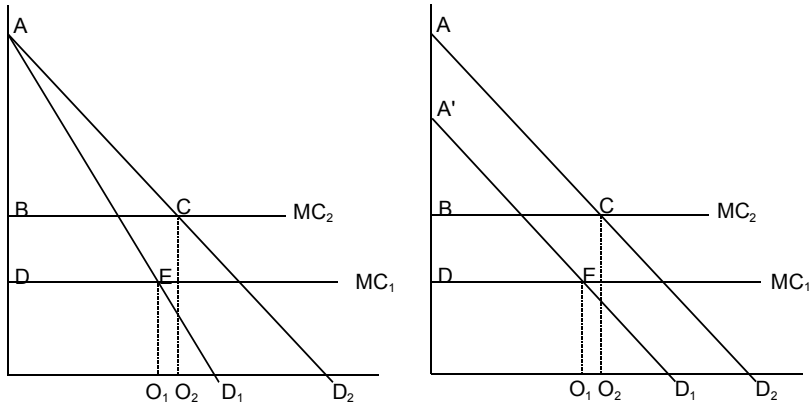


Abb. 11: Output, Konsumenten- und Produzentenrente bei vertikalen Beschränkungen

717 Während die Preisbindung zweiter Hand einen gewissen, u.U. verzerrten Rest an Wettbewerb über Qualität, Service etc. zulässt, schalten *nichtpreisliche vertikale Beschränkungen* (Absoluter Gebietsschutz; Verbot des Verkaufs an Wiederverkäufer ausserhalb des Vertragsgebiets) den intra-brand-Wettbewerb vollständig aus. Ist auch der inter-brand-Wettbewerb in einem Markt schwach, liegt also z.B. Marktmacht des Herstellers oder des Händlers (eines Händlerkartells) vor, so ist die Marktsituation einer näheren Untersuchung zu unterziehen.[1112] So senken beispielsweise Alleinvertriebs- und Alleinbezugsverträge (z.B. durch franchising) die Transaktionskosten[1113] zwischen Hersteller und Händler erheblich, beseitigen free rider-Probleme und können dem Händler starke Anreize zur intensivierten Marktpenetration geben. Liegt aber auf Seiten des Herstellers Marktmacht vor und bestehen im Händlermarkt gewisse Eintrittsbarrieren, so kann durch Ausschliesslich-

[1111] Vgl. COMANOR, Price-Fixing, 990 ff.; SULLIVAN/HOVENKAMP, Antitrust, 429 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 692 f.; BUTZ/KLEIT, Vertical Restraints, 145 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 235 ff.; SCHERER, Economics, 255 ff.; POSNER, Analysis, 295 ff.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 296.

[1112] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 445 f., 477 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 238 ff.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 261 ff.; GREER, Policy, 585 f.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 307 ff.

[1113] Zum entsprechenden Ansatz von WILLIAMSON N 693.

keitsklauseln der Markt für konkurrierende Anbieter geschlossen werden.[1114] Die Strategie kann auch darin bestehen, dem Gegner durch den Ausschluss ungünstigere Vertriebskanäle oder –konditionen aufzuzwingen (raising rivals' costs, reducing rivals' revenue[1115]).[1116]

718 *Koppelungsvereinbarungen*[1117] finden aus verschiedenen Gründen Anwendung. Sie können genutzt werden, um Monopolmacht in andere Märkte zu tragen, den Markteintritt für Wettbewerber zu erschweren (full line forcing, full system contracts), Preisdiskriminierung durchzuführen, Preiskontrollen zu umgehen etc. In kompetitiven Märkten sind missbräuchliche Koppelungspraktiken nicht durchsetzbar, da die fraglichen Produkte jeweils von Alternativanbietern zum Marktpreis bezogen werden können; sie sind in diesem Fall nur anzutreffen, wenn der Konsument das Produktepaket den einzelnen Produkten vorzieht.[1118] Koppelungspraktiken sind demnach unschädlich, als sie nicht durch das Ausnutzen von Marktmacht auf einem der in Frage stehenden Märkte erzwungen werden (leverage theory); in diesem Fall sind Koppelungspraktiken für den Monopolisten in nahezu jedem Fall profitabel.[1119] Gegeben seien zwei Märkte, der eine (A, links) monopolisiert, der andere vollkommen kompetitiv (B, rechts). Gut A und B können jeweils zu den Kosten C_A bzw. C_B (Grenzkosten) produziert werden; auf Markt A kann das Gut jedoch zum Monopolpreis MP_A angeboten werden, während das Gut B – unter den genannten Bedingungen – zum Preis C_B verkauft werden müsste. Koppelt der Monopolist seine Güter, um auf Markt B einen höheren Koppelungspreis zu erlangen (MP_A und KP_B), so kann er dies tun, solange die verbleibende Konsumentenrente im Monopolmarkt A (R_A) die durch den Koppelungspreis verlorene Konsumentenrente in Markt B (R_B) übersteigt. Setzt der Monopolist den Preis KP_B zu hoch an

[1114] Solange der Eintritt in den Vertriebsmarkt leicht möglich ist, ist die Anwendung solcher Strategien eher unwahrscheinlich; vgl. WILLIAMSON, Restrictions, 953 ff.; HOVENKAMP, Competition, 430 f.; CHURCH/WARE, Organization, 704 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 240 f.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 344 ff.; MARVEL, Exclusive Dealing, 3 ff.

[1115] Dazu ausführlich II/11.2.3, f).

[1116] Vgl. GRANITZ/KLEIN, Monopolization, 23 ff.; HOVENKAMP, Competition, 431.

[1117] Koppelungsvereinbarungen können systematisch auch strategischen Verhaltensweisen (Behinderungs- und Ausbeutungspraktiken) zugeordnet werden.

[1118] Dagegen geht der Supreme Court von einer per se Unzulässigkeit von Koppelungspraktiken aus; vgl. zuletzt 504 U.S. 451 (1992) «Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.».

[1119] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 696 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 241 ff.; GREER, Policy, 566 ff.

($R_A<R_B$), so werden die Konsumenten auf Gut A verzichten und Gut B zu Marktpreisen beziehen (Abb. 12)[1120]. Ist der Monopolist schon zu Beginn in der Lage, die gesamte Konsumentenrente abzuschöpfen (perfekte Preisdiskriminierung), ist also $R_A=0$, so sind Koppelungspraktiken unwirksam, da kein Spielraum für einen höheren Koppelungspreis mehr besteht[1121]:

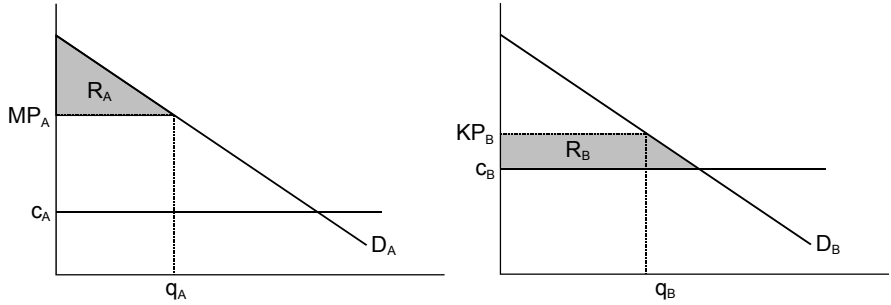


Abb. 12: Profit aus Koppelungspraktiken

719 Als Spezialfall von Koppelungspraktiken wird die *Vereinbarung von Gegengeschäften* (reciprocal dealings) angesehen. Befürchtet wird auch hier, dass Vereinbarungen dieser Art u.U. Kollusion unter Wettbewerbern erleichtern und der Erhöhung von Markteintrittsbarrieren dienen können: So muss ein Konkurrent im ungünstigsten Fall in zwei Märkte eintreten, um im Wettbewerb bestehen zu können. In anderen Fällen jedoch können durch Gegengeschäfte Transaktionskosten (Benutzungsgebühren, Transportkosten) eingespart oder der Eintritt in einen neuen Markt erleichtert werden.[1122]

720 Durch die vorangegangenen Analysen wird deutlich, dass vertikale Beschränkungen (v.a. Beschränkungen des intra-brand-Wettbewerbs) nicht per se als wirtschaftlich effizient oder ineffizient bezeichnet werden können, dementsprechend auch von den Wettbewerbsbehörden nach einer *rule of reason*, also unter Abwägung der wettbewerblichen Vor- und Nachteile, beurteilt werden sollten. Bei dieser Abwägung ist entscheidend, ob strukturelle Marktgegebenheiten – Marktmacht – vorlie-

[1120] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 697 f.; BLAIR/KASERMAN, Vertical Integration, 397 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 241 ff.
[1121] So BOWMAN, Tying Arrangements, 249 f.
[1122] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 427 ff.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 290.

gen, welche die produktiven Effizienzgewinne einer vertikalen Beschränkung durch allokative Ineffizienzen zunichte machen. Angemerkt sei, dass vertikale Beschränkungen, anders als vollständige vertikale Integration, u.U. noch einigen Raum für Wettbewerb lassen.

f) Behinderungs- und Ausschlussstrategien dominanter Unternehmen

721 Verschiedentlich sind Märkte gekennzeichnet durch die Präsenz eines grossen, den Markt beherrschenden Unternehmens und verschiedener kleinerer Firmen, sog. competitive fringe firms.

722 In einer statischen Sicht ist davon auszugehen, dass das dominante Unternehmen – als strategischen Entscheid – einen Preis P setzt, während die kleineren Unternehmen diesen als gegeben hinnehmen und als reine Mengenanpasser fungieren S(P). Die dem dominanten Unternehmen verbleibende Produktionsmenge $D_d(P)$ lässt sich durch Abzug der von den fringe firms produzierten Menge herleiten: $D_d(P)=D(P)–S(P)$. Wie aus Abb. 13 ersichtlich, wird bei einem Preis grösser P_2 der gesamte Markt durch den competitive fringe beliefert, während bei einem Preis kleiner P_1 der dominanten Firma der gesamte Marktanteil zufällt.[1123] Bei Preisen zwischen P1 und P2 beliefern dominante Firma und fringe den Markt. In der vorliegenden statischen Betrachtung wird das dominante Unternehmen seinen Gewinn maximieren, indem es seine Grenzerlöskurve MR_d mit seiner Grenzkostenkurve MC_d gleichsetzt, was zu einem Preis P* und zu einem Output q* führt. Der Vergleich mit Preis und Output unter Monopolbedingungen (P_m bzw. q_m) zeigt, dass die *Existenz des fringe den Verhaltensspielraum des dominanten Unternehmens in dem Sinne einengt, dass dieses keine (volle) Monopolrente erzielen kann* ($P_m>P^*$)[1124]:

[1123] Das Modell geht hier davon aus, dass die dominante Firma aufgrund ihrer Grösse einen absoluten Kostenvorteil besitzt und selbst bei einem Preis P_1 noch Gewinne macht.

[1124] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 124 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 162 ff.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 221 ff.

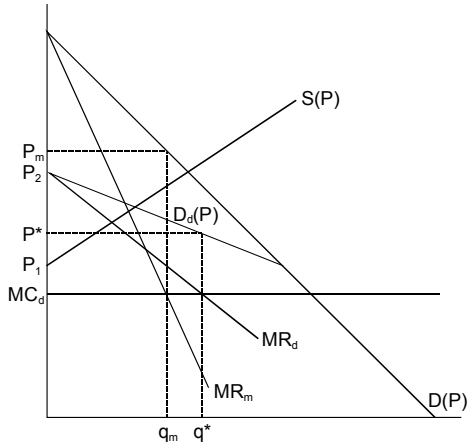


Abb. 13: Statisches Modell der dominanten Firma mit competitive fringe

723 In dynamischer Sicht wird das dominante Unternehmen aber seinen Preis anpassen, um das Wachstum der aktuellen Wettbewerber[1125] und die Gefahr von Markteintritten potentieller Wettbewerber zu begrenzen (*dynamic limit pricing*). Dem Modell liegt die Annahme zu Grunde, dass der competitive fringe einen Teil seines Gewinns in Kapazitätsausweitung (x) investiert und seine Produktionsmenge mit der Zeit ausweitet: x(t); des weiteren seien die Produktionskosten des fringe mindestens gleich gross wie diejenigen des dominanten Unternehmens (Grössenvorteile führen zu $MC_d \leq MC_f$). Maximiert die dominante Firma die Gewinne der jeweils laufenden Periode, so wird der fringe seine Kapazität, wie Abb. 14 zeigt, mit der Zeit ausweiten und die dominante Firma wird an Marktanteil und damit an Profiten verlieren (myopic pricing). Setzt das dominante Unternehmen jedoch den Preis so tief an, dass die Kosten der Kapazitätsausweitung für den fringe die zukünftig erhofften, diskontierten Gewinne übersteigen, so wird der fringe keine Gewinne in neue Kapazität investieren (limit pricing) und die Produktionsmenge des fringe bleibt gleich. Der optimale Preispfad maximiert die langfristigen Gewinne abhängig von der Diskontrate und liegt zwischen myopic und limit pricing

[1125] Ein wachsender Anteil des competitive fringe hat eine Verschiebung dessen Angebotskurve S(P) nach rechts und damit einen tieferen Preis P* zur Folge.

(optimal pricing); danach wird eine gewisse Kapazitätsausweitung des fringe zugunsten der gegenwärtigen Gewinne zugelassen[1126]:

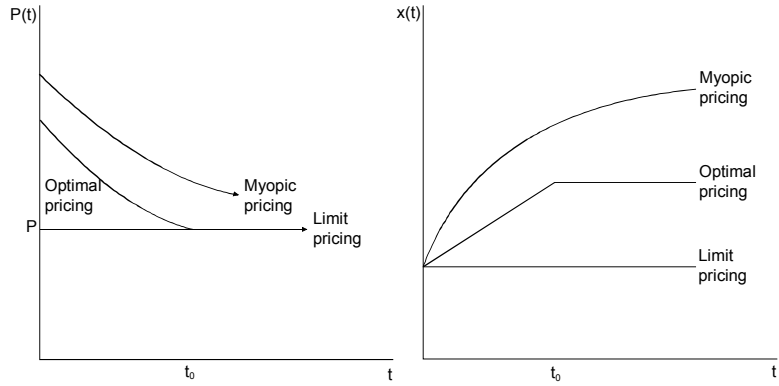


Abb. 14: Preispfad der dominanten Firma und Wachstumspfad des competitive fringe

Das oben beschriebene Modell des dynamic limit pricing beruht auf der Annahme, dass der Marktanteil des competitive fringe klein ist und dessen Wachstum von den gegenwärtigen Gewinnen (potentielles Investitionsvolumen) und den diskontierten zukünftigen Gewinnen (Investitionsentscheid) abhängt. *Preisstrategien können jedoch auch dazu führen, dass potentielle Konkurrenten von Markteintritten auch in grossem Ausmass absehen*. Gegeben sei ein Markt, auf dem sowohl eingesessene als auch neue Firmen zu gleichen Kosten produzieren können (keine absoluten Kostenvorteile), der jedoch Grössenvorteile verzeichnet (economies of scale[1127]). Geht man davon aus, dass die sich im Markt befindenden Firmen (perfektes Kartell, Monopolist) ihren Output auch bei einem Markteintritt beibehalten, so addiert sich der Output des neuen Marktteilnehmer zum bestehenden Output. Wenden die Firmen im Markt wie Abb. 15 zeigt eine limit pricing-Strategie an, so verbleibt der neuen Firma aufgrund des sinkenden Preises kein Profit (Bain-Stylos-Postulat). AB sei danach bei einem gegebenen Preis P die für ein neu in den Markt eintretendes 724

[1126] Vgl. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 165 ff.; GREER, Policy, 424 ff.

[1127] Unter der Annahme von constant returns to scale sind Preis-/Outputstrategien zur Verhinderung von Markteintritten unprofitabel. Da keine Nachteile mit minimaler Produktion verbunden sind (keine Fixkosten) müsste die eingesessene Firma ihren ganzen Profit opfern, um einen Markteintritt zu verhindern (P=MC).

Unternehmen verbleibende Nachfragekurve. AC(q) ist die Durchschnittskostenkurve für alle Unternehmen im Markt.[1128] Verschiebt man AB nach links (zu PB'), um nur das neue Unternehmen zu betrachten, so ergibt sich bei Gleichsetzung der Durchschnittskosten mit der verbleibenden Nachfrage kein gewinnbringender Output; P ist hier der limit price, der Markteintritte verhindert; ein höherer Preis würde zu Profiten führen[1129]:

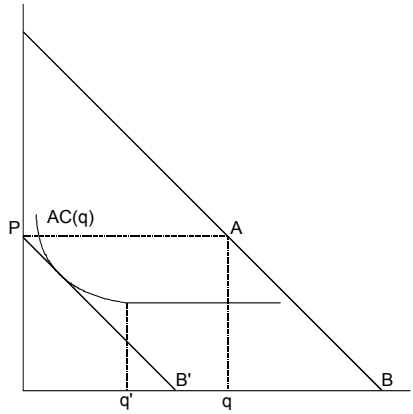


Abb. 15: Limit pricing gemäss Bain-Stylos-Postulat

725 Geht man dagegen davon aus, dass die sich im Markt befindenden Firmen eine profitmaximierende Strategie wählen, so wird sich der Output dieser Firmen nach einem erfolgten Eintritt reduzieren, was zu Kritik an der Grundannahme des Bain-Stylos-Postulates führt (Beibehaltung des Outputs als non credible threat). Entstehen jedoch bei Anpassung der Produktionsmenge Kosten (*adjustment costs*), so beeinflusst die Höhe des Outputs vor dem Eintritt die Höhe des Outputs nach dem Eintritt, da die Firmen nicht zu einer grösseren Outputreduktion bereit sein werden (credible threat). Ein hoher Output im Markt kann daher eine Firma vom Markteintritt abhalten.

[1128] Annahmegemäss ergeben sich sinkende Durchschnittskosten aufgrund von economies of scale bis zu einem Output q'.

[1129] Vgl. DIXIT, Entry-Deterrence, 95 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 478 f.; GABSZEWICZ, Strategic Interaction, 35 f.

Ein hoher Output kann für eine eingesessene Firma auch zu einem *hohen Erfahrungswert* (learning curve effect) führen und sich in Kostenvorteilen gegenüber neuen Firmen niederschlagen.[1130] Zusätzlich muss eine neue Firma damit rechnen, Produkte zu tieferen Preisen anbieten zu müssen als eingesessene Unternehmen, um die Kosten der Konsumenten auszugleichen, die bei einem Wechsel zur neuen Firma entstehen (Administrative Umtriebe, Gebühren, gebundene Kunden führen u.U. zu hohen *switching costs*). Die Wahl eines tieferen Preises und höheren Outputs durch eingesessene Unternehmen kann eintrittswillige Firmen auch über die eigentlichen Kosten- und Nachfragekurven hinwegtäuschen und so Markteintritte verhindern.[1131] 726

Senkt ein Unternehmen den Preis unter seine Kosten und nimmt dementsprechende Verluste ohne ökonomische Rechtfertigung in Kauf, so spricht die Lehre von missbräuchlicher Preisunterbietung (*predatory pricing*). Ziel dieser Strategie ist es, Konkurrenten aufgrund auflaufender Verluste zum Marktaustritt zu zwingen und in den folgenden Perioden die eigenen Verluste mit Monopolprofiten zu kompensieren. Heftige, hauptsächlich von Vertretern der «Chicago Schule[1132]» geführte Attacken haben dazu geführt, dass die missbräuchliche Preisunterbietung als Problem weitgehend akademischer Art angesehen wird, da ein solches Verhalten niemals zu Profiten führen könne und daher nicht rational sei: Selbst wenn ein Konkurrent zum Austritt gezwungen werden könne, so würden die in den nachfolgenden Perioden erzielten Monopolpreise sofort neue Markteintritte provozieren, welche die Preise auf ein wettbewerbliches Niveau zurückführen; die Übernahme eines unliebsamen Konkurrenten – wenn möglich – erscheint günstiger als ein solcher Preiskampf.[1133] Neuere Entwicklungen im Bereich der Spieltheorie[1134] lassen die missbräuchliche Preisunterbietung allerdings in einem anderen Licht erscheinen: 727

[1130] Spieltheoretisch lässt zeigen, dass in lernenden Industrien und Netzwerkindustrien schon kleine Lücken im Verkauf oder Forschung und Entwicklung zum Marktaustritt führen können; vgl. CABRAL/RIORDAN, Learning Curve, 1115 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 653 f.

[1131] Vgl. MILGROM/ROBERTS, Entry, 443 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 461 ff., 546 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 171 ff.

[1132] Zur Chicago Schule N 686 ff.

[1133] Vgl. insbesondere MCGEE, Predatory Price, 138 ff. Die erwarteten Gewinne reduzieren sich zusätzlich durch Diskontierung und die (Miss-)Erfolgswahrscheinlichkeit; dazu HOVENKAMP, Competition, 346. Bzgl. Übernahme eines Konkurrenten ist allerdings anzumerken, dass die Kartellgesetze eine Übernahme mit Monopolwirkung meist untersagen.

[1134] Zur Bedeutung der Spieltheorie in der neuen Industrieökonomik N 694.

Werden die herkömmlichen Modelle um Faktoren wie asymmetrische Information ergänzt, so kann Preisunterbietung eine rationale Strategie sein. Die genannten Modelle lassen sich in die Kategorien long purse (oder deep pocket) models, reputation models sowie signalling models einteilen. Das *long purse model* geht davon aus, dass für ein Unternehmen mit beschränkten finanziellen Ressourcen der baldige Marktaustritt schon nach kurzer Zeit missbräuchlich tiefer Preise absehbar wird; da der Spielausgang für das Unternehmen vorhersehbar ist, wird der Marktaustritt zur Vermeidung weiterer Verluste schon in der ersten Geschäftsperiode erfolgen, was die Kosten des Preiskampfes für das dominante Unternehmen stark reduziert.[1135] Gemäss dem *reputation model* sind Unternehmen in der Lage, sich für künftige Spielperioden oder andere Spiele einen Ruf dahingehend aufzubauen, dass z.B. jeder Markteintritt durch aggressive Preissenkungen bekämpft wird; hohe Preise würden demnach entgegen der Annahme von Anhängern der Chicago-Schule nicht neue Markteintritte induzieren (Ruf als crazy player[1136]).[1137] Durch Preisunterbietung signalisieren Unternehmen ihren Konkurrenten, dass sie zu wesentlich tieferen Kosten als diese produzieren können (*signalling models*); auf diese Weise verleiten sie ihre Konkurrenten zum Marktaustritt bzw. senken sie die Kosten einer allfälligen Übernahme (softening up the victim).[1138] Nach wie vor ungeklärt ist hingegen die *Erkennung eines missbräuchlichen Preises*. Dazu reicht nach heutigem Stand der Lehre eine blosse Analyse der Kostenfunktion eines Un-

[1135] Nicht erklären kann dieses Modell, wieso Markteintritte überhaupt erfolgen sollten, wenn der Spielausgang bereits zu Beginn bekannt ist. Die Lösung mag hier in Unsicherheitsfaktoren über den Preiskampf oder in zu optimistischen Investoren liegen; vgl. CHURCH/WARE, Organization, 648 f.; HOVENKAMP, Competition, 340 ff.

[1136] Bei vollkommener Information im Markt scheint Preisunterbietung keine Gleichgewichtsstrategie zu sein und ist daher für die anderen Spieler nicht glaubwürdig; vgl. PHLIPS, Game, 189 ff. Herrscht aber Unsicherheit über die Strategie des im Markt tätigen Unternehmens, so kann Preisunterbietung profitabel werden; vgl. MILGROM/ROBERTS, Entry, 443 ff.; KREPS/WILSON, Reputation, 253 ff.

