

## Besprechung / Comptes rendu

### Marktmachtmissbrauch – Am Beispiel der Kündigung von Vertriebsverträgen

OLAF KIENER

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 215, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2002, 348 Seiten, CHF 78.–, ISBN 3-7255-4412-3

Bei der zurzeit laufenden Kartellgesetzrevision steht zwar die Einführung direkter Sanktionen im Mittelpunkt der Betrachtungen, doch besteht vom Gesetzgeber auch die Absicht, bei den materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes bestimmte Anpassungen vorzunehmen. Einerseits wurde vorgeschlagen, den in Art. 4 Abs. 2 KG umschriebenen Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens durch eine Klammer (Mitbewerber, Anbieter oder Nachfrager) zu ergänzen. An und für sich handelt es sich bei dieser Klammerbemerkung um eine Selbstverständlichkeit. Um die wahre Tragweite dieses Revisionspunktes zu ergründen, ist ein Blick in die bundesrätliche Botschaft erforderlich, der zeigt, dass es darum geht, bei der Qualifikation als Marktbeherrscher nicht allein auf Marktstrukturdaten abzustellen, sondern die konkreten Abhängigkeitsverhältnisse auf dem Markt zu prüfen (vgl. Botschaft 2001, BBI 2001, 2045; vgl. dazu auch die kritischen Ausführungen im besprochenen Werk, S. 171 f.). Andererseits ist im Rahmen der parlamentarischen Beratungen auch das Bedürfnis formuliert worden, Vertikalabreden, d.h. Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen, den so genannten Vermutungstatbeständen (vgl. Art. 5 Abs. 3 KG) zu unterstellen und diese damit materiellrechtlich schärfer anzupacken bzw. unmittelbar zu sanktionieren.

An der Schnittstelle zwischen der Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen (vgl. Art. 7 KG) und der Beurteilung von Vertikalabreden bewegt sich das zu besprechende Werk. Die Kündigung einer als Dauerschuldverhältnis ausgestalteten Vertriebsbeziehung ist für die betroffenen Unternehmen in der Regel ein schwerwiegender Eingriff in ihre bisherige wirtschaftliche Tätigkeit. Ist an dieser Vertriebsbeziehung ein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt, stellt sich für das wirtschaftlich schwächere Unternehmen häufig die existenzielle Frage nach Ausweichmöglichkeiten, weil alternative Produzenten oder alternative Vertriebswege nur beschränkt zur Verfügung stehen. Mit seinem der Universität Zürich als Dissertation vorgelegten Werk ist es dem Autor gelungen, eine detaillierte Übersicht der Problematik von Kündigungen von Vertriebsverträgen sowohl unter dem Blickwinkel des schweizerischen Kartellgesetzes als auch ausländischer Rechtsordnungen (insbesondere des europäischen Rechts und des deutschen Rechts) vorzulegen. Der Autor beschränkt sich dabei nicht nur auf die rein technische juristische Seite, sondern macht sich in verdienstvoller Weise auch die Mühe, die ökonomischen Grundlagen des juristischen Problemlösungsrastrers zu ergründen. Diese kartellrechtliche Grundlagenforschung führt dazu, dass das Werk sehr umfangreich ausgefallen ist; vielleicht bezüglich gewisser Einzelfragen zu umfangreich, sodass sich letztlich die Frage stellt, ob im Grundlagenteil gewisse Passagen von der internen Wissensbildung des Autors hätten befreit werden können.

Der Inhalt des Werkes wurde in drei Teile gegliedert: In einem ersten Teil werden die Grundlagen erarbeitet. Darin sind die betriebswirtschaftlichen Hintergründe des Vertriebs aufgearbeitet und es wird insbesondere auch der eigenständige Wert von Vertriebsleistungen herausgestrichen (S. 6 ff.). In einer ersten wettbewerbsrechtlichen Beurteilung marktbezogenen Verhaltens vertritt der Autor die Ansicht, dass die Frage der Marktbeherrschung im Zweifelsfall zu bejahen sei und sich der Rechtsanwender darauf zu konzentrieren habe, die Frage der Missbräuchlichkeit des Verhaltens eines Unternehmens zu beurteilen (S. 29). Dieser Ansatz ist angesichts der auch vom Autor dargestellten Schwierigkeiten der Abgrenzung des relevanten Marktes (vgl. S. 112 ff.) verständlich, jedoch für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer nicht unproblematisch. Die wettbewerbsrechtlichen Beurteilungsmassstäbe sind denn auch für die vorliegend zu diskutierenden Vertikalabreden unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um eine «blosse» Wettbewerbsabrede handelt oder um das Verhalten eines

marktbeherrschenden Unternehmens. Während bei der Wettbewerbsabrede der Nachweis von Effizienzgründen bereits eine Intervention von Wettbewerbsbehörden verhindern kann (vgl. Art. 5 KG), ist ein als marktbeherrschend qualifiziertes Unternehmen darauf angewiesen, den detaillierten Nachweis zu erbringen, dass sich sein Verhalten unter dem Blickwinkel der so genannten «legitimate business reasons» bis ins Detail (inkl. betriebswirtschaftliche Kostenrechnung) rechtfertigen lässt. Für das betroffene Unternehmen ist folglich der Begründungsaufwand, um sich einer Intervention der Wettbewerbsbehörde entziehen zu können, ungleich höher als bei einer Wettbewerbsabrede. Mit diesem Begründungsaufwand darf jedoch ein Unternehmen ohne seriöse Analyse der tatsächlichen Marktverhältnisse nicht belastet werden; das wäre ineffizient und hätte auch zur Folge, dass die staatlichen Regulierungsbehörden sich fragen müssten, ob ihre Intervention letztlich nicht eine Anmassung von Wissen ist, worauf auch der Autor zu Recht hinweist (S. 33).

