

Besprechung / Compte rendu

Wirksamer Wettbewerb – Theoretisches Konzept für die Praxis

PETER HETTICH

Bern 2003, LXXVII + 448 Seiten, CHF 78.– / EUR 52.–, ISBN 3-2580-6655-8

Art. 5 Abs. 1 KG qualifiziert horizontale oder vertikale Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beschränken und nicht durch wirtschaftliche Effizienz zu rechtfertigen sind, als unzulässig. Das revidierte schweizerische Kartellgesetz fasst den Erheblichkeitsbegriff auf der Basis des «wirksamen Wettbewerbs». Wettbewerbsabreden, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse werden an den Wirkungen auf das Ideal eines wirksamen Wettbewerbs gemessen. Auf eine Definition dieses Schlüsselbegriffs hat der Gesetzgeber zu Recht verzichtet.

Welche enorme praktische Relevanz möglichen Auslegungen des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» zukommt, zeigt ein aktuelles Beispiel, das im In- und Ausland hohe Wellen geschlagen hat: Am 21. März 2005 untersagte die WEKO den Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlags-erzeugnisse in der Schweiz, da dieser nicht durch wirtschaftliche Effizienz zu rechtfertigen sei. Auf dem deutschsprachigen Buchmarkt wurden die Endverkaufspreise bis dato durch die Verlage verbindlich festgelegt. Die WEKO erklärte diese Preisfestsetzung bereits am 6. September 1999 für unzulässig. Das Bundesgericht hob den Entscheid nach teilweiser Beschwerdegutheissung aber am 14. August 2002 auf und wies den Entscheid zur Neuurteilung an die WEKO zurück. Es wurde rechtsverbindlich festgestellt, dass der Sammelrevers den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt. Die Prüfung, ob diese Beeinträchtigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen sei, oblag alsdann der WEKO. Die Wettbewerbskommission prüfte in ihrer Neuurteilung insbesondere, ob der geltende Sammelrevers zu einer Erhöhung der Sortimentsbreite und -tiefe, zu einer höheren Produktvielfalt oder zu einer Verbesserung des Vertriebs durch eine höhere Verkaufsdichte und eine bessere Beratung führe. Die WEKO betonte, dass sie sich der «kulturellen Besonderheit des Gutes Buch» bewusst sei. Positive Auswirkungen des Sammelrevers erachtete sie als nicht nachgewiesen.

Die Erheblichkeit wurde von der WEKO anhand der relevanten Wettbewerbsparameter geprüft. In der höchstrichterlichen Begründung findet sich die Argumentation, dass der wirksame Wettbewerb nur bei vollständiger Ausschaltung sämtlicher Wettbewerbsparameter beseitigt sei. Eine erhebliche Beeinträchtigung liege vor, wenn die Abrede einen relevanten Wettbewerbsparameter betreffe, und die Beteiligten einen erheblichen Marktanteil hielten. Die Ausführungen des Bundesgerichts sind zum Teil unklar. Es wird beispielsweise nicht geklärt, ob Erheblichkeit qualitative und quantitative Spürbarkeit voraussetzt. Eine Marktanteilsschwelle der kritischen Wettbewerbsbeeinträchtigungen wird nicht definiert. Das Urteil wurde dementsprechend in der Literatur kritisiert. Es zeigt sich deutlich, dass die Auslegung der kartellgesetzlichen Bestimmungen und die Definition des «wirksamen Wettbewerbes» der Praxis Schwierigkeiten bereiten.

Der Wettbewerbsprozess ist dynamischer Natur, seine Erscheinungsformen und Ergebnisse sind im Einzelfall völlig offen. Die Definition des Begriffs «wirksamer Wettbewerb» hat vor diesem Hintergrund unter Berücksichtigung wettbewerbstheoretischer Erkenntnisse und nicht über die Definition von Erscheinungsformen oder Ergebnissen zu erfolgen. Der Komplexität des Begriffes wird die Dissertation von PETER HETTICH gerecht, die ein theoretisches Konzept des «wirksamen Wettbewerbs» im Sinne einer Generalklausel aufstellt. Dieses wird anhand der Praxis der WEKO und der Europäischen Kommission konkretisiert und operationalisiert.

Der Aufbau der Dissertation orientiert sich an den Auslegungselementen, welche die juristische Methodenlehre zur Ermittlung des Sinnes von Rechtsbegriffen entwickelt hat. Dabei wird nicht nur auf die

klassischen Interpretationselemente Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck zurückgegriffen. Die Konkretisierung erfolgt in erster Linie durch den Beizug weiterer Elemente, welche aus der Interdisziplinarität des Wirtschaftsrechts, hergeleitet werden. Insbesondere Letzteres ist lobend hervorzuheben. Auch wenn der wirtschaftswissenschaftliche Wettbewerbsbegriff kaum als eindeutig und empirisch abgesichert bezeichnet werden kann, erscheint eine Beantwortung wettbewerbsrechtlicher Fragestellungen ohne den Einbezug ökonomischer Erkenntnisse undenkbar. Neben der Wettbewerbstheorie und einer der ökonomischen Analyse entlehnten Folgenbewertung finden zu Recht auch die juristischen Vorgaben in Verfassung, Völkerrecht sowie der Rechtsprechung zum schweizerischen und – im Lichte der Harmonisierungstendenz des Schweizer Kartellrechts wesentlich – zum europäischen Recht Beachtung.

Der Verfasser betont die Vagheit des Schlüsselbegriffes und fordert mit dem Beizug der Wettbewerbstheorien eine funktionelle Transformation. Dabei erhält keine wettbewerbstheoretische Schule Vorrang. Für die Auswahl der sich widersprechenden oder ergänzenden Modelle rät er zum Plausibilitätstest, wonach die Modellannahmen die Marktbedingungen und das Marktverhalten betreffend auf ihre Plausibilität zu prüfen sind. Es wird überzeugend demonstriert, dass sich der Grad der Beeinträchtigung wirksamen Wettbewerbs bei Wettbewerbsabreden, marktbeherrschenden Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen grundsätzlich gleich beurteilt. Dabei wird die Abgrenzungsfunktion von unzulässigen und zulässigen Wettbewerbsbeschränkungen betont. Der Autor plädiert dafür, die Marktanteile eines Unternehmens als ersten Eindruck zur Feststellung der Wettbewerbssituation heranzuziehen (Prima-facie-Marktstellung). Diese Einsicht wird, wenn eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung in Frage kommt, durch den Beizug weiterer Elemente bestätigt oder widerlegt. Solche Elemente stellen der Grad der Offenheit der Märkte und die Stellung der Marktgegenseite dar. Dabei werden neuere Konzepte betont, wonach gerade der Eintritt ausländischer Konkurrenten in den Markt (bei entsprechend offenen Grenzen) zu verstärktem Wettbewerb führe, da sich ausländische Konkurrenten weniger leicht in die bestehenden Wettbewerbsabreden einbinden liessen.

PETER HETTICH weist nach, dass die schweizerischen Wettbewerbsbehörden Wettbewerbsbeeinträchtigung in der Regel grosszügiger als die europäischen Wettbewerbsbehörden beurteilen. Zur Vermeidung von Parallelverfahren begrüsst er deshalb die Übernahme europäischer Entscheide. Das eingangs dargestellte Bundesgerichtsurteil zur Preisbindung wird aufgrund der fehlenden funktionalen Sichtweise kritisiert. Dabei rügt der Autor insbesondere, dass Wettbewerbsbeschränkungen nicht unabhängig von ihrer Quelle und Ausgestaltung, also rein materiell, beurteilt würden. An Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig lässt der Vorwurf – zur Zeit der Veröffentlichung der Dissertation 2003 –, das Bundesgericht sei nicht gewillt, «den Vorstellungen des Gesetzgebers zur Schaffung wirksamen Wettbewerbs zum Durchbruch zu verhelfen».

Die Praxis und die Kritik der Lehre an den Urteilen des Bundesgerichtes weisen auf einen Bedarf an einem auf wissenschaftlicher Grundlage entwickelten Kriterienkatalog hin, der die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen erleichtert. PETER HETTICH wird diesem Bedürfnis mit seinen fundierten wettbewerbstheoretischen Ausführungen und dem umfassenden Praxisbezug mehr als gerecht. Der erarbeitete Kriterienkatalog basiert neben den wettbewerbstheoretischen Erkenntnissen auf den bisher ergangenen Entscheidungen sowohl der Wettbewerbskommission als auch des Bundesgerichtes. Ferner werden die Vorgaben der Bundesverfassung wie auch des Völker- und des europäischen Rechts berücksichtigt. Es kann nur gehofft werden, dass der erarbeitete oder ein vergleichbarer Kriterienkatalog auch Eingang in die höchstrichterliche Beurteilung findet. Die nach dieser Dissertation auf Basis des Kartellgesetzes erfolgte Öffnung des Elektrizitätsmarktes zeigt denn auch eine gewisse (neue) Offenheit gegenüber wettbewerbstheoretischen Konzepten.

RA Dr. Andrea Flury, St.Gallen