[1137] Plausibel erscheint nun auch, dass Mitglieder eines Oligopols mittels Preisunterbietung zur Einhaltung der Oligopoldisziplin gezwungen werden oder dass ein Unternehmen sich in einem Markt einen Ruf aufbaut, den es auf andere geographische oder sachliche Märkte übertragen kann (multiple benefit predation). Durch Anwendung des reputation models steigern sich die in zukünftigen Perioden erwarteten Gewinne, was die Inkaufnahme kurzfristiger Verluste wahrscheinlicher macht; vgl. CHURCH/WARE, Organization, 649 ff.; HOVENKAMP, Competition, 343 f.; MILGROM/ROBERTS, Entry, 443 ff.; KREPS/WILSON, Reputation, 253 ff.

[1138] Vgl. SALONER, Predation, 165 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 653; FUDENBERG/TIROLE, predation, 366 ff. bei Verbergen des für den Neueintretenden notwendigen Signals (jamming). Weiter CABRAL/RIORDAN, Learning Curve, 1126 ff. für Netzwerkindustrien.

ternehmens ohne Einbezug struktureller Marktanalysen nicht aus: Gemäss der von tieferen amerikanischen Gerichten früher vielfach verwendeten, aber umstrittenen Regel von AREEDA-TURNER soll ein Preis dann missbräuchlich sein, wenn er unter die variablen Durchschnittskosten zu liegen kommt (average variable cost AVC).[1139] Die dargestellte Regel ist vielfacher Kritik ausgesetzt und wird vielfach nicht mehr in ihrer ursprünglichen Form angewendet.[1140] Teilweise wird schon die eigentliche Messgrösse AVC als schlechtes Indiz für Missbräuchlichkeit angesehen und durch andere Elemente ersetzt, so z.B. durch die gesamten Durchschnittskosten (average total cost ATC), gepaart mit subjektiven Elementen wie der missbräuchlichen Absicht (intent)[1141]; teilweise werden auf den Kosten basierende Regeln generell abgelehnt und der Fokus auf die Veränderung des Outputs gelegt (output restriction rule von WILLIAMSON).[1142] ORDOVER-WILLIG sehen ein Verhalten eines Unternehmens dann nicht als missbräuchlich an, wenn es auch ohne Zugewinn an Monopolmacht (die Autoren sprechen von fehlenden Eintrittsbarrieren) profitabel erscheint (strukturelle Analysen).[1143] Vermittelnd schlagen JOSKOW-KLEVORICK einen zweistufigen Test vor, der zunächst eine strukturelle Analyse des Marktes vorsieht, bei dem festgestellt werden soll, ob missbräuchliches Verhalten wahrscheinlich ist; erst in einem zweiten Schritt sollen Kostenanalysen folgen

---

[1139] Dabei gelten die variablen Durchschnittskosten als Surrogat für die eigentliche Missbrauchsgrenze, als welche Preise unter Grenzkosten angesehen werden. Die Grenzkosten seien aber als Messgrösse ungeeignet, weil aufgrund von Bilanz kaum bestimmbar; vgl. AREEDA/TURNER, Predatory Pricing, 697 ff., 716 ff.

[1140] Dazu die ausführliche Analyse der Praxis von GIFFORD, Predatory Pricing, 431 ff.; OECD, Predatory Pricing, 23 ff.

[1141] So ist bei tiefem Output leicht ein Preis über den eigentlichen Grenzkosten, aber unter den variablen Durchschnittskosten möglich, während bei einem hohen Output die Grenzkosten grösser sind als die variablen Durchschnittskosten, was wettbewerbliche Preise leicht als missbräuchlich erscheinen lassen kann (Typ II Fehler). Auch scheint die Zuordnung von variablen und fixen Kosten dann heikel, wenn ein Teil der fixen Kosten vermieden werden kann (und somit eine variable Komponente hat), wie dies bei Vermietung von Lagerhäusern, etc. der Fall sein kann; vgl. HOVENKAMP, Competition, 338 ff., 344 f., 354 f.; CABRAL/RIORDAN, Learning Curve, 1115 ff., 1126 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 279 f.

[1142] Danach soll ein im Markt tätiges Unternehmen nach einem erfolgten Markteintritt durch einen Konkurrenten seinen Output im Grundsatz nicht erhöhen dürfen, ausser der Preis falle nicht unter die kurzfristigen Grenzkosten; vgl. WILLIAMSON, Predatory Pricing, 284 ff., 295 ff.

[1143] Ein Verhalten ist m.a.W. dann missbräuchlich, wenn ein Zugewinn an Monopolmacht entsteht, Markteintrittsbarrieren und Wiedereintrittsbarrieren bestehen. Der Test wird teilweise als zu permissiv angesehen (Typ I Fehler; missbräuchliches Verhalten wird nicht erkannt); vgl. ORDOVER/WILLIG, Predation, 8 ff.

(kombinierte strukturelle Analysen mit Verhaltensanalysen).[1144] Gefordert wird danach eine herausragende Marktstellung des sich missbräuchlich verhaltenden Unternehmens, signifikant hohe Markteintrittsbarrieren[1145], Überkapazitäten (des sich missbräuchlich verhaltenden Unternehmens)[1146], und Entfernung der Produktionskapazitäten der Konkurrenten vom Markt bei erfolgreicher Preisunterbietung[1147].[1148] Bzgl. Kosten wird eine Analyse von Fall zu Fall vorgeschlagen; unternehmerische Preise werden nicht immer aufgrund der Grenzkosten, sondern auch aufgrund entstehender Zusatzkosten gefällt: So mag es Sinn machen, Überproduktion zu einem Preis unter den Grenzkosten abzustossen und dafür bestehende Kapazität voll auszunutzen (Verkaufsfläche, Produktionsstrassen), da die Zusatzkosten gering sind.[1149]

728 Ambivalenten Charakter kann die *Preisdiskriminierung* durch einen Monopolisten haben. Als (systematische) Preisdiskriminierung erster Art gilt die Einverleibung der gesamten Konsumentenrente durch den Monopolisten (was zu einem Output wie unter Konkurrenzbedingungen führt), als solche zweiter Art Koppelungspraktiken etc. und als solche dritter Art die Aufteilung der Konsumenten nach Gruppen (nach geographischen Märkten, nach Alter, etc.; bedingt die Ausschaltung des Sekundärmarktes, also des Handels). Während einzelne dieser Praktiken wohl-

---

[1144] Vgl. JOSKOW/KLEVORICK, Framework, 213 ff., 242 ff.

[1145] Dabei sind insbesondere Marktzutritte innerhalb der als missbräuchlich erachteten Preisphase als Indizien dafür zu beachten, dass der Markt von einigen (effizienten) Konkurrenten noch als profitabel erachtet wird. Dies im Gegensatz zu Marktzutritten vor einem Zusammenschluss, die aufgrund des zusätzlich produzierten Outputs die Wahrscheinlichkeit weiterer Marktzutritte eher senken.

[1146] Überkapazitäten sind für die Übernahme des Outputs der Konkurrenten notwendig und senken die Kosten einer Outputexpansion; arbeitet das sich mutmasslich als missbräuchlich verhaltende Unternehmen bei voller Kapazität, ist Preisunterbietung hingegen unwahrscheinlich. In einer rezessiven Industrie sind Überkapazitäten und tiefe Preise aber eher Zeichen einer vor sich gehenden Restrukturierung als einer missbräuchlichen Preisstrategie; in diesem Fall sind die Überkapazitäten wahrscheinlich gleichmässig auf alle Unternehmen verteilt.

[1147] Produktionsanlagen müssen nach erfolgreicher Preisunterbietung entweder übernommen oder vom Markt genommen werden. Da eine Übernahme durch das dominante Unternehmen wahrscheinlich durch die Wettbewerbsbehörden unterbunden wird, muss sichergestellt sein, dass ein neuer Konkurrent die Produktionsanlagen nicht günstig auf dem Wege der Zwangsversteigerung übernehmen kann (Reputationseffekte).

[1148] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 346 ff.

[1149] Vgl. zur Praxis 509 U.S. 209 «Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.» (1993); 475 U.S. 574 «Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio» (1986); 881 F.2d 1396 «A.A. Poultry Farms v. Rode Acre Farms» (7th Circuit 1989).

fahrtssteigernde Wirkung haben (im Sinne einer Steigerung des Outputs), kann die Preisdiskriminierung auch Teil einer Verdrängungsstrategie dominanter Unternehmen sein oder output-reduzierende Wirkung aufweisen (höherer Rabatt bei Übernahme der gesamten Produktelinie [full line forcing], nach Umsatz mit eigenen Produkten abgestufter Rabatt, gezielte Preisunterbietung zur Verdrängung eines Konkurrenten). Preisdiskriminierung, die Teil einer Verdrängungs- oder Koppelungspraktik ist, sollte nach den für diese Strategien entwickelten Kriterien beurteilt werden.[1150] Erleichtert wird die Preisdiskriminierung z.B. durch vertikale Integration oder Einführung – der Konkurrenz nicht vorher offen gelegter – neuer Produkte(-standards).[1151]

Auch verschiedene *nicht-preisliche Strategien* werden als geeignet angesehen, den verbleibenden Wettbewerb in einem Markt weiter einzuschränken oder die zukünftige Marktstellung zu verbessern. Die Lehre konzentriert sich insbesondere auf die Manipulation der Marktein- und –austrittsbedingungen (strategic entry deterrence), Kostenmanipulation (raising rivals' costs, reducing rivals' revenue), Boykott (refusal to deal) und missbräuchlichem Produktedesign (predatory design): 729

Strategische Investitionen schaffen eine glaubwürdige Drohung über die zukünftige Produktionsmenge und können potentielle Konkurrenten v.a. bei einem hohen Fixkostenanteil der Produktion (Kosten des Markteintritts) von Markteintritten abhalten. Einerseits kann die Überkapazität die im Markt tätige Firma zur Ausweitung der Produktion bei einem Markteintritt verleiten, was zu einem Verfall der Preise und zu einer Reduktion der zu erwartenden Gewinne für eine neueintretende Firma führt. Andererseits gibt die Überkapazität der im Markt tätigen Firma einen Vorteil bzgl. der kurzfristigen Grenzkosten, was eine Produktion an der Kapazitätsgrenze wahrscheinlich macht.[1152] In einem solchen Markt sind zur Aufnahme 730

[1150] Vgl. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 284 ff.; HOVENKAMP, Competition, 313 f.; 360 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 155 ff.; VARIAN, Discrimination, 643 ff.

[1151] Vgl. die Einführung eines neuen Film- und Kameratyps durch Kodak, welche zu einer kurzen Phase mit Monopolprofiten führte. In diesem Fall wurde die kurzfristige Monopolisierung des Marktes nicht als schädlich angesehen, da diese Kodak die Markteinführung des neuen Kameratyps erleichterte (Quersubventionierung der Kamera durch Filmverkauf); vgl. 603 F.2d 263 «Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.» (2nd Circuit 1979).

[1152] Vgl. den viel kritisierten Fall 148 F.2d 416 «U.S. v. Aluminium Co. of America» (2nd Circuit 1945); dazu AREEDA, Analysis, 154 ff.; LOPATKA/GODEK, Alcoa, 312 ff. Zum Missbrauchsbegriff bei der Beurteilung des Verhaltens dominanter Unternehmen (soziale Effizienz) vgl. 472 U.S. 585 «Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.» (1985).

der Produktion Fixkosten F zu leisten, (einmalige) Investitionen in Kapazität x zu den Kosten von jeweils r zu tätigen und variable Produktionskosten w je nach Höhe der tatsächlichen Produktion q zu erbringen. Die Kostenfunktion eines solchen Unternehmens stellt sich somit dar als:

$$C(q) = \begin{cases} K + rx + wq & \text{für } q \leq x \\ K + (w + r)q & \text{für } q > x \end{cases}$$

731 Zu beachten ist, dass das Unternehmen nach einmaliger Investition in x nur noch Produktionskosten von K+wq gegenwärtigen muss. Übersteigt allerdings die Produktion die Kapazität, so sind erst Investitionen in zusätzliche Kapazität in der Höhe von (q–x)r zu tätigen, was zu totalen Kosten von K+wq+rx+r(q–x) oder K+(w+r)q führt. Das Unternehmen, das im Bereich seiner Kapazität tiefe Grenzkosten verzeichnet, wird diese Kapazität auch ausnutzen wollen (Senkung der Durchschnittskosten) und einen Ausstoss nahe an x anstreben (Abb. 16, links). Wie Abb. 16 (rechts) auch zeigt, wirkt sich die strategische Investition in Kapazität unmittelbar auf die Strategie einer neueintretenden Firma aus. Gegeben sei ein Monopolist M, der auf einem Markt bei tiefer Produktion den vollen Monopolgewinn von 15, bei hoher Produktion aber nur 12 Gewinneinheiten erhält, wobei angenommen wird, dass nach Investitionen in hohe Kapazität ein hoher Ausstoss auch in zukünftigen Perioden präferiert wird.[1153] Ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen U steht ebenfalls vor der Wahl, zu einem tiefen oder hohen Output zu produzieren. Je nach Entscheid – q_L oder q_H – ergeben sich verschiedene Auszahlungsmöglichkeiten. So wird bei tiefer Kapazität (und tiefem Ausstoss) von M auch U einen tiefen Ausstoss anstreben, da so dessen Auszahlung maximiert wird (Nash equilibrium); M erhält eine Auszahlung von 8 Einheiten, U eine solche von 8 abzüglich den Eintrittskosten in der Höhe von K. Umgekehrt wird bei hoher Kapazität (und hohem Ausstoss) von M das neue Unternehmen ebenfalls einen tiefen Ausstoss anstreben. U kann nicht damit rechnen, dass M zu einem tiefen Ausstoss wechselt und kann nur so seine Auszahlung maximieren. In diesem Fall erhält M 7 Einheiten und U 6 Einheiten abzüglich den Eintrittskosten K. Das Verhalten von M zu Beginn (Wahl der Kapazität) hängt somit von den Eintrittskosten K ab: Sind diese >8, wird kein Eintritt erfolgen und die optimale Kapazität von M

[1153] Der Gewinn umfasst die diskontierten Gewinne aller Perioden. Eine Erhöhung des Ausstosses (der Kapazität) ist jederzeit (ohne time lag) möglich, eine Reduktion nicht.

ist tief; liegt K zwischen 6 und 8, so kann durch die Wahl einen hohen Outputs zu Beginn ein Markteintritt verhindert werden. Sind die Kosten des Eintritts jedoch gering (<6), so kann ein Eintritt nicht verhindert werden und es wird eine tiefe anfängliche Kapazität als profitmaximierende Strategie gewählt[1154]:

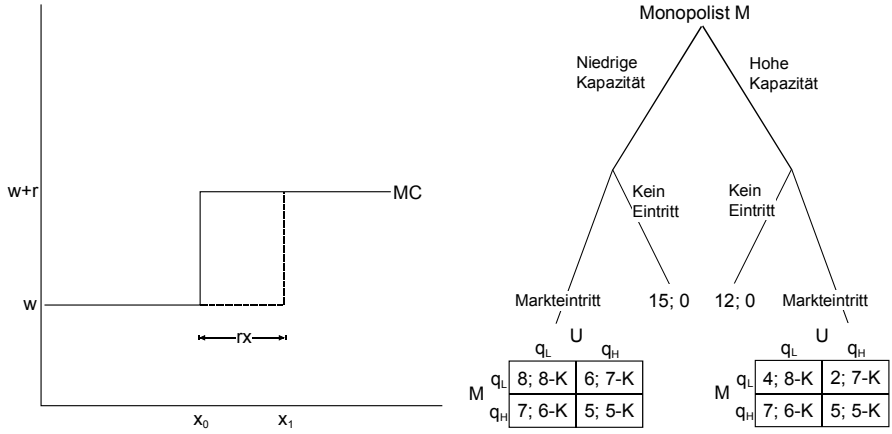


Abb. 16: Grenzkostenkurve bei strategischer Investition; Auswirkungen auf den Eintritt

Die *Wohlfahrtseffekte strategischer Eintrittsbarrieren* sind nicht einfach determi- 732
nierbar. Als wohlfahrtssteigernd betrachtet werden muss die Vermeidung doppelter Fixkosten, welche durch einen Markteintritt entstehen, die aber dem Verlust an Output durch Monopolproduktion gegenübergestellt werden müssen. Bestehen economies of scale in grossem Umfang kann die Produktionseffizienz im Monopol (sofern vorhanden) die grössere Allokationseffizienz im Duopol u.U. übersteigen. Auch bei geringeren Grössenvorteilen kann strategische Investition u.U. Effizienzeffekte generieren, da in diesem Fall der Output zur erfolgreichen Verhinderung des Markteintritts weit über die Monopolproduktion ausgedehnt werde müsste.[1155] Sind die oben beschriebenen strukturellen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Verhinderung des Markteintritts gegeben, so wird ein Monopolist in einem wachsenden Markt ständig neue Kapazität schaffen, bevor die Nachfrage danach ent-

[1154] Vgl. DIXIT, Entry-Deterrence, 95 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 178 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 487 ff.; HOVENKAMP, Competition, 290 f.; GABSZEWICZ, Strategic Interaction, 37 f.

[1155] Vgl. CHURCH/WARE, Organization, 503 ff.

steht. Der Monopolist kann aufgrund seiner Monopolprofite die neue Kapazität – im Gegensatz zu einem neueintretenden Konkurrenten im Wettbewerb – immer noch profitabel nutzen. Er kann die neue Kapazität auch zeitweise ungenutzt lassen. In diesem Fall bestehen für Neueintritte kaum Chancen, es sei denn, der Markt wachse schneller als vom Monopolisten erwartet oder das Wachstum wurde falsch eingeschätzt. *Auf diese Weise kann ein Monopol auch dann beibehalten werden, wenn der Markt gross genug für zwei unabhängige Konkurrenten wäre (market pre-emption)*. Auf dem gleichen Ansatz beruht die – prima vista die Kosumentenwohlfahrt steigernde – Bedienung von Marktnischen durch einen Monopolisten, also das Angebot von (imperfekten) Substituten, welche potentiellen Konkurrenten den Raum für einen profitablen Markteintritt nehmen (brand proliferation, exzessive Produktedifferenzierung).[1156]

733 Die zukünftige Wettbewerbsposition kann auch durch gezielte Erhöhung der Produktionskosten oder Reduzierung der Gewinne der sich im Markt befindender Konkurrenten verbessert werden (*raising rivals' costs, reducing rivals' revenue*). In die gleiche Richtung wie eine missbräuchliche Preisunterbietung zielend ist die Erhöhung der Kosten bzw. Reduzierung der Gewinne kleinerer Konkurrenten für eine dominante Firma wesentlich einfacher und ohne den mit einem Preiskampf verbundenen Gewinneinbussen zu bewerkstelligen.[1157] Dies kann z.B. nahezu kostenlos durch Änderung des gängigen Industriestandards oder Lobbying für regulatorische Vorschriften, welche die dominante Unternehmung schon adaptiert hat, geschehen. Ein relativer Kostenvorteil kann erreicht werden, wenn die kapitalintensiv produzierende, dominante Firma Forderungen der Gewerkschaften bei Aushandlung von Gesamtarbeitsverträgen vorbehaltlos nachgibt und damit die Kosten des arbeitsintensiver produzierenden competitive fringe erhöht. Auch die Kontrolle der Vertriebswege oder Ausschliesslichkeiten (Exklusivlieferverträge) führen u.U. zu höheren Kosten für Konkurrenten.[1158] Den gleichen Effekt können aus be-

[1156] Vgl. EATON/LIPSEY, Pre-emption, 149 ff.; SCHMALENSEE, Entry deterrence, 305 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 183 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 516 f.; HOVENKAMP, Competition, 314 ff.

[1157] Vgl. SALOP/SCHEFFMAN, Rivals' Costs, 267 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 182; WILLIAMSON, Wage Rates, 85 ff.; HOVENKAMP, Competition, 318 f.

[1158] Vgl. 381 U.S. 657 «United Mine Workers v. Pennington et al.» (1965). Danach ist für eine kartellrechtliche Relevanz des gewerkschaftlichen Verhaltens allerdings der Nachweis einer zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung getroffene Vereinbarung mit einem Teil der Arbeitgeberschaft notwendig. Standard Oil erhöhte die Transportkosten für seine Konkurrenten

triebswirtschaftlicher Sicht «überhöhte» Marketing- sowie Forschungs- und Entwicklungsbudgets haben; letztere führen zu einer hohen Innovationsrate im Markt und können zu einer Monopolisierung führen (Sperrpatente etc.).[1159] Direkt preiserhöhende Wirkung im Hinblick auf die Kosten des competitive fringe kann die Rückwärtsintegration (Monopolisierung, Oligopolisierung des vorgelagerten Marktes) eines dominanten Unternehmens und die damit verbundene Kontrolle über Produktionsfaktoren (Ressourcen) haben.[1160] Wie schon die Beispiele zeigen, ist die Grenze zwischen missbräuchlichen Praktiken und normalem Wettbewerbsverhalten hier besonders schwierig zu ziehen; beileibe nicht jedes Verhalten, dass die Kosten der Konkurrenten erhöht, kann kartellrechtlich relevant sein: in einer statischen Sicht kann die Effizienz eines Verhaltens an der Veränderung des Outputs im (gesamten) Markt gemessen werden (Überwiegen die Gewinne des einen Unternehmens den Verlust des anderen?). In einer dynamischen Sicht scheint eine solche Abwägung hingegen kaum möglich zu sein, da die Diskontierung zukünftiger Gewinne, die aufgrund eines Verhaltens erwartet werden, schwierig ist. Jedenfalls sind ohne Marktmacht raising rivals' cost-Praktiken kaum durchführbar.[1161]

---

durch Kontrolle des nachgelagerten Eisenbahnnetzes (Cartel Ringmaster) und konnte so seinen Marktanteil von 4% auf über 90% steigern; vgl. 221 U.S. 1 «Standard Oil Co. of New Jersey v. US» (1910). Alcoa erhöhte gemäss einem viel kritisierten Entscheid von 1945 durch Exklusivlieferverträge mit Stromlieferanten und Aufkauf von Bauxit aus günstig produzierenden Minen die Beschaffungskosten ihrer Konkurrenten; vgl. 148 F.2d 416 «U.S. v. Aluminium Co. of America» (2nd Circuit 1945). Ebenso die Beschaffungskosten erhöhte ein Detailhändler für den konkurrierenden Klor's Store durch Abschluss von Exklusivlieferverträgen mit den nächstgelegenen Herstellern; vgl. 359 U.S. 207 «Klor's v. Broadway-Hale Stores» (1959). Auf die Reduzierung der Gewinne eines Konkurrenten zielte der Ausschluss aus einem gemeinsamen Ticketverkauf; vgl. 472 U.S. 585 «Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.» (1985). Zur Änderung von Produktestandards vgl. FN II/1163.

[1159] Aufgrund positiver Aspekte aus Sicht der Konsumentenwohlfahrt erachtet BRENNAN, costs, 102 diese prima vista innovationsfördernden Massnahmen als wettbewerblich nicht schädlich. Dazu auch SHY, Organization, 221 ff., 281 ff.

[1160] Vgl. zur Problematik im Allgemeinen SALOP/SCHEFFMAN, Rivals' Costs, 268; SCHEFFMAN, antitrust, 187 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 628 ff.; GRANITZ/KLEIN, Monopolization, 1 ff.; KRATTENMAKER/SALOP, Exclusion, 209 ff., 230 f.; SARTZETAKIS, Strategies, 751 ff.; BRENNAN, costs, 95 ff. sieht hingegen das raising rivals' costs Konzept als Spezialfall anderer monopolisierender Praktiken, beispielsweise Monopolisierung der Inputmärkte oder Übertragung von Marktmacht. Auch die Erhöhung des Marketing- oder Forschungs- und Entwicklungsbudgets kann angesichts positiven Effekten auf die Konsumentenwohlfahrt nicht kartellrechtlich relevant sein.

[1161] Vgl. SCHEFFMAN, antitrust, 204 ff.; KRATTENMAKER/SALOP, Exclusion, 219 ff.; LOPATKA/GODEK, Alcoa, 327 f.; HOVENKAMP, Competition, 320 ff.

734 Die *Änderung des Produktedesigns oder des gängigen Standards für Komplementärprodukte* (z.B. Autoradios) kann die Kosten für Konkurrenten erhöhen, aber auch den diesbezüglichen nachgelagerten Markt zerstören. Keine wettbewerbstheoretischen Bedenken ergeben sich dabei, wenn dieser Prozess durch eine klare Verbesserung des Produkts begleitet wird.[1162] Das Verhalten ist dann anders zu beurteilen, wenn die Änderung die Kosten der Konkurrenten stark erhöht und offensichtlich zu keiner Produkteverbesserung führt.[1163]

735 Die Möglichkeit der *Ablehnung eines Wirtschaftssubjektes als Geschäftspartner* (refusal to deal) ist in einem kompetitiven Markt aus wettbewerblichen Gesichtspunkten unbedenklich. Die Ablehnung eines Mitbewerbers durch ein dominantes Unternehmen kann aber Teil einer Verdrängungsstrategie zur Monopolisierung des Marktes sein. Schwierig abzuschätzen ist, wann eine solche Ablehnung Teil einer solchen ineffizienten Strategie ist und unterbunden werden sollte, sind doch mit einem solchen Verbot tiefe Eingriffe in die Organisationsfreiheit des Unternehmens verbunden. So ist die kartellrechtliche Praxis denn auch mehr auf den Abbruch bestehender Geschäftsbeziehungen durch dominante Unternehmen ohne wirtschaftliche Rechtfertigung (legitimate business purpose) beschränkt (z.B. Beendigung eines joint ventures mit dem Zweck der Marginalisierung eines kleineren Konkurrenten).[1164] In vertikaler Hinsicht kann die Ablehnung der Belieferung eines unabhängigen Distributeurs oder Reparaturunternehmens Teil einer – u.U. effizienten – (vertikalen) Integrationsstrategie sein, aber auch der Anhebung der Preise in diesem nachgelagerten Markt dienen. Allerdings scheint fragwürdig, ob eine bestehende Monopolmacht durch Monopolisierung auch des nachgelagerten Marktes übertragen werden kann.[1165] Dies kann allenfalls dann geschehen, wenn durch den Kaufentscheid für den Konsumenten eine langfristige Bindung oder Abhängigkeit (lock in) von einem Produkt entsteht und die daraus resultierenden Konsequenzen (Preise auf dem Servicemarkt) nicht vorhersehbar waren. In vielen Fällen wird der

[1162] Die Integration von Computerprozessoren und Speichermodulen führt zu Zerstörung des Marktes für Speichermodule, ist aber aufgrund klarer Produkteverbesserung gerechtfertigt; vgl. 613 F.2d 727 «California Computer Products, Inc. v. IBM Corp.» (9th Circuit 1979).

[1163] So die plötzliche Änderung der Standardgrösse von Autoradios von 2*6 inch auf 2,5*5 inch durch den ebenfalls im Markt tätigen Konkurrenten Ford in 390 F.2d 113 «Automatic Radio Mfg. Co. v. Ford Motor Co.» (1st Circuit 1968).

[1164] Vgl. 472 U.S. 585 «Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.» (1985).

[1165] Aufgrund der Ausführungen in N 747 f. ist das Gegenteil plausibler.

Konsument jedoch die Bedingungen auf dem nachgelagerten Servicemarkt in seinen Kaufentscheid einbeziehen.[1166] Selbst wenn das in Frage stehende Unternehmen eine unabhängige Vertriebsstruktur neben der eigenen duldet, ist deren Benachteiligung durch eingeschränkte Belieferung (supply squeeze) oder höhere Preise (price squeeze) zugunsten der konzerninternen Strukturen – sei es nur schon aufgrund effizienterer Organisation – absehbar.[1167] Ein Eingreifen der Wettbewerbsbehörden durch Festschreiben der Wettbewerbsbedingungen auf einem Markt (Zwang der Belieferung unabhängiger Distributeure etc.) kann aufgrund der Ambivalenz des oben beschriebenen Verhaltens dem Wettbewerb u.U. mehr schaden als nutzen.

Ein Spezialfall der einseitigen Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ergibt sich im Rahmen der *essential facilities doctrine*. Basis der Doktrin bildet die Existenz einer sogenannten essential facility, deren Gebrauch allen Mitbewerbern offen stehen soll. Als solche gelten Anlagen mit signifikanten Grössenvorteilen (natürliches Monopol aufgrund enormer economies of scale) sowie subventionierte oder aufgrund regulatorischer Vorschriften errichtete Anlagen. Zur Anwendung der Doktrin ist erforderlich, dass die Anlagen durch einen Monopolisten kontrolliert werden, zu deren Benutzung Alternativen nicht vorhanden sind und deren Errichtung durch den Konkurrenten vernünftigerweise nicht möglich ist. Die Existenz einer essential facility legt dem Monopolisten die Pflicht auf, praktisch mit jedem zahlungsfähigen Konkurrenten zu handeln. Wird der Zugang zu essential facilities Akteuren in nachgelagerten Märkten, auf denen der Monopolist nicht tätig ist, verweigert, liegt dem meist eine Wettbewerbsabrede zugrunde, was einen Rückgriff auf die essential facilities doctrine obsolet macht.[1168] 736

[1166] Hingegen geht der Supreme Court in 504 U.S. 451 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services» (1992) von einer Monopolstellung des Unternehmens für Ersatzteile aus, obwohl der Marktanteil im Primärmarkt nur 23% beträgt. In diesem Fall hat allerdings Kodak entgegen den obigen ökonomischen Ausführungen den Preis für Ersatzteile im Vorfeld stark erhöht, was ev. einer Quersubventionierungsstrategie für die neuen Produkte entspricht. Anders der 8th Circuit Court in 727 F.2d 692 «Paschall v. Kansas City Star Co.» (1984). Kritisch zur Systemmarkttheorie ZÄCH, Spiesse, 379 f. Anders die Wettbewerbskommission in ihrem Minolta-Entscheid in II/9.2.4, h).

[1167] Vgl. zum Ganzen HOVENKAMP, Competition, 293 ff.; SCHINDLER, Wettbewerb, 3 ff.

[1168] Vgl. zur Praxis 224 U.S. 383 «United States v. Terminal R.R. Ass'n of St.Louis» (1912); 326 U.S. 1 «Associated Press v. U.S.» (1945); 410 U.S. 366 «Otter Tail Power Co. v. United States» (1973).

g) Horizontale Konzentration

737 Horizontale Konzentration liegt vor, wenn sich Unternehmen zusammenschliessen, die auf den gleichen sachlichen und räumlichen Märkten tätig sind. Die *Vorteile horizontaler Konzentration* können im Zugewinn von Marktmacht, im Ausnutzen von Grössenvorteilen und Synergien (economies of scale) und in der Verminderung von Management-Ineffizienzen (principal-agent-Probleme etc.) liegen. Die Effizienzgewinne können zu tieferen Kosten und u.U. tieferen Preisen für die Konsumenten führen.[1169] Demgegenüber steht die *Gefahr der Abschwächung des Wettbewerbs* und des Entstehens marktmächtiger Unternehmen infolge eines Zusammenschlusses. Befürchtet wird insbesondere die Erleichterung von Kollusion sowie die Ermöglichung einseitiger Preiserhöhungen und Behinderungsstrategien. Zudem können Managementinteressen (rent seeking, empire building, falsch gesetzte incentives) zum Überschreiten der optimalen Betriebsgrösse und dementsprechend zu sog. diseconomies of scale und X-Ineffizienzen führen (quiet life hypothesis).[1170]

738 Anhand Abb. 17 (links) lassen sich die Auswirkungen eines effizienzsteigernden Zusammenschlusses zum Monopol oder Oligopol auf die Ressourcenallokation aufzeigen. Danach zeigt AC_1 die Durchschnittskosten der im Markt tätigen Unternehmen, AC_2 dementsprechend die Durchschnittskosten des Unternehmens nach dem Zusammenschluss. Der Preis vor dem Zusammenschluss beträgt P_1 und entspricht den Durchschnittskosten AC_1 (Situation vollkommener Konkurrenz). P_2 entspricht dem Preis nach dem Zusammenschluss unter der Annahme, dass das neue Unternehmen in der Lage ist, diesen aufgrund von Marktmacht über das Niveau der Durchschnittskosten zu heben (ist es das nicht, so sind die Auswirkungen ausschliesslich positiv). Die Wohlfahrtseffekte lassen sich anhand der markierten Flächen zeigen: So entspricht A+C dem Verlust an Konsumentenrente durch den Rückgang des Outputs und der Erhöhung des Preises, B+C dem potentiellen Monopolgewinn des neuen Unternehmens, der diesem durch Kosteneinsparungen in Folge des Zugewinns an Effizienz (B) und Umverteilungseffekten durch die Mo-

---

[1169] Vgl. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 195 ff.; SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 138 f.; CHURCH/WARE, Organization, 148 f.

[1170] Vgl. GEORGE/JOLL/LYNK, Organisation, 314 ff.,322 ff.; SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 138 f.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 354 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 145 ff. Zu den entsprechenden Entwicklungen in der neuen Industrieökonomik N 693.

nopolisierung zufliesst (C). Der Zusammenschluss ist dann effizient, wenn der durch Allokationsineffizienz entstehende Verlust A den Zugewinn an technischer Effizienz B nicht übersteigt (WILLIAMSON).[1171] Überwiegen die durch den Zusammenschluss entstehenden X-Ineffizienzen oder diseconomies of scale die Synergieeffekte (Abb. 17, rechts), so entstehen Wohlfahrtsverluste nicht nur aufgrund von Allokationsineffizienz im Monopol (A), sondern auch durch die Produktionsineffizienz des Monopolisten (B), da dieser nicht zu Kosteneinsparungen in der Lage war[1172]:

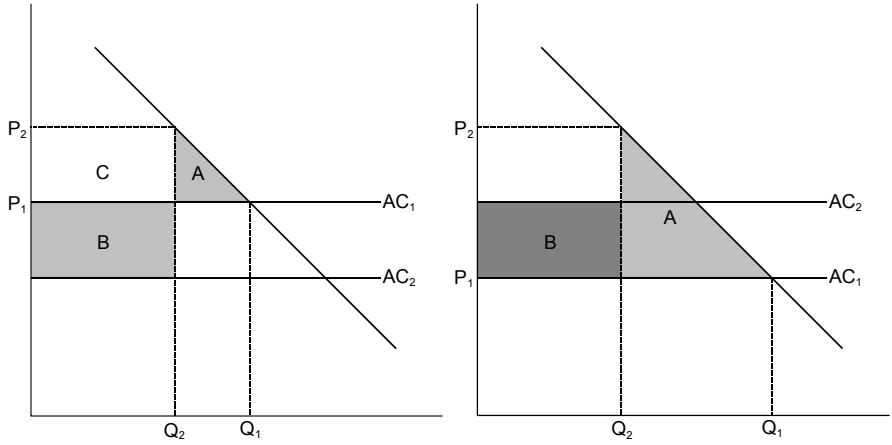


Abb. 17: Welfare «Tradeoff» Model und Quiet Life Hypothesis

Aufgrund dieser Unsicherheit bzgl. der Bewertung eines Monopols ist kaum verwunderlich, dass KANTZENBACH[1173] die optimale Wettbewerbsintensität in einer Marktstruktur «weiter Oligopole» verwirklicht sieht, welche einen Kompromiss 739

[1171] Vgl. WILLIAMSON, Defense, 21 f.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 199 f.; HOVENKAMP, Competition, 501 ff.; GREER, Policy, 227 f.; CHURCH/WARE, Organization, 718.

[1172] Es scheint zur Zeit wenig empirische Belege dafür zu geben, dass horizontale Konzentration zu wesentlichen Kosteneinsparungen führt. Im Gegenteil scheinen verschiedene Untersuchungen darauf hinzudeuten, dass Unternehmen im Wettbewerb generell günstigere Kostenstrukturen als Monopolisten haben; vgl. dazu FRANTZ, X-Efficiency, 2, 56, 63 ff. m.w.H.; COMANOR/LEIBENSTEIN, Welfare Losses, 27 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 145 f.; GREER, Policy, 229; SCHERER/ROSS, Market Structure, 167 ff., 172 ff.; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 84 ff.; GEORGE/JOLL/LYNK, Organisation, 314 ff.

(Dilemmathese) zwischen statischen Wettbewerbsfunktionen[1174] und dynamischen Wettbewerbsfunktionen[1175] darstellt[1176]. Die Kontroverse darüber, ob Allokationseffizienz im Wettbewerb nur auf Kosten von Produktionseffizienz grösserer Unternehmen erreichbar ist (Dilemmathese), oder ob Wettbewerb auch zu höherer Produktionseffizienz führt (Harmoniethese), kann hier nicht entschieden werden (vgl. dazu auch die HOPPMANN/KANTZENBACH-Kontroverse[1177]). Das schweizerische Kartellgesetz neigt hier eher der Harmoniethese zu, ist doch die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auch unter Effizienzgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen.[1178]

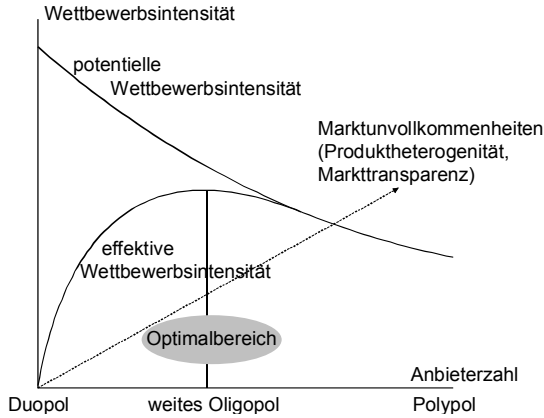


Abb. 18: Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität

740 Vorbehalte gegenüber dem Tradeoff Model werden auch hinsichtlich der Verwendung der Monopolprofite (werden diese ineffizient, zur Aufrechterhaltung des

[1173] Zum Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität auch N 678.
[1174] So die im Polypol optimale Einkommensverteilung und Angebotszusammensetzung und die Vermeidung von Absprachen unter den Akteuren.
[1175] So die im Duopol optimale Ausrichtung/Anpassung der Produktionsstruktur und maximale evolutorische Fortschritt der Wirtschaft.
[1176] Vgl. KANTZENBACH, Funktionsfähigkeit, 28 ff., 87 ff. Das Konzept weiter Oligopole von KANTZENBACH ist empirisch nicht abgesichert. Es geht davon von einer eindimensionalen Kausalität zwischen Marktstruktur und Marktergebnis aus, schliesst also andere Wettbewerbsdeterminanten aus, und ist daher sehr restriktiv. Eine Handlungstheorie lässt das Konzept vermissen; vgl. OLTEN, Wettbewerbstheorie, 94 f.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 42 ff. m.w.H.
[1177] Dazu N 678 f.
[1178] Dazu II/2.2.1, b). Weiter HERDZINA, Wettbewerbspolitik, 37 f.; JAEGER, Fundierung, 441 ff.

Monopols oder Behinderung von Konkurrenten verwendet?) und hinsichtlich der zu verzeichnenden Umverteilungseffekte gemacht. Es ist aber mehr eine politische als ökonomische Frage, ob und in welchem Ausmass Effizienzgewinne an die Konsumenten weitergegeben werden sollen.[1179]

741 Anzumerken ist, dass in den meisten Fällen ein Unternehmenszusammenschluss nicht zum Monopol führt. Ist ein Markt atomistisch strukturiert, so werden die durch den Zusammenschluss erzielten Effizienzgewinne in aller Regel im Unternehmen verbleiben; das Unternehmen wird das von ihm produzierte Gut weiterhin zum Marktpreis verkaufen und seinen Output steigern (Mengenanpasser). Führt ein Zusammenschluss hingegen zu einer oligopolistischen Marktstruktur, so werden u.U. alle im Markt tätigen Unternehmen ihre Preise erhöhen, während die Effizienzgewinne sich nur auf die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen beziehen; zugleich mindert der Aufwand für Koordination im Oligopol die potentiell erreichbaren Effizienzgewinne aus der verbesserten Produktionsstruktur.[1180]

742 Die schweizerische Fusionskontrolle sieht eine Abwägung zwischen Allokationsineffizienzen und Produktionseffizienzen nicht vor und beurteilt Unternehmenszusammenschlüsse – wie das europäische Wettbewerbsrecht – in erster Linie nach Strukturkriterien, welche den Konzentrationsgrad, aber auch die Markteintrittsbarrieren etc. umfassen.[1181] *Das schweizerische Kartellgesetz unterstellt Unternehmenszusammenschlüssen in gewisser Weise schon von vornherein eine Steigerung wirtschaftlicher Effizienz*, sieht sie doch bei der Fusionskontrolle eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen anders als bei den Wettbewerbsabreden nicht vor[1182] – die Zulässigkeit sowohl von Wettbewerbsabreden als auch von Unternehmenszusammenschlüssen bestimmt sich danach nach dem gleichen Kriterium: der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.[1183] Raum für den Einbezug von Effizienzgesichtspunkten liefert in beschränktem Mass die «kann»-Formulierung des Art. 10 Abs. 2

[1179] Vgl. GREER, Policy, 227 ff.; HOVENKAMP, Competition, 502 f. Vgl. für die in der Schweiz darüber geführte Diskussion II/3.2.4, c), N 135 und II/3.3.4, a), N 166.

[1180] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 503; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 203; WILLIAMSON, Antitrust, 104 ff.; POSNER, Analysis, 286 f.; BORK, Paradox, 217 ff.

[1181] Vgl. RUFFNER, Grundlagen, 216 f.

[1182] Unternehmenszusammenschlüsse sind demnach – gemäss Art. 10 Abs. 2 e contrario – auch dann ohne Weiteres zuzulassen, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb erheblich beeinträchtigt werden kann.

[1183] Eine ökonomische Sicht des Phänomens Marktmacht bietet II/11.2.3, b).

KG, welcher der Wettbewerbskommission bei Untersagung eines Zusammenschlusses ein gewisses Ermessen einräumt.

743 Eine Ausnahme zum Untersagungskriterium der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bildet die im amerikanischen antitrust-Recht entwickelte, auch in der Schweiz angewendete *failing company defense theory*[1184], unter der ein Zusammenschluss, der nach Art. 10 Abs. 2 KG eigentlich zu untersagen wäre, trotzdem zugelassen werden kann. Steht eine Unternehmung (oder ein Unternehmensteil) aufgrund von Zahlungsschwierigkeiten sowieso vor dem Ausscheiden aus dem Markt, so wird die Übernahme deren Produktionsanlagen auch durch eine dominante Firma als die bessere von zwei sehr schlechten Alternativen angesehen. Auch ein Zusammenschluss zum Monopol kann dann unter Effizienzgesichtspunkten wünschenswert sein, wenn die Anlagen sonst vom Markt genommen würden und keine für den Wettbewerb weniger einschneidende Alternative zur Verfügung steht. In diesen Fällen ändert sich die Wettbewerbssituation durch den Zusammenschluss kaum, da die dominante Unternehmung den Markt sowieso beherrschen wird. Voraussetzungen für die Anwendung dieser Ausnahme ist der unmittelbar bevorstehende finanzielle Zusammenbruch der Unternehmung, keine Möglichkeit der Sanierung der Unternehmung, die gutgläubige Suche nach für den Wettbewerb weniger schwerwiegenden Alternativangeboten (Angebot über dem Liquidationserlös) sowie die wahrscheinliche Wegnahme der produktiven Anlagen vom Markt bei Scheitern des Zusammenschlusses. Bei der Übernahme von Unternehmensteilen wird zudem ein negativer operativer cash flow in diesem Unternehmensteil verlangt.[1185] Insbesondere auf schweizerischen Pressemärkten hat dieses Konzept relativ häufig Anwendung gefunden.[1186] Da eine ausdrückliche Regelung über scheiternde Unternehmen im Kartellgesetz nicht gegeben ist, behilft sich die Wettbewerbskommission im Einklang mit den Empfehlungen der OECD mit der Verneinung der Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und der Verschlechterung der Wettbewerbssituation, welche ja auch durch den Konkurs der in Frage stehenden Unternehmung eingetreten wäre.[1187] Die Wettbewerbskommission lässt – im Anschluss an AMANN – das Argument der

[1184] Grundlegend 280 U.S. 291 (1930) «International Shoe Co. v. FTC».
[1185] Vgl. dazu HOVENKAMP, Competition, 544 ff.; IMMENGA, Sanierungsfusion, 343 f.; Merger Guidelines, Ziff. 5.1; OECD, Failing Firm, 5 ff.
[1186] Vgl. RPW 1998, 40 ff. «Le Temps»; RPW 2000, 414 ff. «Berner Oberland Medien AG / BO, BZ»; weiter auch RPW 1999, 172 f. «Batrec AG / Recymet SA».
[1187] Vgl. OECD, Failing Firm, 21. Weiter RPW 1998, 40 ff., 55 «Le Temps».

Anschluss an AMANN – das Argument der failing company jedoch faktisch schon unter weit weniger strengen Voraussetzungen gelten, wenn die Unternehmen die im Markt notwendige Mindestgrösse nicht erreichen und ein Marktaustritt in einiger Zeit zu erwarten ist[1188]:

> «134. An dieser Stelle ist weiter zu fragen, welche Entwicklungen ohne eine Zusammenarbeit zwischen dem TT, dem BO und der BZ zu erwarten wären. Das TT und der BO würden weiter eine Zeitung verkaufen, die immer weniger den Bedürfnissen des Publikums entspricht. Eine Weiterentwicklung durch massiven Ausbau des redaktionellen Eigenleistungsanteils ist aufgrund der Rahmenbedingungen in der Schweiz und im Berner Oberland im Besonderen nicht möglich. Das TT und der BO würden riskieren, zu Lokalblättern marginalisiert zu werden oder ganz vom Markt zu verschwinden. Diese Entwicklung ist speziell für den BO nicht auszuschliessen. In den beiden erwähnten Fällen wäre mittel- und langfristig ein ähnliches Ergebnis zu erwarten, wie mit dem geplanten Zusammenschlussvorhaben. Es macht letztlich wenig Sinn, einen Zusammenschluss erst zuzulassen, wenn – wie es der Failing Company Defense entspricht – eines davon zum Sanierungsfall geworden ist (...).»

744 Als Ergebnis ist festzuhalten, dass das *Kartellgesetz auf Pressemärkten*[1189] *zur Zeit faktisch keine Anwendung findet*. Mag aus einer ergebnisorientierten Perspektive das Kartellgesetz – entgegen der Ansicht des Gesetzgebers – tatsächlich ein ungeeignetes Mittel zur Erhaltung der Meinungsvielfalt sein, ist doch fraglich, ob die Anwendung der failing company defense gerechtfertigt ist, wenn der Konkurs des zu übernehmenden Unternehmens noch nicht eingetreten und auch in naher Zukunft noch nicht absehbar ist. Doch auch wenn der Konkurs schon eingetreten ist, bewirkt der Zusammenschluss eine Änderung der Marktstruktur und damit der Wettbewerbsverhältnisse, welche nicht einfach mit einer Verneinung der Kausalität übergangen werden kann.[1190] Kommt dazu, dass die Zulassung von Zusammenschlüssen bei Sanierungsfusionen – wenn die Eingreifkriterien erfüllt sind – klar dem Bundesrat und nicht der Wettbewerbskommission obliegt, welche «wirksa-

---

[1188] Vgl. RPW 2000, 414 ff., 442 «Berner Oberland Medien AG / BO, BZ» in II/9.2.7, j). Vordergründig konnte der Zusammenschluss allerdings aufgrund disziplinierender Wirkungen aus benachbarten Märkten und Einflüssen des Werbemarktes zugelassen werden. Vgl. auch AMANN, Zeitungsfusionskontrolle, 179.

[1189] Andere Medien scheinen z.Zt. nicht betroffen; vgl. der unter Bedingungen zugelassene Zusammenschluss in RPW 2001, 721 ff. «Tamedia/Belcom».

[1190] Gl.M. IMMENGA, Sanierungsfusion, 338 f. A.M. MÖSCHEL, Sanierungsfusion, 494 ff., der die Kausalität nur dann bejaht, wenn sich durch die Sanierungsfusion über den Konkursfall hinaus eine Verschlechterung der Wettbewerbssituation ergibt. Vgl. auch für andere Rechtsgebiete TRECHSEL/NOLL, Strafrecht, 89 f. (Doppelkausalität); SCHNYDER, Kommentar zu Art. 41 OR, N 27 (hypothetische Kausalität).

men Wettbewerb» (und nicht Marktstrukturen) zu erhalten hat[1191].[1192] Dies muss auch gelten, wenn die Unternehmen im Markt im Wettbewerb nicht überleben können, da sie die minimale effiziente Betriebsgrösse (MES) nicht erreichen. Die Praxis der Wettbewerbskommission führt hier zu einer *gesetzwidrigen Aushöhlung der bundesrätlichen Kompetenz*.

h) Vertikale Konzentration

745 Grundsätzlich wirft vertikale Integration die gleichen Fragen auf wie vertikale Kooperation. Die Vorteile einer Integrationslösung liegen in der Minimierung der Transaktionskosten, d.h. in der Eliminierung von Such- und Informationskosten (search costs, switching costs), der Wahrung der Kontrolle über Vorleistungen und Vertrieb sowie der Risikominimierung (Insolvenz des Lieferanten, Lieferschwierigkeiten) etc.[1193]

746 Bedeutung erhält die vertikale Integration vor allem dann, wenn die Wertschöpfungskette eines oder mehrere Monopole aufweist. Die Lehre geht dahin, dass solche Zusammenschlüsse die Effizienz nicht unbedingt verringern, sondern dass die vertikale Integration in einigen Fällen sowohl für Produzent als auch für die Konsumenten zu Verbesserungen bzgl. Output, Preisen etc. führen kann. Deutlich werden diese Effizienzgewinne, wenn zwei Monopolisten in einer (vertikalen) Wertschöpfungskette tätig sind (successive monopolies, double marginalization), wie dies Abb. 19 illustriert: Gegeben sei demnach ein Inputprodukt I und ein Endprodukt E, welches zu den Kosten C aus I produziert werden kann. Die Produkte werden unter Monopolbedingungen produziert. Der Bedarf von I und die Nachfrage nach E stehen in einem festen Verhältnis zueinander, was zu korrespondierenden Nachfragekurven für Produkt E (D_E) und I (D_I) führt.[1194] Die Nachfrage des

---

[1191] Vgl. II/5.3.1, a).

[1192] Vgl. II/3.2.4, c), N 138, II/3.3.4, b). Weiter DUCREY/DROLSHAMMER, Kommentar zu Art. 11 KG, N 11 ff., 15. Vgl. für das deutsche Recht MESTMÄCKER/VEELKEN, Kommentar zu § 42 GWB, N 31 ff.; IMMENGA, Sanierungsfusion, 354 f.; MÖSCHEL, Sanierungsfusion, 501 ff.

[1193] Zum strategischen Nutzen vertikaler Integration im Wettbewerb ausführlich PORTER, Wettbewerbsstrategie, 381 ff.; weiter WILLIAMSON, Antitrust, 81; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 290 ff.; HIRSCH, Economics, 290 ff.; DAVIES, Integration, 93 ff.; MONTEVERDE/TEECE, switching costs, 206 ff.

[1194] Für die Herleitung von D_I wird von der Gleichgewichtsbedingung (Grenzerlöskurve) des Monopolisten E ausgegangen ($MR_E=P_I+C$). Werden die Fertigstellungskosten C davon subtrahiert, so ergibt sich – wird jeweils eine fixe Zahl I für die Produktion von E benötigt – die

Monopolisten E nach I entspricht demnach der Nachfragekurve des Monopolisten I. Preis (P_I) und Output (O_I) des Produktes I ergeben sich aus der Grenzkostenkurve für I (MC_I) und der Grenzerlöskurve des Monopolisten I (MR_I).[1195] Der Output I bestimmt annahmegemäss den Output E; der Preis des Endproduktes (P_E) bei gegebenem Output E (O_E=O_I) ergibt sich aus dem Schnitt mit der Nachfragekurve D_E. Bei Zusammenschluss der Monopolisten ergeben sich neue Grenzkosten für E, da I nun intern zu Grenzkosten verrechnet wird (MC_E=MC_I+C). Aus der Nachfragekurve D_E ergibt sich nun ein neuer Output E (O_E‘) und eine neuer Preis (P_E‘). Beachtlich ist, dass unter diesen Bedingungen Output und Monopolgewinn (Δ) grösser sind, die Preise aber dennoch tiefer[1196]:

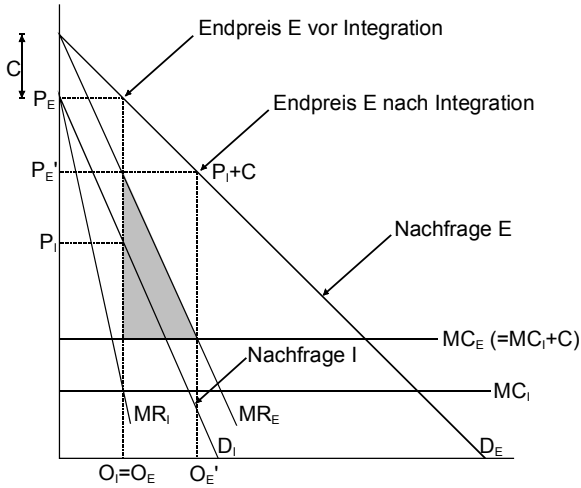


Abb. 19: Sukzessive Monopole, vor und nach der Integration

So ist auch die vertikale Integration eines Monopolisten in einen vollkommen kompetitiven Markt u.U. wirtschaftlich effizient, wenn die Verrechnung von Mo- 747

Nachfragekurve nach dem Produkt I (D_I); die Grenzkosten für die Herstellung von E betragen C zzgl. des Preises von I (P_I).

[1195] Ausgeklammert wird hier die Problematik des bilateralen Monopols, in der Monopolist E über genügend Gegenmacht verfügt, um den Monopolpreis für I auf ein Niveau zwischen MC_I und P_I herunterzuhandeln; vgl. DAVIES, Integration, 92.

[1196] Vgl. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 221 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 685 f.; HOVENKAMP, Competition, 374 ff.

nopolpreisen in der Wertschöpfungskette zu Verzerrungen der Produktionsstruktur geführt hat. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Inputfaktoren für die Herstellung eines Produktes in einem variablen Verhältnis zueinander stehen (z.B. die Herstellung durch Maschinen und durch Handarbeit, wobei der Maschinenhersteller ein Monopol hat). Keinen Einfluss auf die Produktionsstruktur hat eine vertikale Integration dann, wenn die Inputfaktoren – wie in Abb. 19 – in einem festen Verhältnis zueinander stehen (z.B. stehen bei der Herstellung von Brot Hefe, Mehl und Wasser in einem relativ fixen Verhältnis). So bleiben Output und Preis im untenstehenden Beispiel (Abb. 20) links (fixes Verhältnis) gleich, während die Integration (also die Monopolisierung des nachgelagerten Marktes) im Beispiel rechts (variables Verhältnis) zu Kosteneinsparungen führt[1197]:

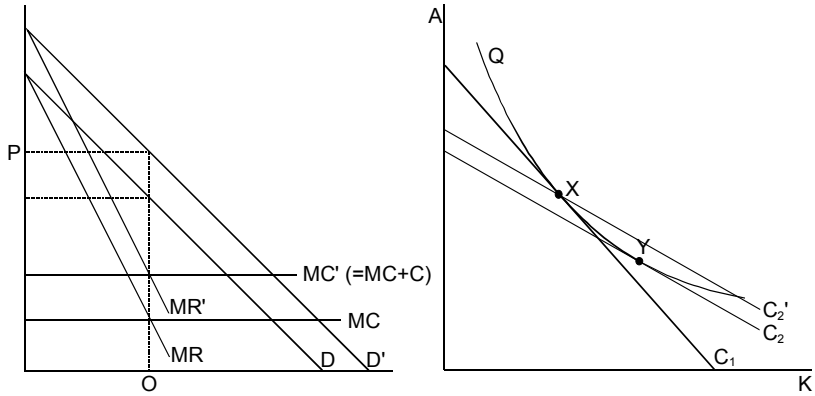


Abb. 20: Vertikale Integration unter fixen und variablen Inputfaktorenverhältnissen

748 So seien im Beispiel links die Grenzkosten für den Monopolisten gleich MC, nach der Monopolisierung auch des nachfolgenden Marktes aufgrund der Übernahme von Kosten (C) gleich MC‘ (MC‘=MC+C). Die Nachfragekurve, vor der Integration gleich D, entspricht nun D‘ (D‘=D+C). Die Gleichgewichtsbedingung (MR, MR‘) ergibt in beiden Fällen den gleichen Output (O) und Endpreis (P). Anders im Beispiel rechts: Die gegebene Menge eines Produktes, die aus den Inputfaktoren A und K hergestellt werden kann, entspricht der Kurve Q. Unter Monopolbedingun-

[1197] Vgl. WILLIAMSON, Antitrust, 32; VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 229 ff.; CHURCH/WARE, Organization, 686 ff.; DAVIES, Integration, 89 ff.

gen im Markt K wird die Produktionsmenge Q unter ineffizientem Faktoreinsatz (Substitution) und Kosten produziert (Isokostenkurve C_1, Produktion bei Punkt X). Bei vertikaler Integration in diesen Markt und dementsprechend Verrechnung des Faktors K zu Grenzkostenpreisen ergibt sich ein neues Verhältnis der Inputfaktoren (Isokostenkurve C_2, Produktion bei Punkt Y), welches deutlich günstiger als vorher ist (vgl. Isokostenkurve C_2‘ als Vergleich).

749 Als Nachteile vertikaler Integration für den Wettbewerb wird insbesondere auch die *Abschottung eines vor- oder nachgelagerten Marktes* für aktuelle und potentielle Konkurrenten[1198] befürchtet (forclosure)[1199]; u.U. können auch Unternehmen zum Marktaustritt gezwungen werden, weil sie die im Markt erforderliche Mindestgrösse nicht mehr erreichen.[1200] Wird die vor- oder nachgelagerte Marktstufe gänzlich aquiriert, so liegen die daraus resultierenden Ineffizienzen schon in der Monopolbildung auf dieser Marktstufe begründet. Auch Preisdiskriminierung (dritten Grades) wird dadurch erleichtert.[1201] Doch auch schon weniger weit gehende Integration kann zu Wohlfahrtsverlusten führen. Wie Abb. 21 zeigt, können aus vertikaler Integration bei zunehmender Konzentration höhere Kosten für nichtintegrierte Konkurrenten entstehen. So nimmt bei vertikaler Integration in einem kompetitiven Markt (links) der handelbare Output zwar ab ($O_2<O_1$), die Preise bleiben jedoch gleich ($P_1=P_2$), da mit dem Output auch die Nachfrage des neu integrierten Unternehmens vom Markt verschwindet. Ist jedoch der Markt schon hoch konzentriert (rechts), so könnten die im Markt verbleibenden Unternehmen in die Lage versetzt werden, Monopolpreise ($P_2>P_1$) zu verrechnen (im Oligopol oder

---

[1198] Aufgrund vertikaler Integration sind potentielle Konkurrenten u.U. zu einem Eintritt auf beiden Marktstufen gezwungen, müssen also ebenfalls voll vertikal am Markt auftreten (two level entry). Dagegen kann eingewendet werden, dass ein Unternehmen auf jeden Fall zur Integration gezwungen ist, wenn diese effizient ist, also zu Kosteneinsparungen führt, was allerdings eine höhere Kapitalbindung nötig macht.

[1199] Vgl. den Überblick über die aktuelle Literatur bei AYDEMIR/BÜHLER, Forclosure, 389 ff.

[1200] So geht der U.S. Supreme Court – anders als einige Circuit Courts –noch von einem per se-Verbot vertikaler Beschränkungen aus, auch wenn beide Marktstufen wirksamem Wettbewerb ausgesetzt sind, vgl. 332 U.S. 218 (1947) «United States v. Yellow Cab Co.»; 334 U.S. 495 (1948) «United States v. Columbia Steel Co.»; 353 U.S. 586 (1957) «United States v. Du Pont Nemours & Co.»; 370 U.S. 294 (1962) «Brown Shoe v. United States».

[1201] Es spielt demnach grundsätzlich auch keine Rolle, ob diese Monopolbildung durch ein Unternehmen, dass in einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig ist, oder ein gänzlich aussenstehendes Unternehmen erfolgt.

Monopol gemäss Grenzerlöskurve MR_2), was zu Restriktionen für die verbleibenden Marktteilnehmer bzgl. Preis und Output führt[1202]:

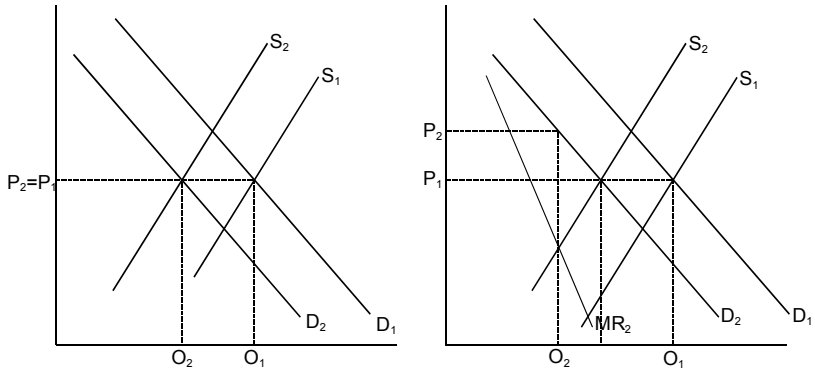


Abb. 21: Abschottungseffekte bei niedriger und hoher Konzentration

750 Zusammenfassend wird vertikale Integration heute in den meisten Fällen als effizient angesehen. Nur unter besonderen Bedingungen, wo z.B. Marktmacht auf einer der betroffenen Marktstufen vorhanden ist, kann der Zusammenschluss zu Abschottungseffekten, Oligopolverhalten sowie Stabilisierung eines Monopols oder horizontaler Kartelle führen, was im Einzelfall näher zu prüfen ist – Einen Beurteilungsraster für forclosure oder Oligopolisierung eines Marktes lässt die Wettbewerbstheorie bisher vermissen.[1203]

i) Konglomerate Konzentration

751 Konglomerate Konzentration betrifft Unternehmen, die weder dieselben Märkte bedienen noch in einer Verkäufer-Käufer Beziehung zueinander stehen; unterschieden werden Zusammenschlüsse zur Markterweiterung (Produkte, geographische Märkte als Grenzfälle horizontaler Integration), Marktverkettung (reciprocal

[1202] Vgl. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 223 ff.; HOVENKAMP, Competition, 379 f.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 356 ff.; KRATTENMAKER/SALOP, Exclusion, 230 ff.; HIRSCH, Economics, 290 ff.; SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 139 f.; AYDEMIR/BÜHLER, Forclosure, 387 ff.,

[1203] Vgl. Merger Guidelines 84, Ziff. 4 (ignoriert forclosure-Theory); HOVENKAMP, Competition, 381 ff.; AREEDA, Analysis, 904 ff.; GREER, Policy, 229 f.; BORK, Paradox, 225 ff., 231 ff.; AYDEMIR/BÜHLER, Forclosure, 393 f.

dealings als Grenzfälle vertikaler Integration) sowie zur Marktdiversifikation (pure conglomerates).[1204] Konglomerate Konzentration soll Verbundvorteile (economies of scope) schaffen, so – als Folge von Grössenvorteilen auf imperfekten Kapitalmärkten – die Kosten für die externe Kapitalaufnahme verringern, Risiko streuen sowie Synergien z.B. im Marketing freilegen (Werbekosten, Vertrieb etc.).[1205] Die Effizienzgewinne halten sich allerdings insbesondere bei Marktdiversifikationszusammenschlüssen in engen Grenzen.[1206] Konglomerate Konzentration kann potentielle Wettbewerber beseitigen oder den Unternehmen missbräuchliche Geschäftsstrategien ermöglichen oder erleichtern (Koppelungspraktiken, Preisunterbietung, Abschreckungsstrategien etc.). Die blosse Möglichkeit missbräuchlichen Verhaltens wird jedoch für die Untersagung eines Zusammenschlusses kaum ausreichen, kreiert doch jeder Zusammenschluss ein grösseres Unternehmen als zuvor. Auch die Beseitigung potentieller Konkurrenten kann nur unter der Bedingung den Wettbewerb beeinträchtigen, dass der betroffene Markt schon hoch konzentriert, zu oligopolistischer Preisbildung neigt und keine sonstigen potentiellen Konkurrenten vorhanden sind; wird durch den Zusammenschluss der Wettbewerb im Markt gestärkt, so fällt das Argument der Erleichterung missbräuchlichen Verhaltens gänzlich dahin.[1207]

11.3 Thesenbildung

Der oben dargestellte wirtschaftswissenschaftliche Wettbewerbsbegriff lässt in verschiedener Hinsicht zu wünschen übrig. Die oben dargestellten Modelle stellen allesamt eine *starke Vereinfachung der Realität* dar und *werden der Komplexität des Marktgeschehens in keiner Weise gerecht*. Aufgrund ihrer oft radikalen Grundannahmen stellen diese Modelle Spezial-, wenn nicht Extremfälle von Märkten dar, 752

[1204] Vgl. GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 358 f.; SCHMIDT, Wettbewerbspolitik, 140 ff.; WILLIAMSON, Antitrust, 117 ff.

[1205] Vgl. VISCUSI/VERNON/HARRINGTON, Regulation, 213 f.; HOVENKAMP, Competition, 552 ff.; CLARKE, Conglomerate Firms, 109 ff.

[1206] Langfristig gesehen liegen viele Konglomerate hinsichtlich der Performance ihrer Aktien unter den Börsenindices. Damit sei ein starkes Indiz gegeben, dass der innerbetriebliche Risikoausgleich durch Programmdiversifikation eher zu Ineffizienz führt; vgl. PÜMPIN, Erfolgspositionen, 64 f.; PORTER, Diversifikation, 30 ff.; SCHERER/ROSS, Market Structure, 167 ff., 172.

[1207] Vgl. HOVENKAMP, Competition, 554 ff.; GREER, Policy, 231 f.; RUFFNER, Grundlagen, 220 f.; GELLHORN/KOVACIC, Antitrust Law, 359; BORK, Paradox, 246 ff.

welche im Wirtschaftsgeschehen keine Entsprechung finden, aber dennoch häufig zur Untermauerung allgemeiner Thesen herangezogen werden. Schon leichtes (ergebnisorientiertes?) «Schrauben» an den Rahmenbedingungen dieser Modelle kann zu diametral gegensätzlichen Resultaten führen.[1208] Überspitzt formuliert führt dies dazu, *dass beinahe jedes Ergebnis einer Kartellrechtsanwendung auch einer ökonomischen Rechtfertigung zugänglich ist*. Als zweite Schwierigkeit ist die Charakterisierung der in Frage stehenden Märkte zu verzeichnen, welche von den Wettbewerbsbehörden oft nur in unzureichendem Mass vorgenommen werden kann. Folgende Konsequenzen können aber für die Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» gezogen werden:

- Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning» und Konzentration auf eindeutig schädliches Verhalten;
- Anwendung eines «rule of reason»-Ansatzes;
- Weitgehender Verzicht auf Wirtschaftspolitik mittels Wettbewerbsrecht;
- Abbau staatlicher Wettbewerbshindernisse und einschränkende Auslegung von Ausnahmebereichen.

11.3.1 Verzicht auf wettbewerbspolitisches «fine tuning» und Konzentration auf eindeutig schädliches Verhalten

753 Insbesondere in Grenzbereichen ist die Beurteilung unternehmerischen Handelns unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten schwierig. Einige Verhaltensweisen (z.B. «überzogene» Ausgaben für Werbung, künstliche Eintrittsbarrieren), die von einer Seite als wettbewerbsschädlich verdammt werden (Harvard), werden von anderer Seite als Ausdruck von Markteffizienz oder aktiven Wettbewerbs begrüsst (Chicago). Die Wettbewerbstheorie ist zudem in einem ständigen Wandel begriffen und wird immer wieder durch neue Elemente (evolutionäre Ansätze, etc.) bereichert. In den Kernbereichen der Wettbewerbstheorie ist hingegen eine *gewisse Konvergenz der Meinungen* feststellbar[1209]:

754 Im Falle *horizontaler Abreden* wird für den Bereich der Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen ein grundsätzliches Verbot befürwortet. Nur in wenigen Fällen werden durch eine solche Abrede (Effizienz-)Vorteile generiert, welche die entste-

[1208] Gl.M. HOVENKAMP, Competition, 73.

henden Nachteile für den Wettbewerb zu überwiegen vermögen. Die Koordinationsleistung wird durch Tolerierung harter Kartelle verschlechtert. Konsequenterweise werden auch Behinderungs- und Ausschlussstrategien, welche eine solche Kartellabsprache stützen sollen, als schädlich für den Wettbewerb anerkannt. Ein generelles per se-Verbot für diese Abreden wird nicht mehr propagiert. Im übrigen wird anerkannt, dass horizontale Abreden auch erhebliche Effizienzen generieren können, so eine Verbesserung der Produktionsstruktur, die Ermöglichung eines Markteintritts oder Reduktion der Transaktionskosten.

Vertikale Abreden werden in aller Regel als unbedenklich beurteilt, solange auf den betroffenen Marktstufen keine Marktmacht vorliegt. Insbesondere Modelle des selektiven Vertriebs (u.U. verbunden mit Gebiets- und Kundenbeschränkungen) senken häufig die Transaktionskosten und geben Anreize zur verstärkten Marktbearbeitung durch Beseitigung von free rider-Problemen. Die damit einhergehenden Beschränkungen des intra-brand Wettbewerbs werden im Hinblick auf den verstärkten inter-brand Wettbewerb in Kauf genommen.[1210] Auch Koppelungspraktiken und Preisbindungen zweiter Hand werden in diesem Sinne nicht mehr als generell unzulässig erachtet. 755

Einige Divergenzen sind nach wie vor im Bereich *strategischen Verhaltens, horizontaler und vertikaler Unternehmenskonzentration* zu verzeichnen. Die neue Industrieökonomik zeigt, dass unter gewissen Umständen preisliche und nichtpreisliche Behinderungsstrategien durchaus plausibel erschienen. Im Bereich der Fusionskontrolle wird heute – abgesehen von Vertretern der Chicago-Schule, die diese rundweg ablehnen – mehrheitlich ein Ansatz vertreten, der sowohl der Gefährdung des Wettbewerbs durch die strukturelle Veränderung als auch den durch einen Zusammenschluss generierten Vorteilen hinsichtlich Skaleneffekten, Transaktionskosten, etc. den gebührenden Raum gibt. Weitgehende Einigkeit herrscht darin, dass diese Strategien als Wettbewerbsbeschränkungen nur unter gewissen strukturellen Voraussetzungen Sinn machen, sprich wenn die Märkte hoch konzentriert sind und Marktmacht vorhanden ist bzw. zu entstehen droht. 756

[1209] Vgl. z.B. AUDRETSCH, views, 135 ff., 146 ff.; RUFFNER, Grundlagen, 192 ff.; HOVENKAMP, Competition, 73 f.; JAEGER, Fundierung, 441 ff.

[1210] Zu den möglichen Auswirkungen selektiver Vertriebssysteme auf den Wettbewerb MEIER-SCHATZ, Wettbewerbspolitische Grundlagen, 249 ff., 307 ff.

757 Ausserhalb dieses «Kernbereichs» ist bei der Auswahl des jeweils geeigneten ökonomischen Modells zur Beurteilung unternehmerischen Verhaltens Zurückhaltung angebracht. Es erscheint aufgrund der Vielfalt der Erklärungsansätze unumgänglich, die einem Entscheid zugrundeliegende Theorie im Allgemeinen und hinsichtlich des in Frage stehenden relevanten Marktes im Besonderen einem *Plausibilitätstest* zu unterziehen[1211]:

- Sind die dem Modell zugrundeliegenden Annahmen hinsichtlich der Marktbedingungen im Allgemeinen plausibel (extreme Elastizitäten, Eintrittsbedingungen etc.)?
- Ist das im Modell beschriebene Verhalten für den in Frage stehenden relevanten Markt plausibel (besitzt das fragliche Unternehmen überhaupt Marktmacht etc.)?

758 Stimmen die Handlungsempfehlungen verschiedener Modelle überein, so werden sich weniger Anwendungsprobleme als bei widersprüchlichen Aussagen ergeben, welche eine Auswahl im Sinne eines Werturteils verlangen. Wie bei Anwendung der einzelnen Auslegungselemente im Allgemeinen ist auch hier *keiner wettbewerbstheoretischen Schule oder keinem wettbewerbstheoretischen Modell a priori der Vorzug einzuräumen*. Das Gewicht einer wettbewerbstheoretischen Handlungsempfehlung ist anhand seiner Ergiebigkeit im konkreten Einzelfall und Plausibilität (empirischen Belegbarkeit) zu bestimmen, wobei auch auf ein befriedigendes, vernünftiges und praktikables Ergebnis zu achten ist.[1212]

759 *Von einem Versuch der Feinsteuerung des Wettbewerbs bzw. des Marktprozesses ist abzusehen.* Das Anstreben oder Festschreiben eines Marktergebnisses (Preise, Mengen, etc.) durch Intervention der Wettbewerbsbehörden erscheint aufgrund der Komplexität des Marktprozesses und des beschränkten Wissens der öffentlichen Akteure als nicht möglich, aber auch nicht als wünschenswert, würde doch die Wettbewerbswirtschaft im Kern auf eine Planwirtschaft reduziert. Dementsprechend sind auch minderschwere Wettbewerbsbeschränkungen zu tolerieren, erscheint doch der potentielle Nutzen aus einer Intervention im Vergleich zum Auf-

[1211] In diesem Sinne wohl auch HOVENKAMP, Competition, 67, 73. Einen Plausibilitätstest sehen auch BORCHERT/GROSSEKETTLER, Wettbewerbstheorie, 248 f. für die Feststellung von Funktionsstörungen im Markt in dem Sinne vor, dass das beobachtete Verhalten theoretisch erklärbar sein muss.

[1212] Vgl. I/3.2.

wand der Marktabklärung und der Möglichkeit eines Fehlentscheids (v.a. Typ I Fehler) als zu gering.[1213]

760 *Das schweizerische Kartellgesetz berücksichtigt diese Anliegen*, einerseits durch den – schon in der Verfassung niedergelegten (Art. 96 Abs. 1 BV) – Verzicht auf Verfolgung unerheblicher Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 5 Abs. 1 KG e contrario) sowie vorgeschalteten Strukturtests bei missbräuchlichen Strategien und Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 7 Abs. 1 KG bzw. Art. 9 KG), andererseits durch die Verschärfung des verfahrensrechtlichen Instrumentariums im Falle der «Kernbeschränkungen» des Wettbewerbs, also horizontalen Preis- Mengen- und Gebietsabsprachen und gewissen vertikalen Abreden (Art. 5 Abs. 3 KG, Art. 5 Abs. 4 und 49a E KG01).[1214] Zudem schafft die Generalklausel «wirksamer Wettbewerb» die Grundlage für den Einbezug verschiedenster, im Einzelfall jeweils als geeignet erscheinender wettbewerbstheoretischer Beurteilungsmuster.[1215] Entgegen dieser (systematischen) Auslegung erachtet die Wettbewerbskommission in Anlehnung an das Europäische Recht (insbesondere Art. 4 VO [EG] Nr. 2790/1999) einige Arten von Wettbewerbsabreden ungeachtet der Marktsituation als grundsätzlich erheblich. Mag dies im Fall von sog. «hard core cartels», also horizontalen Abreden über Preise, Mengen und Gebiete aufgrund der Anlage des Gesetzes (Art. 5 Abs. 3 KG) und dem aktuellen Wissensstand der Wettbewerbstheorie gerechtfertigt sein, erscheint dies bei vertikalen Wettbewerbsabreden kaum begründbar. Es ist nicht zu erwarten, dass eine vertikale Wettbewerbsabrede *bei fehlender Marktmacht* erhebliche wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu entfalten vermag, wenn nicht weitere Faktoren, wie kumulative Effekte durch parallele Vertriebssysteme, hinzukommen.[1216] Es wäre daher angebracht, zumindest Bagatellfälle nach Ziff. 4 der Bek. Vertikalabreden ungeachtet der Art der Abrede als unerheblich zu betrachten. Es ist auch fraglich, ob bei einem Marktanteil von 10% gemäss Ziff. 4 Bek. Vertikalabreden schon Marktmacht vorliegt; auch die Europäische Kommission geht hier inzwischen von einem Anteil von 15% aus.[1217]

[1213] Vgl. WEGNER, Pathologie, 367 ff.; BUDZINSKI, Ordnungsökonomik, 247 ff.; RUFFNER, Grundlagen, 240; VON HAYEK, Wissen, 12 ff.; STREIT, Thesen, 223.
[1214] Vgl. II/2.3.1 und II/5.3.
[1215] Vgl. I/2.2, N 27 und II/3.3.2.
[1216] Vgl. II/11.2.3, e).
[1217] Vgl. II/10.2.1 und II/10.3.1, b). Kritisch auch MEINHARDT/MERKT, Meilenschritt, 18.

11.3.2 Anwendung eines «rule of reason»-Ansatzes

761 Per se-Regeln für die Beurteilung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens werden v.a. von den Systemtheoretikern propagiert. Sie erhöhen unbestrittenermassen die Rechtssicherheit der betroffenen Unternehmen und senken die Kosten der Rechtsanwendung. Sie entsprechen darüber hinaus am ehesten einem offenen, sich selbstorganisierenden System, da sie lediglich bestimmte Verhaltensweisen verbieten und damit den Wirtschaftssubjekten die Möglichkeit lassen, bekannte wie unbekannte alternative Handlungsmöglichkeiten zur Verwirklichung ihrer eigenen Ziele zu ergreifen. Einen Vorteil gegenüber Einzelfalltests weisen sie aber nur dann auf, wenn ein Verhalten eindeutig als wettbewerbsschädlich eingestuft werden kann, was am ehesten für die horizontalen «Kernbeschränkungen» zutreffen dürfte (horizontale Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen). Als Folge der Komplexität und des evolutorischen Charakters von Marktprozessen ist jedoch die eindeutige Qualifizierung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht möglich, was die Wahrscheinlichkeit von Typ I und Typ II Fehlern erhöht. Als Ausweg oder Kompromiss werden je nach Standpunkt die Anwendung von *per se-Regeln mit fallweiser Anwendung einer rule of reason* (Einzelfalltest als Ausnahme zur Minimierung von rent seeking der Behörden und Unternehmen) oder die generelle *Anwendung ein- oder mehrstufiger strukturierter Einzelfalltests* (Ausscheidung unbedenklicher Fälle anhand von einfachen Strukturdaten) angeboten.[1218]

762 Das *schweizerische Kartellgesetz* verbietet keine wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise per se, sieht also für alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen einen grundsätzlichen rule of reason Test vor. Im Bereich der Wettbewerbsabreden besteht allerdings eine Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs – und damit der Unzulässigkeit – bei gewissen horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen («Kernbeschränkungen»). Von einem per se-Verbot mit Ausnahmeklausel zu sprechen wäre hier aber verfehlt, entfaltet doch die Vermutung in der Praxis keine durchschlagende Wirkung.[1219] Im Bereich der strategischen Verhaltensweisen und

[1218] Vgl. STREIT, Thesen, 222 f.; HOPPMANN, Marktmacht, 229 ff.; RUFFNER, Grundlagen, 228 ff.; MOLITOR, Wirtschaftspolitik, 56 ff.; LUCKENBACH, Grundlagen, 380 ff.
[1219] Vgl. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, 98 ff. und II/9.2.

der Zusammenschlusskontrolle greift der Gesetzgeber auf mehrstufige strukturierte Einzelfalltests zurück.[1220]

11.3.3 Weitgehender Verzicht auf Wirtschaftspolitik mittels Wettbewerbsrecht

763 Art. 8 und 11 KG ermöglichen eine Relativierung des Primats der Wettbewerbskoordination zugunsten anderer öffentlicher Interessen.[1221] Schon aufgrund verfassungskonformer Auslegung muss die Frage gestellt werden, ob die Absegnung der Determinierung von Marktbedingungen durch Private (Kartellmitglieder) mittels bundesrätlichen Entscheids rechtsstaatlichen Erfordernissen genügen kann (Art. 164 BV).[1222] Wegen des weiten Beurteilungsspielraums der Regierung sind auch in Deutschland, das in den §§ 8 und 42 GWB analoge Regelungen kennt, rechtspolitische Bedenken laut geworden; bei der Zusammenschlusskontrolle wird dort das rent seeking der Unternehmen und Verbände immerhin durch die Pflicht zur Einholung eines Gutachtens der unabhängigen Monopolkommission begrenzt.[1223]

764 Mit der durchaus wünschenswerten institutionellen (Wettbewerbskommission und Bundesrat)[1224], aber nicht instrumentell erfolgten Trennung von wettbewerblichen und anderen wirtschaftspolitischen Zielen ist der Kartellgesetzgeber auf halbem Weg stehengeblieben, da die simultane Realisierbarkeit dieser konkurrierenden Ziele begrenzt ist. Nach der TINBERGENschen Regel ist zur Realisierung eines jeden (wirtschaftspolitischen) Ziels zumindest ein Mittel erforderlich, welches unabhängig von anderen Instrumenten wirkt.[1225] Daraus folgt auch, dass verteilungspolitische Massnahmen soweit als möglich allokationsneutral durchzuführen sind, also ohne die Effizienz durch Eingriffe in den Wettbewerb zu beeinträchtigen; soziale Ziele sind hingegen durch Steuern und Transferzahlungen zu verwirklichen.[1226] Die Regelungen von Art. 8 und 11 KG erfüllen dieses Postulat nicht.

[1220] Vgl. II/2.2.1, b), N 79, II/2.2.1, d), N 87 und II/2.3.3.
[1221] Vgl. II/2.2.1, e).
[1222] Vgl. II/5.3.1, b).
[1223] Vgl. IMMENGA, Kommentar zu § 8 GWB, N 24 ff. m.w.H.
[1224] Vgl. II/5.2.2, b).
[1225] Vgl. TINBERGEN, Economic Policy, 53 ff., 55 f.; LUCKENBACH, Grundlagen, 357 ff.
[1226] Vgl. SCHÄFER, Allokationseffizienz, 13 f.; SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse, 31; COOTER/ULEN, Economics, 104 ff.; HOTZ-HART/MÄDER/VOCK, Volkswirtschaft, 55; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, 111.

765 Art. 8 und 11 KG sind daher einschränkend auszulegen. Wie schon der Wortlaut der Bestimmungen impliziert, muss der Nachweis erbracht werden, dass die Wettbewerbsbeschränkung zur Verwirklichung öffentlicher Interessen notwendig ist, das angestrebte Ziel demnach durch Wettbewerb oder weniger schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen nicht auch erreichbar ist. *Hier ist auch zu prüfen, ob nicht eine gesetzliche Regelung hätte getroffen werden können.*[1227] Gemeint ist hier nicht die Gewährung staatlicher Kredite und Bürgschaften z.B. zur Sanierung notleidender Unternehmen, sondern vielmehr hoheitliche Regelungen, die übergeordneten politischen Gesichtspunkten Rechnung tragen sollen.[1228] In den meisten Fällen wird die bundesrätliche Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen wohl die schneller zu realisierende Lösung darstellen, doch erscheint zumindest im Falle von Wettbewerbsabreden (und theoretisch auch marktbeherrschenden Unternehmen) die *spätere Ablösung der Zulassung durch ein Gesetz als wünschenswert*. Ohnehin sind Zulassungen nach Art. 8 KG zeitlich zu befristen (Art. 31 Abs. 3 KG), was den Weg für eine spätere gesetzgeberische Lösung ebnet. Bei Unternehmenszusammenschlüssen ist dagegen eine zeitliche Befristung undenkbar (Art. 36 KG e contrario), einerseits weil ein Eingriff in die durch einen Zusammenschluss geschaffenen dauerhaften Strukturen unverhältnismässig erschiene[1229], andererseits weil der Gesetzgeber das Instrument der Entflechtung nur extremen Fällen vorbehalten wollte (Art. 37 Abs. 4 lit. a KG). Hier ist umso mehr darauf zu achten, dass die angerufenen öffentlichen Interessen von langfristiger Bedeutung sind, dass also Zusammenschlüsse z.B. nicht als Hilfsmittel der Konjunktursteuerung gerechtfertigt werden können.[1230] Auf jeden Fall enthält «notwendig» i.S.v. Art. 8 und 11 KG auch die Komponente der zeitlichen Dringlichkeit in dem Sinne, dass die Anwendung der genannten Bestimmungen auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben muss, in denen eine gesetzgeberische Lösung nicht rechtzeitig verfügbar ist.

[1227] Gl. M. in Bezug auf die Auslegung von § 8 GWB MÖSCHEL, Zigarettenhersteller, 463 ff., 465; vgl. auch IMMENGA, Kommentar zu § 8 GWB, N 49 f.; a.M. BAUDENBACHER, Vereinbarungen, 692 f., 695 ff. im Falle von zwischen dem Staat und den Unternehmen abgeschlossenen Selbstbeschränkungsabkommen; dies zumindest unter der Voraussetzung, dass keine fremden Gesetzgebungskompetenzen vereinnahmt werden.

[1228] Vgl. IMMENGA, Sanierungsfusion, 350.

[1229] Vgl. z.B. BORER, Kommentar, 394.

[1230] Vgl. MESTMÄCKER/VEELKEN, Kommentar zu Art. 42 GWB, N 28.

11.3.4 Abbau staatlicher Wettbewerbshindernisse und einschränkende Auslegung von Ausnahmebereichen

766 Die Schaffung «wirksamen Wettbewerbs» soll nach dem Willen des Kartellgesetzgebers nicht auf die Beseitigung privater Wettbewerbsbeschränkungen beschränkt bleiben.[1231] Im Nachgang der Ablehnung des EWR-Abkommens lancierte der Bundesrat am 24. Februar 1993 ein *Programm zur marktwirtschaftlichen Erneuerung* der Schweiz, das insbesondere auf eine Öffnung der Märkte und eine Intensivierung des Binnenwettbewerbs zielt.[1232] Praktisch in allen Wirtschaftsbereichen setzte in der Folge eine Liberalisierungs- und teilweise Privatisierungswelle ein und der Abbau v.a. interkantonaler Marktzutrittsschranken wurde vorangetrieben.[1233] Heute kann festgestellt werden, dass dieser Prozess nach anfänglichen Erfolgen[1234] zum Stillstand gekommen ist.

767 So bildet die schweizerische Volkswirtschaft noch immer *keinen einheitlichen Binnenmarkt*. Zwar konnten in einzelnen Teilbereichen Marktschranken von geringer Bedeutung abgebaut werden, doch konnte – v.a. in stark segmentierten Branchen mit hohen Marktschranken keine Intensivierung des Wettbewerbs und auch keine Preiswirkung in Folge des BGBM festgestellt werden. Zurückzuführen sei dies auf die überwiegend föderalismusfreundliche Rechtsprechung des Bundesgerichts[1235], die nach Art. 3 BGBM zu einfach angelegte Beschränkungsmöglichkeit des Marktzugangs durch die Kantone und die ungenügende Rechtsdurchsetzung aufgrund des auf Private ausgerichteten Klageverfahrens.[1236] Aufgrund solcher verbleibenden Wettbewerbshindernisse bleibt auch heute noch der relevante Markt teilweise auf ein Kantonsgebiet beschränkt.[1237]

[1231] Vgl. II/3.2.4, c), N 133 und II/3.2.4, d), N 140. Vgl. auch CLERC, marchés publics, 7 ff.; JAEGER, Fundierung, 441 ff.
[1232] Vgl. II/3.2.1.
[1233] Vgl. II/2.2.4.
[1234] Vgl. dazu LIENHARD, Deregulierung, 191 ff.; STAMPFLI, Interkonnektion, 75 ff., 86 f.
[1235] Vgl. z.B. BGE 125 II 315 «Rechtspraktikantenbewilligung»; BGE 125 I 322 «Heilpraktiker»; BGE 125 I 276 «Zahnprothetiker»; 125 I 267 «X./Justizdepartement GR»; zur Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen Binnenmarkt die Übersicht bei VALLENDER/HETTICH, Erlasse, 248.
[1236] Bericht BGBM, 6027 ff., 6040 f.
[1237] Vgl. die Hinweise in II/10.3.1, a), N 636.

768 Im Infrastrukturbereich ist das Gewicht der ehemaligen staatlichen Monopolbetriebe auch Jahre nach der Marktöffnung immer noch erdrückend[1238]. Im *Fernmeldewesen* ist die Swisscom im Bereich des local loop praktisch einziger Anbieter; im Bereich der Mietleitungen ist sie nach wie vor marktmächtig.[1239] Der Mobilfunkmarkt weist oligopolistische Tendenzen auf.[1240] Die restriktive Auslegung von Art. 11 FMG durch das Bundesgericht hat zur Folge, das Mietleitungen dem Interkonnektionsregime nicht unterstehen und auch eine Entbündelung der Teilnehmeranschlüsse nicht gestützt auf diese Bestimmung möglich ist, was die Stellung der neu in den Markt getretenen Firmen zusätzlich schwächt.[1241] Das Bundesgericht führt zu dieser Problematik aus[1242]:

> «Es darf nun aber nicht geschlossen werden, der Liberalisierungszweck des Fernmeldegesetzes bedinge, dass im Hinblick auf die Mitbenutzung der Infrastrukturen anderer Fernmeldedienstanbieter wenigstens das Interkonnektionsregime zu greifen habe, wenn die übrigen Zwangsmittel der staatlichen Wirtschaftsordnung versagen. Diese bietet selbst dort, wo es um den Übergang von einem ursprünglich staatlichen Monopol zur Wettbewerbswirtschaft geht, keinen flächendeckenden Schutz für Aussenseiter oder Neueinsteiger, sondern eben nur ausgewählte punktuelle Erleichterungen, für die ein genügend gewichtiges öffentliches Interesse besteht.»

769 Dass auch eine im Sinne des «wirksamen Wettbewerbs» geführte Auslegung denkbar wäre, zeigt der folgende Auszug aus dem Entscheid der Kommunikationskommission[1243]:

> «Im Rahmen des Telekomliberalisierungsprozesses stellt die Interkonnektionspflicht ein zentrales Steuerungselement dar. In der Botschaft zum FMG hielt der Bundesrat fest, dass marktbeherrschende Anbieterinnen neuen Konkurrenten nicht mit prohibitiven Preisen und technischen Auflagen den Zugang zum Netz

---

[1238] Vgl. NZZ Nr. 260 vom 8.11.2001 «Wie stark liberalisiert ist der Telekom-Markt? – Schweizer Unternehmen bleiben der Swisscom treu», 27; NZZ Nr. 262 vom 10.11.2001 «Sunrise hofft auf ersten Quartalsgewinn», 28 und NZZ Nr. 225 vom 28.9.2001 «Nichts Neues in der Leitung – Unsichere Zukunft der Cablecom behindert Wettbewerb», 77.

[1239] Vgl. II/9.2.5, n).

[1240] Vgl. II/9.2.6, xx); weiter NZZ Nr. 288 vom 11.12.2001 «Die Liberalisierung stockt noch – Eine Zwischenbilanz zur Telekom-Marktöffnung in der Schweiz»; Pressemitteilung der Wettbewerbskommission vom 17.10.2002.

[1241] So der auf den BGerE vom 3.10.2001, 2A.503/2000 und 2A.505/2000 «Commcare/Swisscom» gestützten Entscheid der Kommunikationskommission vom 5.2.2002 «TDC Switzerland AG/Swisscom».

[1242] BGerE vom 3.10.2001, 2A.503/2000 und 2A.505/2000 «Commcare/Swisscom», E. 6b.

[1243] Entscheid der Kommunikationskommission vom 5.2.2002 «TDC Switzerland AG/Swisscom», 15. Vgl. auch WEBER, Interkonnektion V, 30 ff. und WEBER, Entbündelung, 338 ff.

> verbauen können sollen. So müsse die ehemalige Telecom PTT (...) in Marktsegmenten, die sie auch nach 1998 noch dominiere, den Konkurrenten den Netzzugang zu angemessenen Bedingungen ermöglichen (Botschaft (...) [FMG], S. 1418 f.). Eine sehr wichtige Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb im Fernmeldewesen ist der Zugang zum Anschlussbereich. Diesen aus dem wichtigsten Liberalisierungsinstrument, dem Interkonnektionsregime, auszuklammern, ist mit den Zielvorgaben und Zweckbestimmungen des FMG nicht kompatibel. Eine Auslegung des Interkonnektionsbegriffs in Richtung Entbündelungsverpflichtung liesse sich mit diesem teleologischen Auslegungselement rechtfertigen.

770 Sowohl im *Post- als auch Eisenbahnverkehr* ist die Liberalisierung noch zögerlicher verlaufen. Im Postbereich bleibt der Liberalisierungsgrad einiges hinter dem (eigentlich bescheidenen) Stand der EU zurück (Art. 3 PG, Art. 7 RL Postdienste). Lediglich auf dem Paketmarkt kann von Wettbewerb gesprochen werden.[1244] Im Eisenbahnverkehr herrscht zwar freier Netzzugang (Art. 9 ff. EBG) und der regionale Personenverkehr wird nach Bestellprinzip in öffentlichen Ausschreibungen vergeben (Art. 49 ff. EBG), doch baut der Staatsbetrieb seine Position mittels Kooperationen beständig aus und hält auch Jahre nach Verabschiedung der Bahnreform einen überragenden Marktanteil.[1245]

771 Der *Elektrizitätsmarkt* wurde von der Wettbewerbskommission unter Anwendung der essential facilities doctrine geöffnet (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund).[1246] Theoretisch könnte aufgrund dieser Rechtsprechung die Wahl des Versorgers nicht nur Grossunternehmen, sondern auch Kleinbezügern ermöglicht werden. Entsprechende Vorstösse sind aber nicht zu verzeichnen. Das im Dezember 2001 verabschiedete Elektrizitätsmarktgesetz (EMG) wurde in der Volksabstimmung vom 22. September 2002 aufgrund Ängsten vor Verlust an «Service Public» abgelehnt. Die Wirkungen daraus für den Kleinkonsumenten sind noch nicht absehbar.[1247]

772 Die an das neue *Landwirtschaftsgesetz* (LwG) gestellten Hoffnungen auf eine Rücknahme staatlicher Verantwortung zugunsten des Wettbewerbs haben sich

---

[1244] Vgl. NZZ Nr. 128 vom 6.6.2001 «Vorstoss der GeoPost in den Schweizer Paket-Markt», 27.