Schwerpunkt des Werks ist der zweite Teil mit den kartellrechtlichen Ausführungen zur Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes, der Diagnose der marktbeherrschenden Stellung und letztlich des Missbrauchs dieser marktbeherrschenden Stellung. Dem Autor ist es auf der Grundlage einer umfassenden Auseinandersetzung mit der Literatur und Praxis gelungen, dem anspruchsvollen Thema neue bereichernde Facetten abzugewinnen. Das Thema ist deshalb sehr anspruchsvoll, weil mit Hilfe subtiler wettbewerbstheoretischer und wettbewerbsrechtlicher Überlegungen beurteilt werden muss, ob ein grundsätzliches Bestehen des zivilrechtlichen Gestaltungsanspruchs auf Kündigung einer Vertriebsbeziehung rechtmässig gestützt auf Art. 7 KG eingeschränkt werden darf. Bei der zentralen Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes tritt der Autor dafür ein, dass eine enge Marktabgrenzung durchaus zu volkswirtschaftlich erwünschten Ergebnissen führen kann (S. 93 f.). Er weist jedoch zu Recht darauf hin, dass auch eine sehr enge Marktabgrenzung nicht dazu verleiten darf, dass ohne besonderen Grund auf der Absatzseite eine Marke als ein Markt qualifiziert werden darf, sondern diese sehr enge Abgrenzung sich nur aufdrängt, wenn es sich um eine sehr bekannte Marke handelt und der Vertrieb dieses Produktes komplex ist (S. 161) und auf der Nachfrageseite nicht allein auf eine bilaterale Abhängigkeit abgestellt werden darf, sondern neben der Absatzflexibilität auch die Umstellungsflexibilität des betroffenen Produktionsbetriebes berücksichtigt werden muss (S. 124). Mit Nachdruck zu unterstützen ist die These des Autors, wonach dem Vertrieb durchaus eine eigenständige Marktfunktion zugebilligt werden muss (S. 121 ff.), selbst wenn die Vertriebsleistung nicht losgelöst von den vertriebenen Produkten und damit von den Konsumentenpräferenzen beurteilt werden kann (S. 137).

Für die Praxis von besonderer Bedeutung sind die Ausführungen des Autors zu den Kriterien der Beurteilung von Kündigungsgründen (S. 228 bis S. 278). Der Autor stellt in dieser Hinsicht einen Strauss von Beurteilungskriterien zur Verfügung, welche bei der Prüfung der Rechtmässigkeit einer Kündigung einer Vertriebsbeziehung von Bedeutung sein können. Dieser Katalog wird nicht nur der Regulierungsbehörde als Erkenntnisquelle dienen, sondern auch betroffenen Unternehmen wertvolle Hinweise bei der Planung ihrer Vertriebsbeziehungen geben. Ob es sich allerdings rechtfertigt, in diesem Zusammenhang so weit zu gehen, im Falle der Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens die Rechtmässigkeit einer Kündigung einer Vertriebsbeziehung von Anfang an in Zweifel zu ziehen und den betroffenen Unternehmen in jedem Fall die Last des Nachweises von «legitimate business reasons» aufzuerlegen (vgl. S. 224), erscheint fragwürdig. Führt schon die Tendenz der Regulierungsbehörden zur möglichst engen Marktabgrenzung rasch zu einer Diagnose der Marktbeherrschung, darf der Aufwand der betroffenen Unternehmen nicht zusätzlich noch dadurch vergrössert werden, dass die Behörde nicht einmal ein Indiz, geschweige denn den Nachweis für die Missbräuchlichkeit einer Kündigung hervorbringen muss, sondern das betroffene Unternehmen in jedem Fall von sich aus verpflichtet ist, sich gegenüber der Behörde zu rechtfertigen. Eine derart strikte, praktisch automatische Intervention kann im Rahmen einer marktwirtschaftlich ausgerichteten Kartellrechtsgebung nicht wirklich das Ziel sein.

Im letzten Teil seines Werks behandelt der Autor ausgewählte Einzelfragen. Angesichts der internationalen Ausrichtung der Märkte setzt sich die Arbeit zu Recht mit den besonderen Rechtsfragen im internationalen Kartellrecht auseinander. Schliesslich widmet der Autor auch ein Kapitel den zivil- und verwaltungsrechtlichen Rechtsfolgen und gibt wertvolle Hinweise zu Verfahrensfragen.

Es ist dem Autor zu wünschen, dass sein Werk nicht nur hinsichtlich der besonders praxisrelevanten Beschreibung der Kriterien zur Missbräuchlichkeit von Kündigungen zu Rate gezogen wird, sondern allgemein auch Beachtung findet, wenn es um die in diesem Zusammenhang sich stellenden Vorfra-

gen der Abgrenzung des relevanten Marktes und der Marktbeherrschung geht. Das Werk bietet auch in dieser Hinsicht eine Fülle von sauber dokumentierten Materialien und kreativen Ideen.

*Jürg Borer, Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich*