

Vertikale Abreden Rechtsprechung wider ökonomische Logik

Das Schweizer Bundesgericht hat im Fall *Gaba*, in dem es um den Vertrieb von Zahnpasta der Marke Elmex ging, entschieden, dass Preis- und Gebietsabreden grundsätzlich erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen darstellen. Sowohl horizontale als auch vertikale Abreden lassen sich somit künftig nur noch aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen.

Gemäss Bundesgericht stellt eine Vertragsklausel, wonach ein Lizenznehmer nicht in ein bestimmtes Gebiet exportieren darf, eine unzulässige Wettbewerbsabrede dar. Konkret ging es im Fall *Gaba* um die Verhinderung von Parallelimporten. Ökonomische Auswirkungen, etwa dass im konkreten Einzelfall der Wettbewerb beseitigt oder zumindest erheblich beschränkt wird, müssen künftig nicht mehr nachgewiesen werden. Damit führt das Bundesgericht mit einer extensiven Auslegung des Kartellgesetzes genau jene Gesetzesanpassung über die Hintertür ein, die das Schweizer Parlament erst vor kurzem in Form des Teilkartellverbots abgelehnt hatte.

Das Kartellgesetz bezweckt die Verhinderung volkswirtschaftlich schädlicher Auswirkungen von Abreden und anderen Wettbewerbsbeschränkungen. Damit soll der Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung geschützt und gefördert werden. Aber: Abrede ist nicht gleich Abrede. Zu unterscheiden ist zwischen horizontalen und vertikalen Abreden. Horizontale Abreden beziehen sich auf Unternehmen, die auf dersel-

ben Marktstufe tätig sind. Sie können beispielsweise Preise oder Vertriebsgebiete betreffen. Da die beteiligten Unternehmen ansonsten miteinander im Wettbewerb stünden, ist die Vermutung, dass solche Abreden den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, ökonomisch plausibel. Vertikale Abreden bezeichnen hingegen Abreden zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind (beispielsweise zwischen Herstellern und Händlern). Dabei gibt es eine grosse Vielfalt möglicher Ausprägungen:

- Preisbindung zweiter Hand: Der Hersteller schreibt dem Händler einen fixen Endverkaufspreis vor.
- Mengenrabatte: Der Hersteller gewährt Händlern, die eine grössere Menge des Produktes abnehmen, bessere Konditionen.
- Exklusivvertrieb: Der Händler erklärt sich bereit, keine Konkurrenzprodukte zu vertreiben.
- Supportverpflichtung: Der Händler verpflichtet sich, technischen Support für ein bestimmtes Produkt bereitzustellen.

Aus ökonomischer Sicht tragen vertikale Vereinbarungen oftmals zu einem besseren Funktionieren der Produktions- und Vertriebsketten bei. Will etwa ein Hersteller ein neues Produkt auf den Markt bringen, müssen Händler unter Umständen spezifische Anfangsinvestitionen tätigen. Um sie von solchen (riskanten) Investitionen zu überzeugen, mag ein temporärer Gebietsschutz durchaus gerechtfertigt sein, damit die Investitionen amortisiert werden können.

Ohne Zweifel können vertikale Restriktionen auch dazu dienen, den Wettbewerb zwischen Produkten abzuschwächen. Auferlegen z.B. alle Hersteller eines bestimmten Produktes ihren Händlern eine «Preisbindung zweiter Hand», ist der Wettbewerb im Markt weitgehend ausgeschaltet. Die allenfalls wettbewerbsschädigende Wirkung lässt sich aus ökonomischer Perspektive indessen nur im konkreten Einzelfall beurteilen. Konkret: Die Möglichkeit von Parallelimporten ist zwar grundsätzlich zu begrüssen. Sie sollte jedoch nicht in jedem Fall kartellrechtlich erzwingbar sein.

Vertikale Abreden funktionieren und wirken also ökonomisch gänzlich anders als horizontale Abreden. Trotzdem werden sie als Folge des Entscheids des Bundesgerichts im schweizerischen Kartellrecht künftig gleich (d.h. gleich hart) behandelt. Es gilt de facto ein Verbot für alle Abreden bezüglich Preisen und Gebieten. Das Bundesgericht lässt zwar eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen weiterhin explizit zu. Gerade bei vertikalen Abreden könnte dies grundsätzlich ein Weg sein, volkswirtschaftlich sinnvolle Koordination zwischen Unternehmen vor dem Zugriff der Wettbewerbsbehörden zu retten. Dies bedingt jedoch den Willen der Wettbewerbsbehörden, sich ernsthaft mit allfälligen Effizienzgründen von vertikalen Abreden auseinanderzusetzen. Entscheidend wird diesbezüglich vor allem sein, wer im Rahmen der Effizienzverteidigung die Beweislast zu tragen hat. Unter Kartellrechtsexperten ist es ein offenes Geheimnis: Wer die Beweislast zu tragen hat, sitzt am kürzeren Hebel.

Aus ökonomischer Sicht wäre es sinnvoll, mit der Stigmatisierung vertikaler Abreden zu brechen und einen toleranteren Umgang mit diesen zu pflegen, wie etwa in den USA. Während es kaum einleuchtende Daseinsberechtigungen für horizontale Preis- und Gebietskartelle gibt und sich diese deshalb kaum jemals durch Effizienzgründe rechtfertigen lassen, sind die ökonomischen Wirkungen der entsprechenden vertikalen Abreden oft ambivalent. Als Prüfschema für alle Typen vertikaler Abreden bieten sich deshalb zwei Daumenregeln an, mit denen die Absprachen auf ihre potenzielle volkswirtschaftliche Schädlichkeit untersucht werden können:

- Ist an der Abrede kein Unternehmen beteiligt, das über Marktmacht verfügt, sind in der Regel keine volkswirtschaftlichen Schäden zu erwarten.
- Je intensiver der Interbrand-Wettbewerb (d.h. der Wettbewerb zwischen Produkten und Marken) ist, desto unwahrscheinlicher ist es, dass eine vertikale Abrede volkswirtschaftlich schädliche Wirkungen zeitigt.

Mit einem solchen differenzierten Ansatz würde dem Zweck des Wettbewerbsrechts – die Förderung einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung – wesentlich besser Rechnung getragen als mit der vom Bundesgericht praktizierten blinden Dogmatik, die letztlich in einer systematischen Überregulierung resultiert.

Ihre Ansprechpartner für Wettbewerbsökonomik bei Swiss Economics

Swiss Economics SE AG
Weinbergstrasse 102
CH-8006 Zürich
+41 44 500 56 20
www.swiss-economics.ch

Dr. Christian Jaag
christian.jaag@swiss-economics.ch

Dr. Samuel Rutz
samuel.rutz@swiss-economics.ch