[1245] Vgl. NZZ Nr. 72 vom 27.3.2001 «Mit neuer Gesellschaft in den Wettbewerb», 13; NZZ Nr. 112 vom 16.5.2001 «SBB und BLS unterzeichnen Basisvereinbarung», 14 und NZZ Nr. 190 vom 18.8.2001 «Grünes Licht für Regionalbahn Ostschweiz – Kooperation von SBB und MThB», 13.

[1246] Vgl. II/9.2.5, q) und II/9.2.5, t).

[1247] Vgl. die Einschätzung der Lage in NZZ Nr. 80 vom 5.4.2001 «Elektrizitätsmarktgesetz und Service Public – Das Referendum als Übung am falschen Objekt», 15.

angesichts der nach Inkrafttreten des Gesetzes eingesetzten Regelungsflut nicht erfüllt.[1248]

773 Unter diesen Umständen ist der Vorstoss der GPK NR zu begrüssen, der Wettbewerbskommission das Recht zu geben, als restriktiv empfundene Regelungen von Gemeinden und Kantonen vor ein Gericht zu bringen.[1249] Auf diese Weise lässt sich die Liberalisierung auf Bundesebene freilich nicht vorantreiben. Zu unterstützen ist daher die weite Auslegung des Geltungs- und Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes, wie sie bisher von der Wettbewerbskommission betrieben wurde. Da sich das Bundesgericht, aber auch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, mit ihrer mehr formalen als funktionalen Auslegung des Kartellgesetzes und anderer Marktgesetze als eigentliche Trutzburgen protektionistischer Regeln und kartellistischer Absprachen erwiesen haben, ist eine Normpräzisierung, u.U. auf dem Verordnungsweg, angebracht. Es wäre aber wünschenswert, wenn diese Instanzen künftig den funktionalen Aspekten der genannten Erlasse, aber auch dem historischen Willen des Gesetzgebers mehr Gewicht beimessen würden.

[1248] Vgl. VALLENDER/VEIT, Skizze, 69.
[1249] Vgl. Bericht BGBM, 6035.

Teil III: Vereinigung der gebildeten Thesen

Wirksamer Wettbewerb als konkretisierungsbedürftige Generalklausel

Das Wirtschaftsrecht ist durch verschiedene Typenmerkmale geprägt, welche angesichts der Unmöglichkeit einer klassenlogischen Definition eine typologische Umschreibung des Wirtschaftsrechts als eigenständiges Rechtsgebiet ermöglichen. Diesen per definitionem typenbestimmenden Merkmalen des Wirtschaftsrechts ist auch bei der Konkretisierungsarbeit Rechnung zu tragen. Die typenbestimmenden Merkmale einer wirtschaftsrechtlichen Norm sind m.a.W. nicht durch entgegengesetzte Auslegung zu relativieren. Ihnen kann durch entsprechende Erweiterung des klassischen Methodenkanons der Auslegung Raum gegeben werden. Dagegen erhöht der Rückgriff nur auf den klassischen Methodenkanon im Wirtschaftsrecht – wie die Rechtsprechung zeigt – das Risiko von Fehlentscheiden (Typ I und Typ II Fehler), sei es aufgrund des Einbezugs empirisch nicht abgesicherter Alltagstheorien oder aufgrund des Rückgriffs auf gerade greifbare Scheinargumente. Letztere erweisen sich in der wirtschaftsrechtlichen Rechtsprechung als solche sehr formaler Art und vermögen den Rechtssuchenden in materieller Sicht nicht zu befriedigen. Auch in anderen Rechtsgebieten kann realistischerweise nicht einfach an deren spezifischen Eigenheiten vorbeigesehen werden. 774

«Wirksamer Wettbewerb» als typisch wirtschaftsrechtlicher Begriff ist eine Generalklausel, deren Konkretisierung in erster Linie dem Rechtsanwender obliegt. Die Verwendung der Generalklausel soll nach dem Willen des Gesetzgebers eine anpassungsfähige, «wirksame» Wettbewerbspolitik und Offenheit für neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse sicherstellen. Zu Bekämpfen sind schädliche Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen (Art. 5 KG), missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG), wettbewerbsgefährdende Marktstrukturen (Art. 10 KG) sowie Wettbewerbsverfälschungen und übermässige Wettbewerbsbeschränkungen in wirtschaftsrechtlichen Erlassen des Bundes und der Kantone (Art. 45 KG). Ausgangspunkt der Beurteilung bildet jeweils die Auswirkung dieser Verhaltensweisen. 775

Es erstaunt nicht, dass «wirksamer Wettbewerb» aufgrund des Wortlauts nicht konkretisiert werden kann. Der Begriff bleibt sowohl in seiner Intension als auch 776

Extension vage. Vor allem durch Beizug der Wettbewerbstheorie gewinnt der Begriff an Substanz. Doch eine Übernahme des wirtschaftswissenschaftlichen Begriffs kann nicht ohne eine zumindest funktionelle Transformation erfolgen, ergründen die Wirtschaftswissenschaften doch in erster Linie Seinszusammenhänge, wogegen die Wirtschaftsrechtswissenschaft eine an der Würde des Menschen ausgerichtete Wirtschaftsverfassung implementiert (SCHLUEP). Allerdings ist ein eindeutiger und empirisch abgesicherter Begriff des wirksamen Wettbewerbs auch in der Wettbewerbstheorie noch nicht gefunden. Immerhin zeichnen sich einige Gemeinsamkeiten in den verschiedenen Erklärungsansätzen ab. Dem Rechtsanwender stehen dennoch eine Vielzahl sich widersprechender oder ergänzender Modelle zur Verfügung, auf die er seine Erwägungen stützen kann. Daraus den Schluss zu ziehen, dass von einer aktiven Wettbewerbspolitik angesichts des Risikos von Fehlentscheiden abzusehen ist, wäre aber verfehlt. Dem Rechtsanwender bleibt aber angesichts der herrschenden Meinungsvielfalt – welche im Übrigen auch der Juristerei in den meisten Fragen nicht fremd ist – nichts anderes übrig, als zur Beantwortung seiner wettbewerbsrechtlichen Fragestellung auf den ihm jeweils am geeignetsten erscheinenden Erklärungsansatz zurückzugreifen. Dabei kann ein Plausibilitätstest von Nutzen sein: Einerseits, ob die dem Modell zugrundeliegenden Annahmen hinsichtlich der allgemeinen Marktbedingungen plausibel sind, andererseits, ob das im Modell beschriebene Verhalten für den in Frage stehenden relevanten Markt plausibel erscheint. A Priori ist jedenfalls keiner wettbewerbstheoretischen Schule der Vorrang einzuräumen, lassen sich doch schon im Kartellgesetz selbst schon Elemente verschiedener Schulen und Modelle feststellen.

Abgrenzungsfunktion und Verzicht auf Feinsteuerung

777 Der Begriff wirksamer Wettbewerb nimmt nach der Systematik des Kartellgesetzes zunächst eine Abgrenzungsfunktion wahr. Wettbewerbsabreden sind grundsätzlich unzulässig, wenn sie wirksamen Wettbewerb auf einem Markt beseitigen. Unternehmenszusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, sind grundsätzlich unzulässig. Missbräuchliche Verhaltensweisen von Unternehmen, die aufgrund ihrer Marktstellung in der Lage sind, wirksamen Wettbewerb zumindest erheblich zu beeinträchtigen (Marktbeherrschung), sind grundsätzlich unzulässig.

Die verschiedenen Arten von Wettbewerbsbeschränkungen unterscheiden sich daher – wie die Praxis bestätigt – nur in qualitativer Hinsicht, nach der jeweils zugrundeliegenden Strategie: Kooperation, Behinderung und Ausbeutung sowie Konzentration. Gemeinsam ist den Strategien, dass sie nach dem System des Kartellgesetzes nur dann unzulässig sind, wenn sie ein gewisses, quantitatives Mass überschreiten, welches durch den Grad der Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs gebildet wird. Die erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerb, in jedem Fall aber die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, ist nach heutigem Verfassungsverständnis als volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkung (Art. 96 Abs. 1 BV) zu qualifizieren.

778 Eine Feinsteuerung des Marktprozesses oder eine Verwaltung des Wettbewerbs durch Wettbewerbsbehörden ist – dies zeigt die Wettbewerbstheorie klar – nicht möglich. Auch das Kartellgesetz strebt keinen «vollkommenen», sondern «nur» einen wirksamen Wettbewerb an (Art. 1 KG). Die Systematik des Kartellgesetzes impliziert einen Verzicht auf wettbewerbspolitisches fine tuning dahingehend, dass Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigen, ohne Weiteres zulässig sind. Ebenso unterliegen Verhaltensweisen nicht marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse unterhalb gewisser Schwellenwerte keiner weiteren Prüfung. Bestimmte Arten von Wettbewerbsabreden werden von der Wettbewerbskommission allerdings schon per se als (qualitativ) erheblich erachtet: Es sind dies einerseits horizontale Abreden über die Festlegung von Preisen, Mengen und die Aufteilung von Märkten nach Gebieten und Kundengruppen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, andererseits vertikale Abreden über Preise, Absatzgebiete, Beschränkungen des Verkaufs an Endverbraucher, Beschränkungen von Querlieferungen innerhalb eines selektiven Vertriebssystems, Beschränkungen des Handels mit Ersatzteilen und gewisse Konkurrenzverbote gemäss Ziff. 3 Bek. Vertikalabreden (nun Art. 5 Abs. 4 E KG01 [NR/StR]). Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 KG erweisen sich auch aus Sicht der Wettbewerbstheorie regelmässig als schädlich. Auch der historische Gesetzgeber wollte für diese Abreden mit der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ein faktisches Kartellverbot schaffen. Dagegen urteilt die Wettbewerbstheorie über die genannten vertikalen Kernbeschränkungen ambivalent. Dass z.B. vertikale Preisbindungsverträge in jedem Fall erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb zeigen sollen, scheint ausser im Falle kollektiver Preisbindungssysteme, als fraglich.

Marktanteile als erster Anhaltspunkt zur Feststellung der Wettbewerbssituation (prima facie-Marktstellung)

779 Die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen erfolgt nach dem schweizerischen Kartellgesetz generell aufgrund eines rule of reason-Ansatzes. Nicht in jedem Fall werden jedoch vollständige Analysen durchgeführt. Eine grosse Zahl von Wettbewerbsbeschränkungen kann schon deshalb als zulässig betrachtet werden, weil die Marktstellung der beteiligten Unternehmen für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu schwach ist. Diese Wettbewerbsbeschränkungen werden i.d.R. aufgrund der Marktanteile ausgeschieden (mehrstufiger strukturierter Einzelfalltest).

780 Die Grenzen zwischen zulässigen und unzulässigen Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen und Unternehmenszusammenschlüssen hat die Praxis ausgelotet. Zu diesem Zweck wird in einem ersten Schritt die Stärke der aktuellen Konkurrenz bemessen. Ist die aktuelle Konkurrenz nicht gross genug, muss in einem zweiten Schritt die potentielle Konkurrenz und die Stellung der Marktgegenseite geprüft werden.

781 In der Praxis hat sich gezeigt, dass alle Arten von Wettbewerbsbeschränkungen, bei denen die beteiligten Unternehmen einen Marktanteil von 30% nicht überschreiten, i.d.R. ohne weitere materielle Prüfung als zulässig angesehen werden. Diese Auslegung lässt sich im Wesentlichen auf Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU stützen (betroffene Märkte), der analog auch auf andere Wettbewerbsbeschränkungen als Unternehmenszusammenschlüsse Anwendung findet.

782 Darüber hinaus werden Wettbewerbsbeschränkungen nach eingehender Prüfung i.d.R. zugelassen, wenn die beteiligten Unternehmen nicht mehr als 50% des Marktes auf sich vereinen. Die aktuelle Konkurrenz (Aussenwettbewerb) ist regelmässig stark genug, den wirksamen Wettbewerb in vollem Umfang aufrechtzuerhalten. Wettbewerbsabreden werden daher in diesem Bereich noch als unerheblich taxiert, (einfach) marktbeherrschende Stellungen werden verneint. Auch der Innenwettbewerb unter den Beteiligten ist nicht völlig ausgeschaltet, sei es, weil nur einzelne Wettbewerbsparameter von der Wettbewerbsbeschränkung betroffen sind, sei es, weil Abweichungen von den vereinbarten Parametern festzustellen sind.

Überschreiten die beteiligten Unternehmen die Marktanteilsschwelle von 50%, so liegt regelmässig eine erhebliche Wettbewerbsabrede oder eine einfach marktbeherrschende Stellung vor. Auch hier gilt, dass nur aufgrund der Marktanteile keine abschliessende Qualifikation der Wettbewerbsbeschränkung erfolgen kann. Die Marktanteile sind lediglich ein Indiz, stellen weder hinreichende noch notwendige Voraussetzung für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsabrede oder einer marktbeherrschenden Stellung dar. So beschäftigt sich z.B. ein Teil der Praxis mit Unternehmen, die auf dem relevanten Markt gar nicht tätig sind, doch aufgrund einer Kompetenz zum Erlass der Markt-Spielregeln (Gesetz, Stellung im vor- oder nachgelagerten Markt) den in Frage stehenden Markt dominieren können. Unternehmen, die durch eine Wettbewerbsabrede den Wettbewerb auf einem Markt erheblich beeinträchtigen, verfügen i.d.R. auch über eine marktbeherrschende Stellung. 783

Werden 80% des Marktes durch eine Wettbewerbsabrede koordiniert oder vereinigen die an einem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen 80% des Marktvolumens auf sich, so kann als Richtwert von der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bzw. von der Begründung einer marktbeherrschenden Stellung, durch welche wirksamen Wettbewerb beseitigt werden kann, ausgegangen werden. Doch auch bei derart hohen Marktanteilen schliesst die Wettbewerbskommission nicht ohne Analyse der potentiellen Konkurrenz und der Marktgegenseite auf eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung. 784

Kann im Falle einer unzulässigen Verhaltensweise oder eines Unternehmenszusammenschlusses eine alleinige marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen werden, so ist zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine kollektive Marktbeherrschung vorliegen. Die schweizerische und europäische Rechtspraxis greift zu diesem Zweck auf verschiedene Kriterien zurück, die auf Arbeiten der neuen Industrieökonomik zurückgehen. Aus wettbewerbstheoretischer Sicht sind allerdings nach wie vor grosse Lücken dahingehend zu verzeichnen, wie (stillschweigendes) kollusives Verhalten im Oligopol überhaupt zustande kommt. Erste Ansätze dazu liefert die – allerdings noch in den Kinderschuhen steckende – evolutionäre Spieltheorie, welche auf Basis unendlich wiederholter Spiele Erklärungen dieses Phänomens zu liefern versucht. 785

Kriterien zur Relativierung und Qualifizierung der prima facie-Marktstellung

786 Nicht Teil der in dieser Arbeit zu beantwortenden Fragestellung, aber wichtigste Vorarbeit bei Beurteilung der Wettbewerbssituation ist die Frage der korrekten Abgrenzung des relevanten Marktes. Gerade in der kleinräumigen Schweiz hört der (geographisch) relevante Markt nicht unbedingt an der Landesgrenze auf. Im Gegenteil sind die schweizerischen Märkte – wie die Realien deutlich zeigen – eng mit den europäischen Märkten verflochten. Offene Märkte nicht nur zwischen den Kantonen, sondern auch zu anderen Volkswirtschaften haben darum für die Schweiz eine besondere Bedeutung. Wie das Mobilitätsbarrierenkonzept von CAVES/PORTER zeigt, sind ausländische Konkurrenten am Ehesten zu einem Markteintritt in der Schweiz in der Lage. Da diese i.d.R. weniger anfällig für die Beteiligung an bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen sind, werden durch deren Markteintritt auch eher verkrustete, kartellistische Strukturen aufgebrochen. Das Vorliegen international offener Märkte führt denn auch in der Praxis zu einer im Allgemeinen grosszügigeren Beurteilung von Unternehmenskooperationen und –konzentrationen. Demgegenüber muss Behinderungspraktiken insbesondere gegen ausländische Konkurrenten besonderes Augenmerk gewidmet werden. Leider muss festgestellt werden, dass die Bemühungen um die Schaffung eines schweizerischen Binnenmarktes in den Anfängen steckengeblieben ist. Auch weitreichende, an das europäische Recht angelehnte Liberalisierungsschritte haben für die ehemaligen Monopolbetriebe des Bundes und der Kantone noch kaum zu einem Verlust ihrer marktbeherrschenden Stellungen geführt. Nicht zuletzt die restriktive und teilweise sehr formalistische Auslegung der angesprochenen Marktgesetze durch die Gerichte tragen dazu bei, dass der Wettbewerbsdruck in den Binnenmärkten nach Ansicht der OECD nach wie vor schwach ist.

787 Durch das Konzept der bestreitbaren Märkte haben sich die Grenzen zwischen ausserhalb des Marktes stehenden und im Markt tätigen Unternehmen verwischt. Dennoch testen potentielle Konkurrenten aktuell keine Hypothesenbündel (Handlungsmöglichkeiten) am Markt und tragen deshalb nicht zur Wissensschaffung über erfolgreiche Marktstrategien bei. Sie können aber zukünftig neue Handlungsmöglichkeiten kreieren und damit in den Markt eintreten und entfalten so eine gewisse disziplinierende Wirkung auf die aktuellen Wettbewerber. Sie sind aber nicht als Ersatz für den Wettbewerbsdruck aktueller Konkurrenten zu sehen.

Kommt dazu, dass das Konzept bestreitbarer Märkte nur unter restriktiven Bedingungen anwendbar ist und bisher empirisch nur schwach untermauert werden konnte. Die Praxis gibt der potentiellen Konkurrenz jedoch einiges Gewicht, wenn die Marktzutrittsschranken tief, Marktzutritte wahrscheinlich und diese in einem Zeitrahmen von 2-3 Jahren in grösserem Ausmass realisiert werden könnten. Die neue Industrieökonomik hat hier gezeigt, dass die Höhe der Marktzutrittsbarrieren wesentlich durch strategisches Verhalten (strategische Investitionen, Ausschliesslichkeitsvereinbarungen etc.) beeinflusst werden kann.

Direkt aus dem klassischen, statischen Monopolmodell herleiten lässt sich das Gegengewichtsprinzip, wonach Marktmacht durch Bildung oder Duldung von Gegenmacht kompensiert werden kann. An der Funktionsweise der Arbeitsmärkte lässt sich das Modell leicht verifizieren. In hoch konzentrierten Märkten (bilaterale Monopole oder Oligopole) besteht aber die Gefahr, dass sich die beteiligten Unternehmen zum Nachteil Dritter einigen und die erzielbare Monopolrente unter sich aufteilen. Die Förderung der Gegenmachtsbildung führt zudem zu einer Konzentrationsbewegung in der Volkswirtschaft und begünstigt die Entstehung monopolistischer oder oligopolistischer Marktformen. Das Gegengewichtsprinzip führt in der Praxis insbesondere in Beschaffungsmärkten zu einer sehr grosszügigen Behandlung von Unternehmenskooperationen und –konzentrationen. 788

Eine erhebliche Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs durch eine Wettbewerbsabrede kann dann hingenommen werden, wenn sich die Abrede als notwendig erweist, Herstellungs- und Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen (Rechtfertigungsgründe wirtschaftlicher Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG). Das schweizerische Kartellgesetz unterstellt Unternehmenszusammenschlüssen in gewisser Weise schon von vornherein eine Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz, sieht die Fusionskontrolle doch eine Rechtfertigung eines Zusammenschlusses aus wirtschaftlichen Effizienzgründen – anders als bei Wettbewerbsabreden – nicht vor. Unternehmenszusammenschlüsse sind demnach auch dann ohne Weiteres zuzulassen, wenn sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, durch die wirksamer Wettbewerb «nur» erheblich beeinträchtigt werden kann (Art. 10 Abs. 2 lit. a e contrario). Die Zulässigkeit von Wettbewerbsabreden und Unter- 789

nehmenszusammenschlüssen bestimmt sich danach nach dem gleichen Kriterium: der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

790 Die Praxis hat die wirtschaftlichen Effizienzgründe kaum konkretisiert. Klärungsbedarf besteht vor allem in Bezug auf das Kriterium der rationellen Nutzung von Ressourcen. Dieses ist aufgrund historischer Überlegungen weit auszulegen. Unbestritten ergeben sich dadurch aber Überschneidungen mit der bundesrätlichen Ausnahmekompetenz nach Art. 8 KG, umfasst doch das Kriterium in einer weiten Auslegung auch etwa Umweltschutz- und Ausbildungsaspekte. Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine Wettbewerbsabrede unter diesen Aspekten nur dann nach Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, wenn die Wettbewerbsbeschränkung auch zur Steigerung der wirtschaftlichen Effizienz, also zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen beiträgt. Die Abrede trägt dann mittelbar auch zur Verwirklichung anderer öffentlicher Interessen bei. Eine andere Auslegung von Art. 5 Abs. 2 KG widerspricht dem System und dem Zweck des Kartellgesetzes, welche eine Trennung wettbewerblicher und anderer öffentlicher Interessen vorsehen; auch würde die bundesrätliche Kompetenz zur ausnahmsweisen Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen ausgehöhlt.

791 Die Konkurrenzfähigkeit der schweizerischen Unternehmen im In- und Ausland nach Art. 29 Abs. 2 KG85 (internationale Wettbewerbsfähigkeit) ist im geltenden Kartellrecht nur noch andeutungsweise als Abwägungstopos verankert. Art. 10 Abs. 4 KG des geltenden Kartellgesetzes weist lediglich noch darauf hin, dass der Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb, beispielsweise im Rahmen der geographischen Marktabgrenzung, Rechnung zu tragen ist. Keinenfalls kann diese Bestimmung so interpretiert werden, dass Unternehmen aufgrund der internationalen Wettbewerbssituation eine derart starke Stellung im Heimmarkt gewährt werden kann, dass die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bestünde – eine Situation, die bei einem wirklich offenen, internationalen Markt gar nicht eintreten sollte.

792 Die Folgenbewertung erleichtert die Wahl der rechtsanwendenden Behörden zwischen verschiedenen Entscheidungsalternativen, indem die Vorstellungen des Entscheidenden über die erwartenden Auswirkungen bei hypothetischer Durchführung der einzelnen Entscheidungsalternativen in die Konkretisierung einbezogen werden. Zu unterscheiden ist dabei zwischen regelvollziehenden Folgenerwägungen, die durch das Recht oder Präjudize vorgegeben werden, und regelbildenden, durch

den Rechtsanwender erzeugte Folgenerwägungen. In der Praxis der Wettbewerbskommission zeigen sich Letztere in der Berücksichtigung eines vor sich gehenden Strukturwandels im Markt oder einer bevorstehenden Marktliberalisierung, im engeren Bereich des Unternehmens in der Berücksichtigung eines bevorstehenden Konkurses, eines aufzuholenden Rückstandes im Bereich Forschung & Entwicklung, oder eines bald ablaufenden Patentschutzes. In engem Zusammenhang dazu stehen auch Erwägungen zur Schweiz als kleiner, offener Volkswirtschaft. Die Folgenberücksichtigung findet dort ihr Ende, wo eine solche etwa Wortlaut oder Sinn und Zweck des Kartellgesetzes zuwiderläuft. In diesem Sinne sind die Erhaltung von Produktionskapazitäten oder von Arbeitsplätzen für die Wettbewerbskommission keine relevanten Folgenprognosen (neutrale Folgenbewertung). Insbesondere ist die Zulassung eigentlich zu untersagender Unternehmenszusammenschlüsse im Rahmen von Sanierungsfusionen (failing company defense) dem Bundesrat vorbehalten (Art. 11 KG).

793 Überwiegend im Bereich der Fusionskontrolle ist eine grosse Zahl von parallel in der Europäischen Union laufenden Verfahren zu verzeichnen (Parallelverfahren). In der Regel wirken sich in diesen Verfahren Massnahmen, die auf Grundlage des Europäischen Rechts getroffen werden, auch positiv auf die Wettbewerbssituation in der Schweiz aus. Die Auswirkungen dieser Massnahmen werden in der Praxis der Wettbewerbskommission berücksichtigt, teilweise sogar analog für die Schweiz übernommen. Die Übernahme des europäischen Entscheides ist als Strategie zur Vermeidung von Parallelverfahren zu begrüssen, setzt das Europäische Recht bei Beurteilung internationaler Wettbewerbsbeschränkungen doch den Massstab. Das geltende Recht bietet dazu mit dem Instrument der einvernehmlichen Regelung Hand. Anzumerken ist, dass das Europäische Recht ein höheres Schutzniveau als das schweizerische Kartellgesetz anstrebt.

794 Anders als das Europäische Recht kann das Völkerrecht zur Konkretisierung des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» noch kaum beitragen. Dies soll jedoch die Bedeutung des Völkerrechts im Zusammenhang mit dem Abbau staatlicher Wettbewerbshindernisse nicht schmälern.

Auftrag zur Verwirklichung wirksamen Wettbewerbs

795 Die schweizerische Bundesverfassung konstituiert kein «reines» Wettbewerbssystem. Einerseits nimmt sie bestimmte Bereiche der wirtschaftlichen Leistungserstellung von der Wettbewerbskoordination aus (Art. 94 Abs. 4 BV), andererseits ist die Wettbewerbspolitik auf die Bekämpfung volkswirtschaftlich oder sozial schädlicher Kartelle und anderer Wettbewerbsbeschränkungen beschränkt (Art. 96 Abs. 1 BV). In den übrigen Bereichen ist es der Wettbewerbskommission aufgetragen, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Die Normkonkretisierung hat dementsprechend im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung eines (dem Grundsatz der wirtschaftlichen Effizienz verpflichteten) Wettbewerbssystems zu erfolgen. Nicht wettbewerbliche Argumente sind als Abwägungstopoi nicht zugelassen.

796 Der Koordination durch Gruppenvereinbarung gibt das Kartellgesetz dort Raum, wo diese ausnahmsweise zur Erreichung den Wettbewerb überwiegender öffentlicher Interessen notwendig erscheinen. Institutionell ist diese Entscheidung dem Bundesrat vorbehalten. Der Kartellgesetzgeber stellt damit an private Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, bedeutend niedrigere Zulassungsanforderungen als an gegen den Wettbewerb gerichtete staatliche Massnahmen, welche den Weg der formellen Verfassungsgebung durchlaufen müssen. Bessere Koordinationsergebnisse durch private Wettbewerbsbeschränkungen sind jedoch nicht ausgewiesen. Durch eine nach dem Kartellgesetz unzulässige Wettbewerbsbeschränkung werden die wirtschaftlichen Wahlmöglichkeiten der Marktteilnehmer in erheblichem Masse eingeschränkt oder beseitigt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist anzumerken, dass die bundesrätliche Absegnung dieser «privaten Marktgesetze» kaum dem Erfordernis des Art. 164 BV genügen kann, wonach alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen sind. Auch in Deutschland sind bzgl. der analogen Regelung in den §§ 8 und 42 GWB rechtspolitische Bedenken laut geworden. Ohnehin ist fragwürdig, ob mit dem Instrumentarium des Kartellgesetzes neben dem Wettbewerb auch anderen öffentlichen Interessen Raum gegeben werden soll (TINBERGENsche Regel). Es ist daher im Anschluss an die in Deutschland herrschende Lehre im Rahmen der Erforderlichkeit der Zulassung privater Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfen, ob nicht eine gesetzliche Regelung getroffen werden kann. Die bundesrätliche Zulassung mag in einigen Fällen zwar die flexiblere und schneller zu realisierende Lö-

sung sein, doch ist zumindest die spätere Ablösung durch ein Gesetz im formellen Sinn wünschenswert.

797 Das kartellrechtliche Verfahrensrecht dient der Verwirklichung des materiellen Rechts. Es ist im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Auftrag der Verwirklichung wirksamen Wettbewerbs zu konkretisieren. In diesem Zusammenhang sticht die formalistische Rechtsprechung der kartellrechtlichen Beschwerdeinstanzen ins Auge. Eine überwiegende Zahl von Beschwerdeentscheiden beschäftigt sich mehr mit Fragen formeller als materieller Art. Der mit der Kartellgesetzrevision angestrebten funktionalen Sichtweise von Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere dahingehend, dass Wettbewerbsbeschränkungen unabhängig ihrer Quelle und Ausgestaltung materiell zu beurteilen seien, hat sich das Bundesgericht (noch) nicht angeschlossen. Es hat im Gegenteil durch seine restriktive Auslegung der Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG im Entscheid zum Bücherkartell gezeigt, dass es nicht willens ist, den Vorstellungen des Gesetzgebers zur Schaffung wirksamen Wettbewerbs zum Durchbruch zu verhelfen. Der Ständerat begegnet diesem Missstand teilweise in der aktuellen Revision durch Einführung eines Art. 2 Abs. 1bis KG, welcher den Geltungsbereich des KG ausdehnt. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen legt Verfahrensbestimmungen teilweise so aus, dass der Zweck des Kartellgesetzes geradezu unterlaufen wird. Schwächen weist das geltende kartellrechtliche Verfahrensrecht auch hinsichtlich seiner Präventivwirkung gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf. Insbesondere die Sanktionenordnung führt zu Anreizen in der Kartellbildung, können Bussen heute doch erst im Wiederholungsfall, bei erneuter Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz ausgesprochen werden. Durch Einführung direkter Sanktionen in Art. 49a E KG01 soll diesem Missstand begegnet werden. Die flankierende Einführung eines Melderechts für Wettbewerbsbeschränkungen soll dabei die Rechtsunsicherheit über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Kartells und der damit einhergehenden Sanktionsdrohung mildern. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Neuregelung nicht zu beanstanden. Auch der Einsatz präventiver Verbote zur Kontrolle unternehmerischen Handelns hinsichtlich Gesetzeskonformität und die Schaffung einer allgemeinen Registrierungspflicht für Wettbewerbsbeschränkungen ist unter der geltenden Verfassungsordnung denkbar.

Sachregister

A

Abbruch von Geschäftsbeziehungen *siehe* Verweigerung von Geschäftsbeziehungen

Abgrenzungsfunktion 85, 101 f., 124, 132, 777

Abreden *siehe* Wettbewerbsabreden

Abhängigkeit 735

Abschottung *siehe* Marktabschottung

Abwägungsklausel 78

Adjustment Costs 725

Alleinbezugsverträge *siehe* Exklusivverträge

Alleinvertriebsvereinbarung *siehe* Exklusivverträge

Allokationseffizienz 651 f., 700, 732, 742

Alltagstheorien 38, 309, 312, 774

Ancillary Restraints 710 f.

Änderung des Kartellgesetzes *siehe* Revisionsvorlage

Angebotselastizität 703

Angebotsumstellungsflexibilität *siehe* Umstellungsflexibilität

Anmassung von Wissen 697, 759

Anwaltsgesetz 95 f.

Anwendungsbereich 175, 218, 773

Anpassungskosten *siehe* adjustment costs

Arbeitsmarkt und Countervailing Power 709, 788

Arbeitnehmer 176, 212

Arbeitskosten 288, 733

Arbeitsplätze, Erhaltung 304, 743 f., 792

Auflagen *siehe* Bedingungen und Auflagen

Aufgreifkriterien 122, 189

Aufschiebende Wirkung 247

Aushöhlung der Kompetenzen des Bundesrats 165, 356, 744, 790

Auskunftspflicht 240

Ausländische Konkurrenz 291, 362, 366, 623, 691, 786

Auslegung
- als produktiver Vorgang 34
- Anwendung der Elemente 51 ff.
- Elemente 29, 44 ff.
- Folgenbewertung *siehe dort*
- historisches Element *siehe dort*
- historisch/zeitgemäss 30
- funktionales Element *siehe dort*
- Judikatur und Verwaltungspraxis *siehe dort*
- Kanon, geprägt durch Typenmerkmale 10, 43, 49, 668, 774
- objektive/subjektive 30
- Hermeneutik und 32 ff.
- Realien *siehe dort*
- systematisches Element *siehe dort*
- teleologisches Element *siehe dort*
- Topik und 38 ff.
- Verfassung *siehe dort*
- Völkerrecht *siehe dort*
- Wortlaut *siehe dort*

Ausnahmebereiche 88 f., 175, 195, 199, 210, 218 f., 228, 297, 681, 751, 768 ff.

Ausnahmsweise Zulassung *siehe* Bundesrat

Ausschlussverhalten 721 ff., 754, 777

Ausschreibungsmärkte 329, 439, 441, 477, 484, 487, 543, 630, 641

Aussenwettbewerb 544, 782

Auswirkungen, volkswirtschaftlich und sozial schädliche 72, 114, 174, 209, 232, 246, 795

Auswirkungsprinzip 264, 277, 549

B

Bagatellfälle 76, 87, 549, 553, 760, 781
Bankenkommission 89, 195
Bedingungen und Auflagen 298, 508, 513, 516, 525, 544
Beeinträchtigung des Wettbewerbs
– Grade der 74, 102
– Effizienz und *siehe dort*
– Erheblichkeit *siehe dort*
– Fine Tuning und 75, 99 ff., 162, 179, 752 ff., 760, 777 f.
– Marktbeherrschung und 81, 84, 96
– Rechtfertigung und *siehe dort*
Begründungsnotstand von Entscheidungen 694, 757 ff., 776
Behinderung des Marktzugang *siehe* Marktzugang
Behinderungsverhalten 721 ff., 754, 777
Bekanntmachung Vertikalabreden
– Bagatellfälle 76, 87, 549, 553, 760, 781
– Erheblichkeitsschwellen 76, 104
– Europäisches Recht und 76, 638, 760
– Per Se Erheblichkeit 100, 104, 553, 641, 760, 778
Benützungsgebühren *siehe* Transaktionskosten
Bertrand-Modell 701
Beseitigung wirksamen Wettbewerbs
– Schädlichkeit 76, 739 f., 784
– Gesetzliche Vermutung *siehe* Vermutung
– Rechtfertigung trotz 140, 356, 712, 739
– Unternehmenszusammenschlüsse *siehe dort*
Bestimmtheitsgebot 245
Bestimmtheitsgrad, unterschiedlicher 25
Bestreitbare Märkte *siehe* Contestable Markets
Beteiligungen als Wettbewerbsabrede 329
Bewilligungen 175
Bezugssystem 671
Binnenmarkt, europäischer 551, 636
Binnenmarkt, schweizerischer 95 f., 105, 168, 290, 766 ff., 786
Boykott *siehe* Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
Brand Proliferation 733
Briefmonopol 290
Bruttoinlandprodukt 283
Bücher 142, 354 ff.
Bundesgericht 160, 247, 356, 783, 786, 797
Bundesrat 88 f., 138, 165, 219, 226, 298, 356, 744, 764 f., 790, 796
Bussen *siehe* Revisionsvorlage

C

Chicago Schule
– Effizienzziel 651, 687
– Kartellgesetz und 134, 161
– Leitbild 686 ff., 753, 756
– Preisunterbietung und 727
Competitive Fringe Firm 721 f.
Contestable Markets
– Internationale Märkte 106
– Kartellgesetz und 130, 161
– Leitbild 693, 708, 787
Countervailing Power
– Leitbild 695, 709, 788
– Praxis 538, 543, 780
Cournot-Modell 701
Crazy Player 727
Credible Threat 725

D

Deduktion *siehe* Subsumtionsmodell

Deep Pocket 727

De minimis-Bekanntmachung *siehe* Bagatellfälle

Detailhandel 429, 516

Dienstleistungsverkehr, internationaler 254, 277

Dilemmathese 678, 679, 683, 739

Direkte Sanktionen *siehe* Revisionsvorlage

Direktinvestition 285 f.

Diskriminierung 186, 368, 377, 380, 382, 387, 392, 400, 406

Distributive Ziele 651

Double Marginalization 746 ff.

Draft International Antitrust Code 249

Drohung gegenüber Konkurrenten 316

Drittwirkung 212

Durchsetzung, internationale 139, 260, 264, 266, 277, 642, 646 f.

Dynamic Limit Pricing 723

Dynamische Betrachtung, Verzicht bei tiefen Marktanteilen 416, 421, 447, 454, 779

E

Economies of Scale 290, 700, 708, 710, 723 f., 732, 736 f., 756

Economies of Scope 751

ECOSOC-Entwurf 249

Effizienz

– Beeinträchtigung des Wettbewerbs und 109, 710 ff., 739
– Chicago Schule und 651
– Konzentration 737 f., 745, 751
– Pareto-Effizienz 699
– Politik des Gesetzes 651 f.
– Rechtfertigung von Wettbewerbsabreden *siehe dort*
– Effizienztest 713
– Wettbewerbsabreden 182, 711 ff., 716 ff., 764

EGKS 258, 264

EFTA 250, 261 ff., 285

Eigentumsgarantie 206 f., 211, 658 f.

Eigenvertrieb 366, 379, 400, 447, 495, 735

Eingreifkriterien 122, 191, 646

Einheitstheorie 94

Einkaufsvereinbarung 711

Einschränkung des Absatzes 402

Einvernehmliche Regelung 197, 240, 346, 646

Einzelfalltest *siehe* Rule of Reason

Eisenbahngesetz 98, 105, 290, 770

Elastizität

– der Nachfrage und Marktmacht 700, 703
– des Angebots und potentielle Konkurrenz 705

Elektrizitätsmarkt

– Essential Facilities Doctrine *siehe dort*
– Marktgesetz 98, 290, 771
– Zusammenschlüsse im 444, 522, 566

Entflechtung 534, 765

Entsorgung, gemeinsame 333

Entstehung

– des Kartellgesetzes 109 ff.
– des Wirtschaftsrechts 8

Erfahrungswert 726

Ergebnisorientierung 51, 752

Erheblichkeit

– Bekanntmachung Vertikalabreden 76, 104
– Kriterienkatalog 534 ff., 544, 703, 777

– Marktanteile 76, 87, 100, 103, 538 f., 544, 639 f., 703, 706, 779 ff.
– Per Se Erheblichkeit 100, 104, 553, 641, 760, 778
– Praxis KG85 159
– Unerheblichkeit 87, 100, 179, 225, 316 ff., 760, 777
– Wettbewerbsbeeinträchtigung 75

Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt 236

Ertragsbilanz 285, 288

Essential Facilities Doctrine 407, 410, 414, 736

Ethik 170, 663

Europäische Union
– als Handelspartner 47, 285 f., 291
– Binnenmarkt 551
– Untersuchungsbefugnisse 266, 642

Europäisches (Wettbewerbs)recht
– als Auslegungselement 633
– betroffene Märkte 87
– Fusionskontrollverordnung 84, 545
– Grundzüge 552 ff.
– Gruppenfreistellungsverordnung 76, 545, 638, 760
– Internationale Wettbewerbsregeln und 258, 264, 277
– Kompatibilitätsprüfung 545
– Luftverkehr und 266
– Massstab bei internationalen Zusammenschlüssen 643, 793
– Öffentliches Interesse und 356, 553
– Realien 282
– Unterschiede zum KG 553, 760

Europäischer Wirtschaftsraum, Abkommen 109, 258, 286, 766

Evolutionäre Marktprozesse 697, 761

Evolutionäre Spieltheorie 701, 785

Existenzminimum der Wettbewerbsfreiheit 116

Exit Lag Approach 708

Exklusivverträge 318, 328, 361, 372, 405, 716 f., 733, 755, 778, 787

Expertenkommission, Bericht 125

Exporte 285, 288

Externe Präferenzen, Ausschluss 651

F

Facilitating practices 701

Failing Company Defense 508, 520, 523, 743 f., 792

Fernmeldegesetz 98, 105, 290, 768 f.

Fine Tuning 75, 99 ff., 162, 179, 752 ff., 760, 777 f.

Fixkosten 730

Flexibilität 16

Folgenbewertung
– Auslegungselement 294 f.
– Funktionalität und Folgenorientierung 12, 48
– Präjudize als regelbildende Folgen 296, 300
– Wettbewerbstheorie 297, 309 f.

Forclosure *siehe* Marktabschottung

Forschung und Entwicklung 289, 544, 711, 733, 792

Franchising 714, 717

Free Rider 693, 710 f., 755

Freihandelsabkommen 250, 261 ff., 553

Freiheitsgrade 212, 675, 697

Freistellung 552 f.

Full Line Forcing 718, 728

Funktionales Element
– Begriff 44, 648 ff.
– Eingliederung 668 ff.
– Kritik 653 ff.
– Kaum Anwendung durch das Bundesgericht 160, 177, 532, 773 f., 797

Funktionelle Transformation 64, 672, 776

Funktionalität 12

Funktionsstörung 684
Fusionskontrolle *siehe* Unternehmenszusammenschlüsse
Fusionskontrollverordnung *siehe* Europäisches Wettbewerbsrecht
Fütterungsvorschriften 336

G

GATS 254
GATT 1947/1994 252 f.
Gebietsabsprache *siehe* Marktaufteilung
Gebietsschutz, absoluter 717
Gebühren 726
Gebührenordnung 176
Geldbussen *siehe* Revisionsvorlage
Gegengeschäfte 719, 751
Gegenmachtsprinzip *siehe* Countervailing Power
Geistiges Eigentum 153, 255 f., 269, 277
Geltungsbereich 175, 218, 532, 773
Gemeinwohlrelevanz *siehe* öffentliches Interesse
Gemischtwirtschaftliche Unternehmen *siehe* Öffentlichrechtliche Unternehmen
Genehmigungspflicht
– Kartelle 234
– Unternehmenszusammenschlüsse 122
Generalklausel
– Begriff 27, 775
– Topik und 42
– unbestimmter Rechtsbegriff *siehe dort*
Genossenschaftsform für Kartelle 239
Gerechtigkeit 170, 663 ff.
Gesamtabläufe, wirtschaftliche 18
Gesamtmarktbetrachtung 78, 85, 682, 704
Geschäftsbedingungen 396
Gesetzgebungsauftrag 227 ff., 356, 765, 796
Gesetzmässigkeitsprinzip 227, 240, 244 f., 652
Gewaltenteilung 27, 356, 657
Gläubigerschutz 89, 299
Grössenvorteile *siehe* Economies of Scale/Scope
Grundentscheid, ordnungspolitischer *siehe* Verfassung
Grundgesetz, deutsches 662
Gruppenfreistellungsverordnung *siehe* Europäisches Wettbewerbsrecht
Gruppenvereinbarung *siehe* Koordinationsmechanismen
GWB 227, 696, 763, 796

H

Haftungsvorschriften als Wettbewerbsbeschränkung 323
Handelsbilanz 285, 288
Handelshemmnisse, technische 98
Handelsregister, Kartelle und 239, 797
Havanna-Charta 249, 252
Harte Kartelle *siehe* Horizontalabreden
Harmoniethese 673, 679, 739
Harvard Schule
– frühe *siehe* workable competition
– neue *siehe* Industrieökonomik, neue
Hermeneutik 32 ff.
Herfindahl-Hirschman Index 706 f.
HGF 222 f.
Historisches Element
– Begriff 107 f.
– Dokumente 108
– objektiv/subjektiv 107
Hit and run *siehe* potentielle Konkurrenz
Hochtechnologie-Exporte 285, 288 f.

Hoheitliche Tätigkeit 175
Homologation 398, 399, 544
Horizontalabreden 162, 181, 234, 270, 710 ff., 754, 760 ff.
Horizontale Konzentration 737 ff.
Hypothetische Tests bei Marktabgrenzung 635

I

Idealtypische Ordnungsmodelle 655
Importe 285
Individualismus
– methodologischer 650
– normativer 651
Individualrechtlicher Ansatz *siehe* Persönlichkeitsschutz
Industrieökonomik
– frühe 677
– neue 691, 701, 753, 785, 787
Informationskosten *siehe* Transaktionskosten
Innenwettbewerb 535, 544, 782
Innovationskontrolle *siehe* technische Entwicklung
Institutionalität 14
Institutionelle Trennung 89, 764 f., 795 f.
Institutioneller Rahmen marktwirtschaftlicher Interaktion 697
Instrumente, polizeiliche 236 ff.
Instrumentalistischer Ansatz 131, 226, 764 f.
Inter-Brand/Intra-Brand-Competition 639, 715, 720, 755
Interdisziplinarität 14
Interkonnektion 768
Internationale Kartellbehörde 249, 265, 275
Internationale Wettbewerbsfähigkeit 284, 287 ff., 307, 791
Internationale Wettbewerbsregeln *siehe* Völkerrecht
Internationales Privatrecht 17
Internationaler Wettbewerb 83, 105 f., 284, 287 ff., 419, 423, 439, 441, 449, 456, 463, 475, 492, 497, 623
Internationalität des Wirtschaftsrechts 17
Intervention, staatliche 697
Inventivitätskoeffizient 289
Investitionen
– competitive fringe 724
– strategische 708, 730 ff., 787
Invisible Hand 673

J

Judikatur 46, 160, 313 f., 532, 797

K

Kapitalmärkte und konglomerate Konzentration 751
Kartell, perfektes 710, 724
Kartellartikel, Verfassung 1874 222
Kartelldichte 109, 290
Kartellkommission 112
Kartellverbot *siehe* Verbot von Kartellen
Kartellzivilrecht *siehe* Zivilrecht
Kernbeschränkungen 100, 104, 553, 641, 757, 760 ff., 778
Koalitionsfreiheit 206 f., 211
Kollektive Marktbeherrschung
– Praxis 456, 489, 494, 513, 516, 535, 544, 575, 582, 599, 615, 785
– Wettbewerbstheorie 701, 738 f., 749 f., 785
Komplementärzusammenschluss 436, 471, 486, 558
Komplexitätsreduktion 8, 697

Konglomerate Konzentration 751 ff.
Konkordanz, praktische 203, 214
Konkurrenz, ausländische *siehe* ausländische Konkurrenz
Konkurrenzfähigkeit, In- und Ausland 287, 791
Konkurrenzverbot 76, 160, 177, 778
Konkurs, Verhinderung von 304 f., 312, 743 f., 792
Konstitutionenökonomik 697
Konsultationsverfahren 259, 264
Konsumenten 175, 688, 708, 711, 737
Konsumentenrente 699, 716, 728
Konsumkredite 427, 472, 480
Konvention zur Kontrolle internationaler Kartelle 249
Konvergenz der Wettbewerbstheorie 753
Konzentration und Eintrittsbarrieren 708
Konzentration
– horizontale 737 ff.
– konglomerate 751 ff.
– vertikale 745 ff.
Konzentrationsrate 706 f., 742
Kooperation, horizontale 710 ff.
Kooperation, stillschweigende 701, 785
Kooperation, vertikale 714 ff.
Koordinationsmängelkonzept
– Kartellgesetz und 125, 134, 161
– Leitbild 684 f.
Koordinationsmechanismen 6, 204 f., 212 f., 220, 226, 697, 795 f.
Koppelungspraktiken 190, 370, 380, 718, 728, 751, 755
Kreuzelastizität des Angebots und potentielle Konkurrenz 705
Kreuzelastizität der Nachfrage und Marktabgrenzung 704
Kulturpolitisches Interesse *siehe* Öffentliches Interesse
Kundenloyalität 708

L

Laisser faire 696
Landessprachen 58
Landwirtschaft 290, 469, 516, 772
Langfristige Verträge 708
Lauterer Wettbewerb 94
Learning Curve Effect 726
Leistungsmonopol 681
Leitbilder des Wettbewerbs
– Chicago Schule *siehe dort*
– Contestable Markets *siehe dort*
– Countervailing Power *siehe dort*
– Industrieökonomik *siehe dort*
– klassische dynamische Wettbewerbstheorie 673
– Koordinationsmängelkonzept *siehe dort*
– Mobility Barriers *siehe dort*
– möglicher Wettbewerb *siehe dort*
– optimale Wettbewerbsintensität 678, 739
– ordoliberale Theorie 675
– Systemtheorie *siehe dort*
– Theorie der Wettbewerbsbeschränkungen 683
– Transaktionskosten *siehe dort*
– vollkommene Konkurrenz *siehe dort*
– Vielzahl von 62, 161, 752, 758, 776
– Wettbewerbsfreiheit *siehe dort*
– Wirksamer Wettbewerb 123 ff., 156, 173
– workable competition *siehe dort*
Lerner Index 700, 703
Leverage Theory 718, 735
Limit Pricing 692, 723 f.
Linienschifffahrtskonferenzen 274
Lizenzierung 256, 398, 399
Local Loop 768
Lock In 735

Lohnstückkosten 288
Long Purse *siehe* Deep Pocket
Luftfahrtgesetz 98, 105
Luftverkehrsabkommen 263, 266

M

Management, Interessenpflege 737
Marketing als Wettbewerbsbeschränkung 525, 708, 733
Market Pre-Emption 732
Markt, relevanter *siehe* relevanter Markt
Marktanteile 76, 87, 100, 103, 538 f., 544, 639 f., 703, 706, 779 ff.
Marktanteilsaddition, fehlende 417, 425, 432, 444, 459, 468, 477, 478, 483, 506, 521
Marktabschottung 341, 361, 687, 717, 749 f.
Marktaufteilung 325, 357, 363, 712, 717, 754 f., 778
Marktbeherrschung
– Definition 81, 135, 703, 783 f.
– Beeinträchtigung des Wettbewerbs und 81, 96, 135, 535, 544, 777
– Grade der 84, 102, 137, 194, 777, 781 ff.
– kollektive *siehe* kollektive Marktbeherrschung
– Monopole *siehe dort*
– Oligopole *siehe* kollektive Marktbeherrschung
– Regelungskompetenz 382, 387, 396, 398, 399, 783
– Revisionsvorlage 154
– Strategisches Verhalten und 733
– Unternehmenswachstum 183
– Verhaltenskontrolle 183 f., 269
Marktgegenseite *siehe* Countervailing Power
Marktfunktionen 125, 129, 134, 182 f.
Markteintrittsbarrieren *siehe* potentielle Konkurrenz
Marktmacht 84, 703, 733, 737, 755 f., 760
Marktordnung
– private 227, 356, 763, 796
– staatliche 133 f., 176, 218, 230, 258, 276, 516, 766 ff., 775
Marktprozesse, evolutionäre 697
Marktverkettung 751
Marktzugangsverpflichtungen 254
Marktzugang, Behinderung 376, 389, 390, 392, 394, 398, 405, 708, 724
Marktzutrittsschranken *siehe* potentielle Konkurrenz
Maximumpreis 716
Medienunternehmen 150, 192, 434, 493, 506, 508, 519, 521, 523, 743 f.
Meeting Competition Clause 701
Meistbegünstigung 254
Meldepflicht/-recht 120, 126, 234, 246, 797
Menschenwürde 64, 665, 776
Methodologischer Individualismus 650
Mietleitungen 404, 768
Minimum Efficient Scale 711, 744, 749
Minimumpreis 716
Ministererlaubnis *siehe* Bundesrat
Missbrauchsgesetzgebung 110, 209, 236
Mobility Barriers 161, 691, 786
Möglicher Wettbewerb 111, 116, 158 ff., 695
Monopole
– bilaterale 709
– internationale Wettbewerbsregeln und 258
– Marktbeherrschung durch 384, 385, 402
– natürliche 512, 520, 521, 681
– Regalrechte 211
– sukzessive 746 ff.

– Verhaltensspielraum 722
– Wohlfahrtseffekte 700, 738
Monopolkommission 764
Meinungsvielfalt, Erhaltung von 744
Most Favored Customer Clause 701
Myopic Pricing 723

N

Nachfrageelastizität 700, 703
Naked Restraints 710, 712
Nationale Champions 637
Nebenparameter des Wettbewerbs 544
Nettokapitalerträge 288
Netzeffekt bei Wettbewerbsabreden 76, 345, 354, 544
Netzzugang 770
Neueintritt in Märkte 415, 419, 452, 461, 768 f.
Nichtpreisliche Beschränkungen 717, 729 ff.
Non-Separabilis-These *siehe* Gesamtmarktbetrachtung
Normenfestsetzung 711, 728, 733 f.

O

Obiter dictum 310
OECD 267 ff., 278, 286, 288, 743, 786
Offene Märkte 96, 98, 105, 109, 134, 290 ff., 675, 786, 791
Öffentliches Beschaffungswesen 95, 97, 385
Öffentliche Aufgaben 175, 218, 230
Öffentliches Interesse
– Aushöhlung Kompetenzen Bundesrat *siehe dort*
– Europäische Kommission und 356, 553
– Gemeinwohlrelevanz des Wirtschaftsrechts 20, 658 ff.
– Institutionelle Trennung 89, 138, 795
– Instrumentalistischer Ansatz *siehe dort*
– Kartellgesetz 62/85 117 f., 195
– Konkretisierung 138, 145, 167
– Kulturpolitische Interessen 142, 167, 356, 530
– Regelung in Deutschland 227, 763
– Relativierung des Primats der Wettbewerbskoordination 88, 138, 220
– Umweltpolitische Interessen 142, 165
– Wettbewerb als 89, 195, 356, 763, 796
Öffentlichrechtliche Unternehmen 90, 175, 211, 382, 384, 385, 768 ff.
Ökonomische Theorie des Rechts 650 ff., 764
Oligopole *siehe* kollektive Marktbeherrschung
Optimal Pricing 723
Optimale Wettbewerbsintensität 678
Ordnungspolitischer Grundentscheid *siehe* Verfassung
Ordnungsmodelle, idealtypische 655
Ordoliberale Theorie 675
Organisationen, ähnliche 160
Organisationsfreiheit 735

P

Paradigma, ökonomisches 650
Parallelimporte 107, 290, 341, 565
Parallelverfahren 549, 554 ff., 643 ff., 793
Parallelverhalten 701
Pareto-Effizienz 699
Pariser Verbandsübereinkunft 257
Partialmarktkonzept 78
Patente 189, 289, 570, 733, 792

Pattern Predicitions 698
Per Se Erheblichkeit *siehe* Erheblichkeit
Per Se Regeln 79, 712, 754, 761 f.
Persönlichkeitsschutz 81, 113, 117, 123, 132, 158, 212
Plausibilitätstest 684, 757, 776
Plan *siehe* Koordinationsmechanismen
Polizeiliche Tätigkeit 175
Polizeirecht
– Instrumente 236 ff.
– Teil des Wirtschaftsrechts 6
– Unlauterer Wettbewerb als 94
Postmarktliberalisierung 770
Potentielle Konkurrenz
– Contestable Markets *siehe dort*
– Hit and Run 692, 708
– Kreuzelastizität des Angebots 705
– Markteintrittsbarrieren, Chicago 687, 708, 753
– Markteintrittsbarrieren, Harvard 690, 708, 753
– Mobility Barriers *siehe dort*
– Praxis 538, 541, 544, 783 f.
– Reciprocal Dealings 719
– Strategisches Verhalten und 727
Prävention 156, 534, 797
Predatory Design 728 f., 734
Predatory Pricing 727
Preisbildungskommission 111
Preise
– Gebührenordnung 176
– missbräuchliche 187 f., 404, 408
– Pauschalpreise 326
– Preisabreden 104, 120, 181, 233. 268, 273, 278, 712, 754, 760, 778
– Preisabrede, Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 345, 354, 348, 350, 354, 357, 358, 363
– Preisabreden, erhebliche 340, 356
– Preisabreden, unerhebliche 320, 321, 326
– Preisband 354
– Preisbindung, vertikale 539, 716, 755
– Preisdiskriminierung 718, 728, 749
– Preiskontrollen 111
– Preisniveau 290, 307, 767
– Preisordnung, staatliche 133 f., 176, 218, 230
– Preisstrategien 722 ff.
– Preisunterbietung 374, 727, 733, 751
– Preiswettbewerb 92, 354
– Price Squeeze 735
Preisüberwachungsgesetz 90 ff.
Presseunternehmen *siehe* Medienunternehmen
Principal Agent Theorie 693, 737
Private Interessen, schutzwürdige 113, 119
Private Planung der Wirtschaft 227, 356
Privatwirtschaft 206, 211 ff., 214, 289, 671
Produktedifferenzierung 708, 732
Produktepaket 718
Produktestandards *siehe* Standards
Produktionseffizienz 687, 732, 742
Produktionsstruktur, Verzerrungen 747 f.
Produktionsvereinbarungen 711
Produzentenrente 699, 716
Prognosestellung
– und Funktionalität 12
– und Wettbewerbstheorie 309
Prozessmustertest 684 f.

Q

Qualitätswettbewerb 92, 352
Quersubventionierung 387

Quiet Life Hypothesis 737 f.

R

Rabatte, einheitliche 360
Rahmen. institutioneller 697
Raising Rival's Costs 691, 717, 728, 733
Rangfolge der Auslegungselemente 52
Ratio decidendi 310
Rationalität, Erhöhung der 36
Realien
– Begriff 45, 279 f.
– Europäisches Recht 282
– Rechtsprechung 280
Rechtsbegriffe, unbestimmte 26, 56, 65
Rechtsvergleichung 47, 545 ff.
Rechtfertigung staatlicher Intervention 697
Rechtfertigung von Wettbewerbsabreden 76, 147, 163 ff., 169, 178 ff., 220, 287, 552 f., 711 ff., 716 ff., 789
Rechtsmissbrauchsverbot 659
Rechtssicherheit 245 f., 761
Rechtsstaatlichkeit
– Rechtssetzung durch Private 227, 763, 796
– Verbot von Kartellen, Voraussetzung 236
Reciprocal Dealings 719, 751
Recycling, gemeinsames 333, 712
Reducing Rival's Revenue 691, 717, 728, 733
Reflexives Wirtschaftsrecht *siehe* Wirtschaftsrecht
Refusal to deal *siehe* Verweigerung von Geschäftsbeziehungen
Regale *siehe* Monopol
Regelungskompetenz 382, 387, 396, 398, 399, 544
Registrierung von Kartellen 239, 797
Rekurskommission 197, 247, 773, 797
Relevanter Markt
– Abgrenzung nach EU-Recht 635 f.
– Abgrenzung nach VKU 86
– geographisch 106, 635 f., 704, 767, 786, 791
– Gesamtmarktbetrachtung 78, 85, 682, 704
– Partialmarktkonzept 78
– Praxis KG85 159
– sachlich 86, 635 f., 704, 786
Rent Seeking 737, 763
Reparaturunternehmen 735
Reputation Model 694, 727
Ressourcen, rationelle Nutzung von 165, 790
Restrictive Business Practices (Kodex) 273, 275
Revisionsvorlage
– direkte Sanktionen 151 f., 198, 234, 243 ff., 760, 797
– geltendes Recht 198, 240, 242
– internationale Entwicklungen 152, 270
– konzeptionelle Auswirkungen 156, 234
– Marktbeherrschung 154
– OECD 290
– Stand der Revision 149
– Verfahrensrecht 197, 760
– Verfassung 156
– Vertikale Wettbewerbsabreden 155, 234
– Zusatzbotschaft 149
Risikominimierung und Konzentration 745
Rückwärtsintegration 733
Rückwirkungsverbot 247
Rückzessionsklauseln 256, 274

Rule of Reason
– Wettbewerbsabreden und 79
– Wettbewerbstheorie 720, 752, 761 f.

S

Sanktionen, direkte *siehe* Revisionsvorlage
Sanierungsfusion 138, 195, 744, 792
Saldomethode 114 f., 158
Schiedsgericht, EFTA 265
Schöpferische Zerstörung 129
Schuldfähigkeit der juristischen Person 245
Schutzniveau 638 ff.
SCP-Schema *siehe* Workable Competition
Self executing, fehlendes 264
Sektorielle Verträge 261 ff.
Selektives Kartellverbot 209, 233
Serviceunternehmen 735
Sherman Act 275, 547
Signaling Model 694, 727
Skaleneffekte *siehe* Economies of Scale/Scope
Softening up the Victim 727
Sozialbindung subjektiver Rechte 659 ff.
Sozial schädliche Auswirkungen 72, 114, 174, 209, 232, 246, 795
Sozialpolitische Interessen *siehe* Öffentliches Interesse
Soziologischer Funktionsbegriff 653
Sozialpsychologie und Oligopole 701
Sperrpatente 189, 733
Spezialisierungsabsprache 338, 711
Spieltheorie 694, 701, 727
Sprachgebrauch
– allgemeiner 57, 59
– fachsprachlicher 54, 60
Spürbarkeitskriterien 553, 641
Staatliche Intervention, Rechtfertigung 697
Standards 711, 728, 733 f.
Steuern als Wettbewerbsbeschränkung 474
Stillschweigende Kooperation 701, 785
Strategische Eintrittsbarrieren 732
Strategische Investitionen *siehe* Investitionen
Strategisches Verhalten 690, 701, 721 ff., 751, 756, 762
Streitbeilegung, internationale 253, 260
Strukturkontrolle 137, 193, 775
Strukturtest 728, 733, 742, 760 f.
Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien *siehe* Workable Competition
Strukturwandel 306, 309
Submissionsabsprache 198, 240, 273
Submissionsmärkte *siehe* Ausschreibungsmärkte
Subsumtionsmodell 23 ff., 38
Subventionen
– Quersubventionierung *siehe dort*
– Verteilung von 382
Such- und Entdeckungsverfahren 697
Sukzessive Monopole 746 ff.
Sunk Cost Approach 708
Sunk Costs *siehe* potentielle Konkurrenz
Supply Squeeze 735
Switching Costs 726, 745
Systematisches Element
– Begriff 29, 67 ff.
– System des Gesetzes 68
Systemtheorie
– Freiheitsräume, offene 212, 675, 697
– Leitbild *siehe* Wettbewerbsfreiheit

T

Technische Entwicklung 189, 449, 466, 474, 476, 485, 544
Technische Handelshemmnisse 98, 545 f.
Technologietransfer, internationaler 255 f., 274
Teleologisches Element
– Begriff, Zwecke 170
– Ermittlung 172
– Norm und Gesetz 171
Theorie der juristischen Argumentation 53
Tinbergensche Regel 227, 764, 796
Tit for Tat 701
Topik
– Ableitungszusammenhang/System und 40
– Begriff 38 ff., 49
– Methodenkanon 41
TOT-Code 274
Transaktionskosten 161, 687, 693, 711, 712, 715, 719, 745, 755 f.
Transportkosten *siehe* Transaktionskosten
Trennungstheorie 94
TRIPS 255
Trittbrettfahrer *siehe* Free Rider
Typenmerkmale
– Auslegungskanon und 10 f., 43, 774
– andere Rechtsgebiete 11

U

Überkapazitäten 423 f., 481, 706, 727, 730
Übertragung von Monopolmacht 735
Umstellungsflexibilität 423 f., 429, 469, 576
Umweltpolitische Interessen *siehe* Öffentliches Interesse
Unangemessene Preise *siehe* Preise, missbräuchliche
Unbestimmte Rechtsbegriffe 26, 56, 65, 203
UNCTAD 273 f.
Unbundling 290
Unerheblichkeit *siehe* Erheblichkeit
Unlauterer Wettbewerb 94, 257
Unterbietung von Preisen *siehe* Preisunterbietung
Unternehmenskonzentration 706
Unternehmenszusammenschlüsse 82 ff., 137, 143, 191 ff., 235, 273, 415 ff., 534, 737 ff., 756, 762, 777, 789
Untersuchungsmaxime 77
US-amerikanisches Wettbewerbsrecht 547, 550, 696

V

Verbandsübereinkunft 257
Verbot von Kartellen
– faktisches 110, 141, 144, 236, 778
– selektives 209, 233
– Polizeiverbot, Zulässigkeit 236
– Verfassung 209, 232
– Wettbewerbstheorie 712, 754
Verbraucher 135, 147, 164, 166, 552
Vereinsform für Kartelle 235, 239, 302
Verfahrensrecht 196 f., 247, 270, 308, 532, 642, 760, 797
Verfassung
– als Auslegungselement 200 ff.
– Ausnahmebereiche 88 f., 175, 195, 199, 210, 218 f., 228, 297, 681, 751, 768 ff.
– Grenze der Verfassung als Auslegungselement 203

– Grundentscheid, ordnungspolitischer 204 f., 210, 220, 656, 671, 795
– Grundgesetz, deutsches 662
– Konkordanz, praktische, Herstellung von *siehe dort*
– Meldepflicht 120, 126, 234, 246, 797
– private Pläne 227, 356
– Verfassung von 1874, ordnungspolitische Offenheit von 221, 655
– Verfassungsfunktion des Völkerrechts 248
– Wettbewerbspolitik *siehe dort*
– Wirtschaftsverfassung 7, 204, 223, 649, 665, 795 f.
– Wirtschaftssystem 210

Verhaltensempfehlungen 114

Verhaltenskontrolle 183 f., 269, 775

Verhaltensspielraum der dominanten Firma 722

Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 77, 121, 356, 713, 762

Verschulden als Voraussetzung der Sanktion 245

Verteilungspolitik 651, 673

Verteidigungspolitische Interessen *siehe* Öffentliches Interesse

Vertikalabreden
– Bekanntmachung 76
– Revisionsvorlage 121, 155, 234
– Wettbewerbstheorie 714 ff., 760 ff.
– Zulässigkeit, grundsätzliche 162, 238, 715, 755, 760

Vertikale Konzentration 745 ff.

Vertragsansatz 693

Vertragsgebiet 717

Vertragsfreiheit 207, 212, 214, 675

Vertriebskanal
– Eigenvertrieb *siehe dort*
– unabhängiger 490, 735
– ungünstiger, aufgezwungener 717, 733

Vertriebsvereinbarung 711

Verwaltung des Wettbewerbs 777

Verwaltungspraxis
– als Auslegungselement 313 f.
– Befolgungspflicht, beschränkte 313
– KG95 46, 144, 313 ff.
– KG85 155

Verwaltungsrecht, Auslegung 31

Verwaltungssanktionen *siehe* Revisionsvorlage

Verweigerung von Geschäftsbeziehungen 154, 185, 366, 379, 404, 407, 409, 410, 735 f.

Volkswirtschaft
– Abwägungstopos 220, 225
– kleine, offene 283, 291, 307, 792
– schädliche Auswirkungen 72, 114, 174, 209, 232, 246, 795

Völkerrecht
– als Auslegungselement 248
– Draft International Antitrust Code 249
– ECOSOC-Entwurf 249
– EFTA 250, 261 ff.
– Europäisches Recht und *siehe dort*
– Freihandelsabkommen 250, 261 ff.
– GATS 254
– GATT 1947/1994 252 f.
– Havanna-Charta 249, 252
– Internationale Wettbewerbsregeln und europäisches Recht 258, 264, 277
– Konvention zur Kontrolle internationaler Kartelle 249
– Luftverkehrsabkommen 263, 266
– OECD 267 ff., 278, 286, 288, 743, 786
– Pariser Verbandsübereinkunft 257

– Restrictive Business Practices (Kodex) 273
– sektorielle Verträge 261 ff.
– TRIPS 255
– UNCTAD 273 f.
– WTO 251

Vollkommene Konkurrenz 61, 220, 674, 688, 699

Vorverständnis 33 f.

W

Wartungsvorschriften 323

Weite Oligopole 678, 739

Werbung 708, 716, 753

Werturteil bei Auswahl
– der geeigneten Auslegungselemente 51
– des geeigneten ökonomischen Modells 757 f.

Wettbewerb
– Grade der Beeinträchtigung 74
– Freiheitsgrade 675
– Internationaler *siehe* internationaler Wettbewerb
– Koordinationsmechanismus *siehe dort*
– Leitbilder *siehe dort*
– Preiswettbewerb 92
– Schutz als Institution 72, 114, 123, 158, 212
– unlauterer 94, 257
– Wettbewerbstheorie 44, 60, 65, 128, 309, 649, 673 ff., 696 ff., 760, 776

Wettbewerbsabreden
– Beteiligungen als 329
– Horizontalabreden *siehe dort*
– Praxis des BGer 160, 177, 532, 773 f.
– Rechtfertigung *siehe dort*
– Untersuchungsraster 73, 534 ff.
– Vertikalabreden *siehe dort*

Wettbewerbsbeschränkungen, staatliche *siehe* Marktordnung, staatliche

Wettbewerbsfähigkeit, internationale 284, 287 ff., 307, 791

Wettbewerbsfähigkeit, technologische 289

Wettbewerbsfreiheit
– Leitbild 134, 212, 679 ff., 704, 761
– physisches Existenzminimum der 116
– private Pläne und 227
– Verfassung der 209, 223
– Wirtschaftsfreiheit und 212, 215

Wettbewerbskommission
– Klagerecht im Binnenmarkt 96, 773
– Öffentliches Interesse und 89, 764
– Schutz des Wettbewerbs und 220, 225
– Sanktionen und 245 ff.

Wettbewerbsneutralität 207, 215

Wettbewerbspolitik
– Europäischer Wirtschaftsraum *siehe dort*
– Fine Tuning 75, 99 ff., 162, 179
– Institutionelle Trennung 89
– Instrumentalistischer Ansatz *siehe dort*
– internationale 249 ff.
– Kartelldichte 109
– Offene Märkte 96, 98, 105, 109, 134, 290 ff., 675, 786, 791
– Preisüberwachung 91
– Schutzniveau 638 ff.
– Verfassung 209
– Wirtschaftspolitik und 763 ff.

Wettbewerbssystem 204 f., 210, 220

Wettbewerbstheorie 44, 60, 65, 128, 309, 649, 673 ff., 696 ff., 752 ff., 760, 776

Williamson Trade Off 738, 740

Wirtschaftsfreiheit
– Schutzgehalte 206 f., 212, 214, 735
– Schrankenregelung 208, 763, 796
– Wirtschaftsordnung 211
– Wettbewerbsfreiheit 212, 216
Wirtschaftsrecht
– Definition/Abgrenzung 5
– fehlende methodische Eigenheiten 654
– Entstehung 9
– Flexibilität 16
– Folgenorientierung 12
– Funktionales Element 44
– Funktionalität 12
– Gemeinwohlrelevanz 20, 658 ff.
– Gesamtabläufe, wirtschaftliche 18
– Institutionalität 14
– Interdisziplinarität 14, 654
– Internationalität 17
– Koordinationsrecht 6, 19
– Querschnittsfunktion 7
– reflexives 8, 697
– Typenmerkmale 11 f., 43, 774
– Wettbewerbsrecht als 9
Wirtschaftssystem *siehe* Verfassung
Wirtschaftsverfassung *siehe* Verfassung
Wissen, Anmassung von 697, 760
Wohlstandsniveau 284
Wohnungsmarkt 212
Workable Competition
– ausschliessliches Leitbild 128
– SCP-Schema 61, 130, 676 f.
– Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien 61, 130, 676 f.
– Verwendung 63, 161
– Expertenkommission, Bericht 125
Workability-Konzept *siehe* workable competition
Wortlaut als Auslegungselement
– Begriff 54 ff.
– Indiz der Auslegung 55
– Intension/Extension 63, 66, 776
– Landessprachen 58
– Sprachgebrauch, allgemeiner 57, 59
– Sprachgebrauch, fachsprachlicher 60
WTO 251

X Y Z

X-Ineffizienz 693, 700, 737 f.
Zirkel der Auslegung 33
Zivilrecht
– Vorentwurf 119
– wettbewerbspolitisches Instrument 112, 234
Zölle, Abbau 261
Zusatzbotschaft *siehe* Revisionsvorlage
Zweck
– BGBM 96
– des KG 71 f., 173 f.
– des PüG 90
– des UWG 94
Zwischenstaatlichkeitsklausel 264, 275, 552 f.